



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Crimen organizado corporativo

Luis Carranza Figón

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Programa de doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho penal y Ciencias penales

CRIMEN ORGANIZADO CORPORATIVO

LUIS CARRANZA FIGÓN

Directora/tutora: Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

BARCELONA, 2017

AGRADECIMIENTOS

A mi padre, gracias por tus ejemplos de generosidad y bondad, por mostrarme tu filosofía de vida y parte de la sabiduría que existe en todo. Recibe mi cariño donde quiera que estés.

Ciertamente, detrás de la elaboración de una tesis doctoral existe un sin número de personas a quien agradecer su contribución teórica/letrada, administrativa o anímica. En cualquier caso existe apoyo, esfuerzo y dedicación. Por su inestimable tiempo, gentileza, aportaciones y lecciones, las cuales contribuyeron no solo al desarrollo de este trabajo, sino a mi crecimiento como ser humano, muestro mi profundo respeto, agradecimiento y admiración a la Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, directora y tutora de esta tesis.

Sin duda, la familia forma un pilar significativo en mi vida. Por ello, reconozco de mi madre Sagrario, de mi hijo Alejandro, y hermanos, el equilibrio emocional que me produce su afecto y generosidad. Aspecto imprescindible en mi desarrollo personal y profesional.

Mi especial reconocimiento para los Drs. Santiago Mir, Joan Queralt y Miguel Ontiveros, a quienes con esta breve mención correspondo su disposición, apoyo y sugerencias. Este aprecio lo extiendo a Michelle Chiquetto, por su activa contribución en el desarrollo de la tesis. De Iker Díaz y Francisco M. Vicente, agradezco su fiel amistad y su valioso apoyo en todo momento.

Finalmente, destaco la asistencia de todas aquellas personas de la Universidad de Barcelona quienes, de alguna manera, aportaron a esta investigación. Mi gran admiración a mis profesores y mi reconocimiento al personal administrativo, especialmente a Ma. Angels Comellas y Martha Ruiz, quienes facilitaron mi estancia de investigación.

RESUMEN

En la actualidad existen diversas investigaciones y publicaciones que estudian el actuar de las personas jurídicas, mientras otras hacen lo propio con el fenómeno del crimen organizado, en ambos casos dichas temáticas no se vinculan. En otras palabras, la teoría y la práctica no abordan el tema de la persona jurídica como sujeto de derecho en el espacio de la delincuencia organizada. Por el contrario, su análisis se limita al ámbito de las personas físicas, a pesar de que la composición de la normativa internacional determina al fenómeno como una disciplina incluyente, es decir, comprende en su área de estudio a los sujetos colectivos, como lo pondera el art. 10 la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT).

Y es que, es indiscutible que los sujetos colectivos aprovechan su compleja estructura para materializar delitos, más aún cuando se trata de uniones empresariales, las cuales evidencian al crimen organizado corporativo, dado que los mercados ilícitos (de drogas, inmigración, prostitución, fraude de inversiones o blanqueo de capitales) precisan tanto de una gran logística como de una administración, para lo cual se ofrecen las formas de la economía legal. En esta medida, tiene sentido hablar de la supresión de fronteras entre la delincuencia económica-empresarial y la criminalidad organizada clásica, aspectos que sustentan al crimen organizado corporativo.

En este entendido, las normas que tradicionalmente se utilizan para la reprochar la delincuencia organizada tradicional (de las personas físicas), mantienen al margen la concentración de personas jurídicas, por lo que el marco legal actual es insuficiente para recriminar este fenómeno, hasta ahora abandonado. Es por ello, que la tesis pondera no solo los desafíos e inconvenientes jurídicos que presenta el fenómeno delincuencia organizada, sino que –además- acerca propuestas y soluciones concretas desde el ámbito de las ciencias penales, como la definición del injusto, el establecimiento de estándares de imputación sobre grupos empresariales en la materia y la creación de un *compliance* que regule las relaciones externas de las personas jurídicas asociadas. Para ello, es indispensable un cambio sobre los cánones asociados al sujeto de derecho, esto es, considerar a los entes colectivos como miembros o integrantes de la organización ilícita. En suma, se procura establecer las bases para la regulación e imputación del crimen organizado asociado a las personas jurídicas (públicas o privadas), lo cual no solo forma

un insumo de importancia en el rendimiento empresarial, sino que permite reprochar delitos organizados en estructuras complejas.

RESUM

En l'actualitat existeixen diverses investigacions i publicacions que estudien l'actuar de les persones jurídiques, mentre altres fan el mateix con el fenòmens del crim organitzat, en ambdós casos aquestes temàtiques no es vinculen. En altres paraules, la teoria i la pràctica no aborden el tema de la persona jurídica com subjecte de dret a l'espai de la delinqüència organitzada. Per contra, sumi anàlisi es limita a l'àmbit les persones físiques, tot i que la composicions de la normativa internacional determina el fenomen com una disciplina incloent, es dir, comprèn en super àrea d'estudi els subjectes col·lectius, com el pondera l'art. 10 la Convenció de Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional (CNUDOT).

I és que, és indiscutible que els subjectes col·lectius aprofiten la seva complexa estructura per materialitzar delictes, més encara quan es tracta d'union empresarials, les quals evidencien el crim organitzat corporatiu, atès que els mercats il·lícits (de drogues, immigració, prostitució, frau de inversions o blanqueig de capitals) necessiten tant una gran logística com d'una administració, per al qual s'oferia les formes de l'economia legal. En aquesta mesura, té sentit parlar de la supressió de fronteres entre la delinqüència econòmica-empresarial i la criminalitat organitzada clàssica, aspectes que sustenten el crim organitzat corporatiu.

En aquest entès, les regles que tradicionalment s'utilitzen per a la retrets la delinqüència organitzada tradicional (de les persones físiques), mantenen al marge la concentració de persones jurídiques, de manera que el marc legal actual es insuficient per recriminar aquest fenomen, ta ara abandonada. Es per ells, que la tesi pondera no només els desafiaments i inconvenients jurídics que presenta el fenomen delinqüència organitzada, sinó que -a més- sobre propostes i solucions concretes des dels àmbits de les ciències penals, com la definició de l'injust, l'establiment d'estàndards d'imputació sobre grups empresarials en la matèria i la creació d'un compliance que reguli les relacions externes de les persones jurídiques associades. Per això, és indispensable un canvi sobre els canons

associats al subjecte de dret, és a dir, considerar els entès col·lectius com membres o integrants de l'organització il·lícita. En suma, es procura establir les bases per a la regulació i imputació del crim organitzat associat a les persones jurídiques (públiques o privades), cosa que no només forma una entrada d'importància en el rendiment empresarial, sinó que permet retreure delictes organitzats en estructures complexes.

SUMMARY

At present there are several investigations and publications that study the actions of legal entities, while others do the same with the phenomenon of organized crime, in both cases these issues are not linked. In other words, theory and practice do not address the issue of the legal person as a subject of law in the area of organized crime. On the contrary, its analysis is limited to the realm of natural persons, although the composition of international regulations determines the phenomenon as an inclusive discipline, that is, it includes collective subjects in its area of study, as weights it the art. 10 the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNCTAD).

It is undeniable that collective subjects take advantage of their complex structure to materialize crimes, especially when it comes to corporate unions, which evidence corporate organized crime, since illicit markets (drugs, immigration, prostitution, Investments or money laundering) need both a great logistics and an administration, for which the forms of legal economy are offered. To this extent, it makes sense to speak of the suppression of frontiers between economic-business crime and classical organized crime, aspects that underpin corporate organized crime.

In this sense, the norms that traditionally are used to reproach traditional organized crime (of natural persons), keep the concentration of legal persons apart, so the current legal framework is insufficient to recriminate this phenomenon, hitherto abandoned. It is for this reason that the thesis considers not only the legal challenges and disadvantages presented by organized crime, but also proposes specific solutions and solutions from the criminal sciences, such as the definition of unjust, the establishment of standards Of imputation on business groups in the matter and the creation of a compliance that regulates the external relations of the associate juridical persons. For this, a change is

necessary on the canons associated with the subject of law, that is, to consider the collective entities as members or members of the illicit organization. In sum, it seeks to establish the basis for the regulation and imputation of organized crime associated with legal entities (public or private), which not only forms an important input in business performance, but also allows for the reproach of organized crime in complex structures.

CRIMEN ORGANIZADO CORPORATIVO

INDICE DE ABREVIATURAS

I. INTRODUCCIÓN

II. INCONVENIENTES CONCEPTUALES DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

1. Concepto de delincuencia organizada
2. La persona física frente a la delincuencia organizada. Dificultad conceptual
 - 2.1 Protección internacional de la persona humana. ¿Límite al concepto del crimen organizado?
 - 2.2 El carácter antagónico de los medios restrictivos de investigación criminal en el marco de la persona física
 - 2.2.1 La detención ilegal
 - 2.2.2 El arraigo
 - 2.2.3 La prisión preventiva
 - 2.2.4 Restricción de comunicaciones
 - 2.2.5 Reserva del nombre y datos del acusador
 - 2.2.6 Protección de testigos. Importancia de la identidad
 - 2.2.7 Valor probatorio de las actuaciones en sede de investigación
 - 2.2.8 Medidas de vigilancia y operaciones encubiertas
 - a) Vigilancia electrónica: intervención de comunicaciones. Condiciones para su legítimo ejercicio
 - b) El Secreto bancario: secrecía *versus* colaboración
 - c) Agente infiltrado y usuarios simulados. Requerimientos para el uso de la identidad supuesta
 - d) Entrega vigilada. Necesidad, proporcionalidad y control judicial
 - e) Digresión: Disposiciones representativas de intervención en la norma mexicana

III. SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL CRIMEN ORGANIZADO. ASPECTOS TEÓRICOS-FILOSÓFICOS

1. Modernidad penal. Consecuencias
2. Mandato de determinación e imprecisión de los elementos del tipo penal de delincuencia organizada
3. Personas físicas *versus* personas jurídicas. Necesaria referencia al principio de legalidad penal
 - 3.1 Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*)
 - 3.2 Garantía penal (*nulla poena sine lege*)
 - 3.3 Garantía jurisdiccional (*nullum crimen, nulla poena sine iudicium legale*)
 - 3.4 Garantía ejecutiva (*nulla executio sine lege*)
4. Bien jurídico e injusto penal. Acerca de su función legitimadora en el tipo de delincuencia organizada
 - 4.1 Derecho de asociación. Primera aproximación
 - 4.2 Anticipación penal y delitos de organización. Segundo acercamiento
 - 4.3 Bien jurídico colectivo. Tercera justificante
 - 4.3.1 Aspectos funcionales del bien jurídico
 - 4.3.2 El principio de daño
 - 4.3.3 El interés y el derecho de los sentimientos
 - 4.3.4 Paternalismo jurídico
5. Aproximación al contenido de injusto
6. El injusto de la organización ilícita. Toma de postura
7. Legitimidad del crimen organizado desde la posición de la persona física

IV. LAS PERSONAS JURÍDICAS. SUJETOS DE DERECHO EN EL ESPACIO DEL CRIMEN ORGANIZADO

1. La persona jurídica como centro de imputación. Nuevo escenario del crimen organizado
2. Expansión penal. Fundamento político-criminal de la delincuencia organizada de entes colectivos
 - 2.1 Deterioro de los principios constitucionales y de garantía. La inconveniente extensión penal
 - 2.2 Ampliación de los sujetos de derecho en el ámbito de la delincuencia organizada. La conveniente expansión
3. Excurso sobre la persona jurídica en el Derecho penal

- 3.1 Responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Estado de la cuestión
- 3.2 Respuestas políticas-criminales en torno al reproche penal de las personas jurídicas
 - 3.2.1 El paradigma de responsabilidad indirecta: sistema vicarial
 - 3.2.2 Estándares de la responsabilidad directa: El hecho de referencia o conexión. Especial consideración al artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano
 - 3.2.3 Imputación penal de las personas jurídicas. Aportes del funcionalismo sistémico
 - a) Culpabilidad por el carácter de la empresa (LAMPE)
 - b) Culpabilidad por conducción de la vida empresarial (HEINE)
 - c) Concepto constructivista de culpabilidad (GÓMEZ-JARA)
- 3.3 Responsabilidad criminal de las personas jurídicas en México. Específica alusión al artículo 11 del Código Penal Federal

V. UNIONES EMPRESARIALES: NUEVO CONTEXTO DEL CRIMEN ORGANIZADO. BASES PARA SU REGULACIÓN E IMPUTACIÓN

- 1. Uniones empresariales. Tipologías mercantiles y su aprovechamiento por el crimen organizado
 - 1.1 Modelos de estructuras organizadas. Generalidades
 - 1.2 Asunción de tipologías mercantiles por el crimen organizado. Evocación paradigmática en el comercio internacional
 - 1.2.1 *Joint venture* o sociedad conjunta
 - 1.2.2 *Offshore* o sociedad extraterritorial
 - 1.2.3 *Holding* o sociedad tenedora
- 2. Correspondencia entre delincuencia organizada y grupos empresariales
- 3. Comunicación y vínculos *ad extra*. Fundamento del injusto del crimen organizado corporativo
 - 3.1 *Compliance* inter-empresarial. A propósito de las uniones empresariales
 - 3.1.1 Bases normativas del *compliance ad extra*
 - 3.1.2 La necesidad de establecer un *compliance* hacia afuera
 - 3.1.3 Autorregulación regulada y tercerización del Derecho penal
 - 3.1.4 *Compliance officer*. Inconvenientes en el modelo normativo mexicano y su contención en actos externos a la persona jurídica

3.2 *Compliance* externo e imputación recíproca. Aproximación a un modelo de contención y reproche penal del crimen organizado corporativo

VI. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AJ Aranzadi	Repertorio de Jurisprudencia
ADP	Anuario de Derecho Penal
AEDI	Anuario Español de Derecho Internacional
AJEE	Anuario Jurídico y Económico Escurialense
AMDPE	Aanuario Mexicano de Derecho penal Económico
AML	Anti-Money Laundering
AP	Actualidad Penal
APNFD	Actividades y Profesiones No Financieras Designadas
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BGH	Bundesgerichtshof
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
Cfr.	Confrontar
CFT	Combating the Financing of Terrorism
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CICAD	Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNUDOT	Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
CNUTIESP	Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

Coord.	Coordinador/Coordinadora
CP	Código Penal
CPDF	Código Penal para el Distrito Federal
CPE	Código Penal español
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPF	Código Penal Federal
CPI	Corte Penal Internacional
CSCR	Corte Suprema de Costa Rica
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
DNFBPS	Designated Non-Financial Businesses and Professions
Dir.	Director/Directora
DOF	Diario Oficial de la Federación
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed.	Editorial
ER	Estatuto de Roma
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento Jurídico
GAFI	Grupo de Acción Financiera
GTCDD	Grupo de Trabajo de Capacitación y Desarrollo (GAFI)
ICE	Información Comercial Española (Revista de Economía)
IFP	Instituto de Formación Profesional
IJJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
JUR	Jurisprudencia
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico
LCNBV	Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores
LDC	Ley de Defensa de la Competencia (española).
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LIBE	Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior
LIC	Ley de Instituciones de Crédito (México)
LFDO	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
LFPIORPI	Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita
LGPSDMS	Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de secuestro

LGSNSP	Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública
LMV	Ley del Mercado de Valores
LO	Ley Orgánica
LPF	Ley de la Policía Federal
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSM	Ley de Sociedades Mercantiles
MP	Ministerio Público
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OSCJ	Ontario Superior Court of Justice
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OR	Ontario
PE	Parlamento Europeo
PF	Policía Federal
PGJDF	Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
PGR	Procuraduría General de la República
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RBA	Risk Based Authentication
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
Reg.	Registro
REPC	Revista de Estudios Penales y Criminológicos
Res.	Resolución
RIFPH	Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades
RITI	Revista Internacional de Transparencia e Integridad
RLPF	Reglamento de la Ley de la Policía Federal
RP	Revista Penal
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
SCAA	Sentencia de la Corte de Apelaciones de América
SCoIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SDNT	Specially Designated Narcotics Traffickers list
Sec.	Sección
SIEM	Sistema de Información Empresarial Mexicano

SJF	Semanario Judicial de la Federación
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
STJCH	Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chaco
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
STOPA	Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica
T.	Tomo
TCC	Tribunales Colegiados de Circuito
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIY	Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia
Trad.	Traductor
TS	Tribunal Supremo (España)
TSF	Tribunal Supremo Federal (Alemania)
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)
UAM	Universidad Autónoma de Madrid
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vol.	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día no se puede negar la arrogación de las tipologías mercantiles que el crimen organizado adquiere, también es indiscutible que los sujetos colectivos aprovechan su compleja estructura y las diversas formas de operación comercial en la materialización de delitos, especialmente cuando de uniones empresariales se trata. En opinión de QUERALT, no es furtivo que “las actividades industriales y comerciales son fruto, cada día más, de la actuación de empresas que revisten la forma de personas jurídicas, es decir, de sociedades mercantiles en sus diversas formas y regímenes. Tampoco es ningún secreto que al incremento de la actividad económica, fundamentalmente en algunos sectores industriales (el químico, el nuclear, el alimenticio, por ejemplo) o de servicios (las aplicaciones informáticas, pongo por caso), le sigue inexorablemente un *incremento exponencial de riesgos* para las personas, ya sean consideradas individualmente, ya sea colectivamente junto con su entorno o *hábitat*”¹. De ello, existe una diversidad de ejemplos desarrollados en años recientes que hacen evidente el crimen organizado corporativo.

En este entendido, resulta cierto que los adelantos sociales en los espacios económicos, tecnológico y empresarial estimulan la admisión del crimen organizado como modalidad delictiva, máxime si se considera que “muchas conductas lesivas son producidas por la interrelación de conductas en organizaciones sociales complejas, especialmente empresas en que se originan contextos de grupos riesgosos para bienes jurídicos”². En otros términos, “Las grandes fuentes de peligro no están hoy en manos individuales, sino en manos de corporaciones o conglomerados, públicos o privados. [Aunque] La respuesta que se intenta dar a estos fenómenos desde el Derecho, y más concretamente desde el Derecho penal, ni es siempre pronta ni especialmente eficaz. A este hecho, la propia ideología individualista del Derecho penal no es ajena”³.

En relación a lo citado, el concepto de riesgo ha alcanzado –en el entorno penal- una destacada importancia, ello responde, en opinión de CORIGLIANO, “a la necesidad de

¹ QUERALT, Joan J., “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas”, *Dialnet*, n° 30 (1990), p. 42.

² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, 3ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 88.

³ QUERALT, Joan J., “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos...”, op. cit., p. 43.

protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva, ya sea por su relevancia, o bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios técnicos actualmente necesarios para la vida social pueden ocasionar, indebidamente utilizados, riesgos intolerables”⁴.

Lo anterior, significa la consideración del riesgo como la *ratio legis* en la producción de tipos penales, convirtiéndolo en una distinguida figura para legislador que encuentra en aquél la prevención de futuras conductas lesivas, pese a que la doctrina advierte a la prevención limitada como el instrumento que “puede desarrollar un efecto positivo de afirmación del derecho propio de un Estado social y democrático”⁵, y a partir del cual se concilian las exigencias de prevención general positiva.

Lo cierto, es que el riesgo se torna una figura tan definitiva como polémica dentro del Derecho penal. Aun así, el modelo de Beck ha tenido buena acogida en la moderna ciencia penal quien lo asume como una evolución, a pesar del deterioro sobre los principios básicos del Derecho penal liberal que representa la función preventiva frente a los nuevos riesgos⁶ en determinados escenarios.

Por su parte, dada la consideración de la tutela individual como tardía, en la actualidad la anticipación juega un papel preponderante en la construcción (y protección) de bienes colectivos, por lo que la relevancia penal encuentra su apoyo en fases previas al daño –e incluso del peligro–, lo cual origina tipos penales cuyo objeto se traduce en la disminución de riesgos para bienes jurídicos. Este apego a la anticipación penal es objeto de crítica, pues la conducta sancionada en estadios preliminares en muchas ocasiones no es –aún– susceptible de riesgo lesivo⁷, generando una emancipación –esencialmente– del principio de proporcionalidad, base de la prevención limitada. En términos generales, el conocimiento del riesgo no significa necesariamente la decisión del autor en *pro* de la lesión, e incluso si se afirma un dolo, no se puede considerar una disposición de la acción sino una atribución en abstracto llamada presunción⁸.

⁴ CORIGLIANO, Mario Eduardo, “Delitos de peligro, la frontera de lo punible en el Derecho penal”, *Dialnet*, n° 18 (2006), p. 1.

⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015, p. 93-95.

⁶ Cfr. CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal de riesgo”, *RDPC*, n.º 10 (2002), pp. 47-72.

⁷ Cfr. CORIGLIANO, Mario Eduardo, “Delitos de peligro...”, *op. cit.*, p. 3.

⁸ *Ibidem*, p. 3.

Lo antedicho no es ajeno al marco de la delincuencia organizada, por el contrario, constituye su fundamento político-criminal (y de legitimidad, en aquellos casos donde la materia se regula como tipo penal autónomo), que más allá de amparar el Estado democrático de derecho se opone a las exigencias éticas (políticas y jurídicas) que permiten el desarrollo social, particularmente, de las personas naturales, al anular el goce y disfrute de sus derechos contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y demás instrumentos internacionales que la disciplina contempla. Ello es así, porque la protección de los derechos fundamentales refiere un marco límite y de control sobre el ejercicio del poder público. De esta manera, en mi experiencia, la ciencia penal se sitúa entre dos modelos diferenciados, por una parte, el combate a la delincuencia organizada a través del uso de herramientas de carácter excepcional y, por la otra, la protección a los Derechos Humanos, materias altamente antagónicas que, desde luego, no deben ser excluyentes de los postulados contenidos en el Estado liberal.

La idea de establecer la autonomía del tipo penal de delincuencia organizada en países como México, El Salvador, Venezuela, Guatemala, entre otros, resulta confusa e incongruente, pues da lugar a un significativo cambio en su política-criminal y normativa debido a la pretensión de ajustarse a los postulados del *moderno Derecho penal*, cuya particularidad no solo radica en su carácter expansionista, que da paso a la intervención en espacios no considerados por el derecho criminal y a la creación de diversos tipos penales, sino también, en supuestos como el analizado, puede representar la quiebra del principio de intervención mínima, que hoy se ofrece como respuesta de cara a las acciones originadas en estadios previos a la lesión efectiva, donde, además, se utilizan herramientas contundentes frente al sistema de garantías y los límites del *ius puniendi*. Con ello no digo que el adelantamiento punible sea inválido para determinados casos, sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos colectivos cuya protección encuentra su justificación en la prevención.

Pese a la adopción de los razonamientos esgrimidos por la modernidad penal en el marco del crimen organizado, la ampliación normativa guarda silencio en considerar a la delincuencia organizada y a las personas jurídicas como materias frecuentemente relacionadas, que al fusionarse logran disimular actos ilícitos, permaneciendo en mayor o menor medida fuera del alcance penal debido a la alta complejidad que unidas guardan.

En otros términos, no se logra hacer eco legislativo frente al funcionamiento de corporaciones agrupadas en cuanto a las relaciones concernientes a su esfera externa, por ejemplo, la regulación de un *compliance* interempresarial o intragrupal que regule la ética de los conglomerados empresariales. Esta inactividad manifiesta –una vez más- la máxima según la cual los legisladores se quedan habitualmente atrás del desarrollo de los hechos. Y es que hasta hace unas décadas la criminalidad económica se podía distinguir con cierta nitidez frente a la clásica delincuencia organizada “precisamente porque la primera se desarrollaba en el contexto institucionalizado de la actividad empresarial *ab initio* lícita, mientras que la segunda se había caracterizado tradicionalmente como criminalidad de organizaciones informales dedicadas a realizar actividades *ab initio* ilícitas en mercados criminales ilegales y al margen del derecho”⁹. Actualmente, la delincuencia organizada de la globalización no se circunscribe exclusivamente, y de forma simplista, a un bloque de personas físicas con finalidades criminales, sino a entidades corporativas, difícilmente diferenciadas de la criminalidad económica tradicional por la unión existente entre empresas legales e ilegales, cuyo objetivo común es la obtención del mayor beneficio posible¹⁰.

Es por ello que, frente a la reserva sobre el tema, me parece indispensable destacar la regulación de los grupos empresariales en el contorno del crimen organizado con el objeto de que dichas asociaciones no puedan ser utilizadas para obtener efectos contrarios a las metas de las disposiciones legales existentes en el campo penal, como primer propósito, y su consecuencia necesaria en el campo corporativo, como segundo objetivo.

Para aproximarme a la primera de las finalidades, tema en el que encaminaré mi trabajo, debo mencionar que las normas tradicionalmente utilizadas en la delincuencia organizada transnacional mantienen al margen el funcionamiento de la concentración de personas jurídicas, por lo que su radio de acción actualmente resulta insuficiente para captar este fenómeno abandonado hasta ahora, a pesar de su establecimiento en la Convención de Palermo (art. 10). Al respecto, pondero la necesidad de configurar una normativa que contenga preceptos sobre el ámbito corporativo-externo de las sociedades reunidas a modo de agrupación, que no solo forma un insumo de importancia en el rendimiento

⁹ Cfr. FARALDO CABANA, Patricia, *Sobre los conceptos de organización criminal, en la delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 69.

¹⁰ *Ibidem*.

empresarial, sino que evita la impunidad penal en el plano del crimen organizado. A este último argumento, deberán atribuirse normas específicas sobre la restricción de la libre competencia, que no requieren una regulación independiente a la ya existente pero si debe contenerse en ella, pues se trata de agrupaciones cuyos acontecimientos son potencialmente opuestos con la libertad referida. Siendo ello así, debe sustentarse el control de vinculación y agrupación debido a su dimensión cooperativa, ahí donde las personas jurídicas mantienen relaciones de colaboración y complementariedad recíproca.

En este contexto, procuro centrarme en un discurso político-criminal de renovación que además de plantear la conciliación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y a los Derechos Humanos, resulte comprensivo en tanto se extiende la criminalidad organizada¹¹ a los entes colectivos como sujetos de derecho. Al respecto, ALBRECHT puntualizó que la razón de pronunciarse acerca del tema es que “los mercados [...] de drogas, inmigración, prostitución, fraude de inversiones o blanqueo de capitales, precisan de una gran logística y de un *management*, y para ello se ofrecen las formas de la economía legal [...] en esta medida tiene sentido hablar de una disolución de las fronteras entre criminalidad económica o empresarial organizada y criminalidad organizada clásica”¹². Tema que el parlamentario y la doctrina (académica y jurisprudencial) han dejado en el tintero.

Desde la óptica de las leyes de mercado, así como de la lógica de la oferta y la demanda, las manifestaciones de la delincuencia organizada como la trata de personas, blanqueo de capitales, tráfico de órganos, de drogas, etc., resultan ser negocios lucrativos para las corporaciones; si a ello se le suma la ausencia de regulación (penal) en el desempeño de aquellas actividades por parte de las personas jurídicas, resulta evidente que las empresas se interesen por intervenir en este nicho de mercado mediante la adopción de las distintas formas mercantiles. Los agentes empresariales, en tanto colectividades movidas por el principio de acción utilitarista (maximización del beneficio), nutren al mercado de aquellos bienes o servicios que se demandan sean legales o ilegales, cosas o personas,

¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis, “El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, (2012), p. 11. Disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/El%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>.

¹² ALBRECHT, Hans-Jörg, “Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: concepto y comprobaciones empíricas”, en A.A. V.V., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, p. 275.

máxime cuando la dificultad de obtener dichos bienes de consumo hace que su precio aumente (órganos humanos, por ejemplo). De ahí que, buscando el incremento del beneficio las organizaciones no criminales puedan pasar de una actividad lícita a una ilícita, o bien, combinar su dedicación a actividades legales con la encauzada a su desempeño de tareas ilegales, aprovechando su estatus de legalidad/legitimidad para garantizar ganancias obtenidas en el campo de la prohibición normativa¹³.

Escenarios como el descrito determinó a la doctrina a considerar, como una de las características fundamentales de la ciencia penal del siglo XXI, la ampliación del sujeto de derecho a las personas jurídicas que hoy constituyen un referente en el origen de las formas sociales dañosas en la criminalidad económica y organizada, pues el derecho apegado al principio *societas delinquere non potest* no logra afrontar eficazmente los riesgos que aquellas generan, menos –aún- si el reproche penal se restringe a la esfera de las personas físicas, quienes pueden ser reemplazadas con facilidad¹⁴ (principio de fungibilidad). Este contexto, también determinó a las fuentes internacionales a imposibilitar la realización de delitos cometidos por o desde las personas colectivas, especialmente aquellas vinculadas al crimen organizado, ya que la materia cuenta con herramientas específicas que facilitan la investigación, imputación y procesamiento de los intervinientes en grupos criminales.

Así, las reglas especiales de averiguación y proceso sobre delincuencia organizada, reguladas en el art. 20 de la Convención de Palermo, tienen como propósito promover la cooperación para prevenir y combatir de forma eficaz el fenómeno que regula¹⁵. Este instrumento, además de requerir la adopción de medidas normativas internas para regular la participación en o de un grupo delictivo organizado, permite a los Estados parte adoptar técnicas específicas de investigación, siempre que no se quebranten principios fundamentales de derecho¹⁶, esto es, sólo a través del respeto a los límites del Derecho

¹³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 124.

¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, análisis de los arts. 31 bis y 129 del código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 24-25.

¹⁵ El art. 1º de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convenio de Palermo) establece: “El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”.

¹⁶ Vid. art. 20.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada

penal la Convención aprueba la creación de medidas indispensables y/o técnicas singulares de pesquisa como la entrega vigilada, vigilancia electrónica, operaciones encubiertas o de otra índole, con el objeto de combatir eficazmente al crimen organizado¹⁷.

En este marco tan complejo de valoraciones, lo citado se refleja en distintos ordenamientos de diferentes países, principalmente latinoamericanos, donde al momento de identificar comportamientos que justifiquen la calificación de delincuencia organizada resulta particularmente difícil, ya que la escena formal requiere de una interpretación fuertemente influenciada por criterios político-criminales (y no normativos), considerados por el parlamentario al momento de regular conductas de organización criminal, lo que comporta su ausencia de injusto, pues, con razón lo destaca ONTIVEROS ALONSO, “...no sólo el legislador, sino también gran parte de los servidores públicos vinculados a la procuración e impartición de justicia confunden delito con injusto”¹⁸, situación que dificulta –por mucho- el legítimo reproche penal, sobre todo cuando se trata de un “delito” con independencia normativa.

Por ello, en el desarrollo de este trabajo, realizo un análisis sobre, lo que a mi juicio y desde mi experiencia práctica, debe constituir el injusto en la delincuencia organizada. En el aspecto material, el problema surge del carácter diversificado que tiene el tema, pues, en la actualidad, no solo se integra por un grupo pequeño de personas –tradicionalmente- físicas, sino que participan de ella corporaciones, empresas y directivos, gremios empresariales y asociaciones ilícitas, que convierten en disfuncionales los cánones de atribución hasta ahora considerados en la materia, sobre todo si se continúa bajo el criterio normativo de tipificación accesoria para determinar la existencia de la situación criminal.

Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “El Derecho penal frente a la trata de personas (problemas técnicos y político criminales)”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2010, p. 207.

Algunos criterios adoptados para identificar una situación constitutiva de delincuencia organizada han presentado problemas de técnica legislativa. En la década de los años setenta, el crimen organizado comenzó a ocupar la atención de las Naciones Unidas y, en particular, de los gobiernos europeos en vista del proceso de unificación que se iniciaba. Desde entonces se advirtieron las dificultades para integrar una noción más o menos clara y razonable acerca del fenómeno, quedando en evidencia que la expresión “crimen organizado” pasaba a ser una categoría jurídica, esto es, un concepto con contenidos normativos que debían ser identificados y puestos en detalle para permitir la conformación de un elenco casi universal de las características que permitieran otorgarle contenidos objetivos.

Los primeros documentos de trabajo redactados a partir de la resolución 53/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998, intentaron identificar algunas particularidades especiales tales como el carácter grupal, estructura de la organización, temporalidad o permanencia, finalidad en la comisión de delitos graves, obtención directa o indirecta de provecho financiero o económico y actuación transnacional.

Si bien, la práctica internacional pone en evidencia la dificultad de acceder a una definición de crimen organizado, es claro que también deja al descubierto los efectos negativos que las herramientas de investigación determinadas para la materia tienen en el plano de la persona humana.

Dada mi experiencia en el área, a lo largo del trabajo, tomaré como modelo el caso específico de México, cuyas normas establecen particulares mecanismos de averiguación y procesamiento como la investigación anticipada, arraigo, aseguramiento de bienes, intervención de comunicaciones, entre otras figuras estimuladas por la Convención de Palermo, que no en pocas ocasiones vulneran cánones internacionales, sobre todo cuando de Derechos Humanos se habla. Esto me permite exponer, como cambio paradigmático, la inclusión de la persona jurídica en la materia, lo cual determina una redefinición acerca de los sujetos de derecho, pero, de ninguna manera, significa excluir a la persona física de su responsabilidad penal en este ámbito.

En la actualidad existen diversas investigaciones y publicaciones que estudian el actuar de las personas jurídicas, mientras otras hacen lo propio con el fenómeno del crimen

organizado, en ambos casos dichas temáticas no se vinculan. En otras palabras, la teoría y la práctica no abordan el tema de la persona jurídica como sujeto activo de la delincuencia organizada, por el contrario, su análisis se limita al espacio de las personas físicas, pese a que la composición normativa internacional trata de una disciplina incluyente, es decir, comprende en su área de estudio a los sujetos colectivos, como lo pondera la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT).

Y es que si nos referimos a la importancia de los roles que mantienen las personas nos encontramos frente a supuestos donde los colectivos desarrollan una labor fundamental. Así, por ejemplo, en España no se prevé dentro de los tipos agravados por crimen organizado el fraude de subvenciones a la Unión Europea, pese a que la doctrina pone de relieve que en este delito “la realización del fraude por personas físicas individuales no juega un papel relevante. Más bien al contrario, hoy día las grandes masas de fraudes de subvenciones son llevadas a cabo por empresas”¹⁹.

Lo anterior es así, pese a la reforma realizada a la LO 10/1995 en 2015, cuyo propósito fue la “mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”²⁰; optimización confinada a limitar el contenido del *debido control*, como elemento fundamentador de atribución criminal. En realidad, su principal objetivo –de acuerdo al propio preámbulo de la ley- fue poner “fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, [asumiendo] ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”²¹. En efecto, la responsabilidad criminal de entes jurídicos es reconocida (arts. 31 bis y 310 bis), aunque siempre desde su carácter unitario e interno, esto es, como unidad económica; siendo ello así, la reforma permanece ajena al marco de responsabilidad de grupos empresariales organizados. Muestra de ello, es el art. 570 bis CP, el cual tras la reforma operada por la LO 1/2015 orienta el modelo

¹⁹ Cfr. VALLS PRIETO, Javier, *El fraude de subvenciones en la Unión Europea. La necesidad de un espacio europeo de normas penales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 106.

²⁰ BOE, 31 de marzo de 2015, N° 77, Sec. I., p. 27063. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>

²¹ *Ibidem*.

de imputación a personas físicas cuando de un grupo u organización criminal se trata, pues, si bien, deja abierto el concepto de persona (física o jurídica) persiste la prisión como única forma de sanción, cuya naturaleza, evidentemente, va encaminada a la persona natural. Ello repercute en mi cita inicial: el fraude de subvenciones (art. 308), pues, pese a que la sanción impuesta es conjunta (pena y multa), es el propio concepto de organización criminal, aportado por la norma penal (570 bis), el que, además de encontrarse estrechamente vinculado a la persona física, no contempla el aspecto grupal de los corporativos.

Ante el vacío normativo existente, es preciso contar con un estudio profundo y serio que no sólo asuma los desafíos e inconvenientes jurídicos que presenta el fenómeno delincuencia organizada, sino que, además, acerque propuestas y soluciones concretas desde el ámbito de las ciencias penales como la definición de su injusto, el establecimiento de estándares de imputación sobre grupos empresariales en la materia y la creación un *compliance* que regule las relaciones externas de las personas jurídicas asociadas. En otras palabras, trataré de asentar las bases para la regulación e imputación de un crimen organizado asociado a las personas jurídicas, y a través de las cuales se arrojan tipologías de mercado para la comisión de delitos. Ello, sin desconocer los límites e inconvenientes que genera la organización criminal desde la empresa pública, quien cuenta con la estructura estatal, su monopolio económico y exclusividad en el uso de la fuerza, aspectos que por definición actúan sistemáticamente, constituyéndose en aparatos organizados de poder en contra del ciudadano. Tal es el caso de Petrobras en Brasil, quien desvió fondos públicos además de beneficiar a diversas empresas privadas mediante el otorgamiento de contratos a cambio de sobornos afectando la economía del país, lo que repercutió en espacios que van desde las inversiones y acceso al crédito empresarial, hasta el cambio en la política fiscal que, evidentemente, impactaron en el ciudadano. Ello culminó con la imputación de diversos delitos a personas físicas como corrupción, lavado de dinero y *quadrilha*, haciéndose notar la ausencia normativa en el ámbito del crimen organizado corporativo.

En contraposición, Naciones Unidas manifiesta su conformidad en el estudio de la delincuencia organizada de personas jurídicas. Destaca que en muchos casos los delitos graves y complejos se cometen por conducto o al amparo de entidades colectivas, como empresas u organizaciones de beneficencia, asentando que las complejas estructuras de

esas entidades permiten ocultar eficazmente la verdadera identidad de los propietarios, clientes o determinadas transacciones en relación con delitos que van desde el contrabando hasta el blanqueo de capitales, así como las prácticas corruptas, resultando insuficiente la responsabilidad individual y acentuándose la dificultad probatoria que pueda representar. Por otro lado, distingue el efecto preventivo/disuasivo que la responsabilidad penal sobre las entidades colectivas puede tener, en parte porque el daño a la reputación logra ser oneroso y, en parte, porque puede catalizar el establecimiento de una gestión y estructuras de supervisión más eficaces para garantizar el cumplimiento normativo²². Siendo ello así, el establecimiento de un modelo de reproche a grupos empresariales destaca como única forma de eliminar los resguardos que el crimen organizado transnacional ofrece actualmente.

Sin duda, al contar con sujetos diferenciados (personas físicas y jurídicas) la materia posibilita orientar distintos enfoques filosóficos, teóricos y prácticos de las figuras que rodean el tipo penal como la culpabilidad, autoría y participación, formas de imputación, entre otras, dado que su valoración se estima en la naturaleza de las propias personas. Al respecto, es necesario reconsiderar la aplicación y alcance actual que la disciplina impone, así como revisar las herramientas vigentes para efectuar el reproche penal a los entes colectivos. Por otra parte, es preciso atender aspectos relacionados con la legitimidad del tipo (en casos donde guarda autonomía), que se evidencian desde la política-criminal, el propio concepto de delincuencia organizada y los componentes que circunscriben inconvenientes que acentúan el deterioro de los principios limitadores del Derecho penal y de los Derechos Humanos.

A lo luz de lo anterior, es indispensable proponer un cambio de los cánones asociados al sujeto de derecho, esto es, la consideración de entes colectivos como miembros/integrantes de la organización ilícita, pues, si bien, la dogmática penal considera preponderante la participación de personas físicas en la integración de la organización criminal, es preocupante, en primer lugar, la desconsideración del grupo como unidad delictiva, ya que la forma de llevar a cabo el juicio de reproche ocurriría de

²² Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 103. Disponible en <https://www.unodc.org/tldb/pdf/Spanish-organised-crime-guide.pdf>.

manera distinta a la hoy planteada. En segundo término, inquieta la falta de regulación en el área que centre aquel reproche en entes colectivos, dada la experiencia actual en que diversos grupos empresariales incurren en actividades irregulares dentro del sector financiero, comercial, industrial, telecomunicaciones, entre otros, baste dirigirse a la *Specially Designated Narcotics Traffickers list (SDNT)*²³ para dar cuenta del padrón de personas jurídicas asociadas al crimen organizado que operan, principalmente, con dineros provenientes del tráfico de drogas alrededor del mundo. Esto solo muestra una parte de las múltiples formas en que los agentes colectivos se supeditan al fenómeno citado.

Siendo ello así, es posible considerar a las personas jurídicas coautoras de crimen organizado, pues, si tomo como pertinente lo establecido por la Suprema Corte mexicana, su participación puede formalmente considerarse como una porción de la acción típica, si aquélla resulta adecuada y esencial al hecho delictivo, de tal suerte que si se evidencia la existencia del co-dominio funcional del hecho entre los agentes físicos y jurídicos, es decir, el reparto del dominio del hecho en la etapa de su realización, tal aportación es suficiente para apreciar a dichos agentes coautores materiales del delito²⁴.

No obstante lo advertido, en casos de coautoría no es dable imputar exclusivamente a cada uno de los integrantes la aportación parcial realizada sino que, por el dolo encaminado a la consecución total del resultado, cada persona jurídica y/o física copartícipe debe responder del delito considerado en forma unitaria²⁵, esto es, como un solo resultado de la suma de conductas múltiples, precedidas de un designio criminal y de un acuerdo conjunto llamado pacto criminal empresarial, íntimamente ligado al principio de imputación recíproca.

Lo expuesto en el párrafo precedente no se aprecia –actualmente- a efectos de imputación. En opinión de la Corte Suprema mexicana el codominio funcional del

²³ La SDNT, también conocida como lista Clinton, es una relación de personas (físicas y jurídicas) que emite la Oficina de Control de Bienes Extranjeros (*Office of Foreign Assets Control*) del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América. Fue creada en octubre de 1995 por la Orden Ejecutiva 12978, emitida por Bill Clinton, como parte de una política-criminal en contra del narcotráfico y el lavado de activos. Disponible en <http://www.treasury.gov/ofac/downloads/t11sdn.pdf>.

²⁴ SCJN, amparo directo 369/97, SJF, 9ª época. T. VI., abril de 2007, p. 487.

²⁵ SCJN, amparo directo 258/2008, SJF, 9ª época. T. XXVIII, diciembre de 2008, p. 978.

hecho resulta inaplicable al delito de delincuencia organizada, ya que éste previene como conducta punible la "pertenencia" (dolosa) *per se* a un grupo delictivo, por lo tanto, deja de lado el acto fundante de la organización, para referirse a la pertenencia constatada como saldo de la incorporación posterior y aceptada; en consecuencia, la forma de intervención delictiva en este delito –según esta corte- se actualiza a título de autoría directa y material [...] toda vez que el núcleo típico se reduce al verbo rector "pertenecer" de modo doloso a una agrupación delictiva con los requisitos y finalidades previstas por la ley (plurisubjetividad y propósitos delictivos específicos), lo que implica que dicho actuar ("pertenecer") se sature con un acto instantáneo y personal de integrar el grupo, dadas las condiciones respectivas. Siendo ello así, ese actuar se realiza de manera individual y completa, esto es, sin necesidad de dividir los actos conformadores de la efectiva conducta punible, por ende, la imputación se realiza a título de autor material, es decir, autoría directa e individual para cada uno de los integrantes; acudir a la fracción III del art. 13 CPF (mexicano) implicaría confundir la forma de intervención del activo con el carácter plurisubjetivo que caracteriza a la figura delictiva para efectos clasificatorios en relación con la exigencia de un número determinado de sujetos pertenecientes²⁶.

El criterio anterior causa preocupación, y es que diversas regulaciones que consideran a la delincuencia organizada como delito autónomo, no contienen dentro de los elementos del tipo la *pertenencia* a tal organización, a pesar de ser el aspecto que sustenta la estabilidad del vínculo y acuerdo previo entre los integrantes del grupo delictivo. Así, por ejemplo, en México el legislador manifestó su deseo de suprimir la figura del acuerdo previo contemplada en la redacción original de la norma²⁷, dejando sin apoyo el injusto normativo. De esta manera, resulta inoperante el fundamento que la doctrina jurisprudencial mexicana pretende establecer en el logro de imputar individualmente a las personas físicas que conforman el grupo criminal a reprochar.

Ante tal situación, la autonomía normativa del crimen organizado debe considerar como elemento esencial del reproche penal al acuerdo previo, pues, pese a que la doctrina

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ El art. 2 LFDO en su redacción original establecía: "Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada [...]"

estableció la existencia de problemas en su relevancia penal, debido a que la responsabilidad (como coautores) se fundamentaba en la simple concertación criminal, sin ser preceptivo ningún otro requisito, ello determinaba como irrelevante la aportación material que cada uno de los intervinientes hubiera realizado. La concepción del acuerdo previo evolucionó en la coautoría, de suerte que el fundamento utilizado en nuestros días de forma unánime se vincula al dominio del hecho. Así, por ejemplo, el TS español fue desarrollando la coautoría, desde la inicial aplicación de la teoría del acuerdo previo –de forma prácticamente sistemática- hasta decantarse por la teoría del dominio del hecho que invoca en la práctica actual conformidad de las sentencias sobre el tema, pues, al contrario del acuerdo previo, se consideró que la calificación del sujeto como coautor no solo se radica en la actuación acordada sino que, además, resulta determinante la relevancia material de la aportación individual.

A pesar de lo dicho, es la propia jurisprudencia española quien, con posterioridad, declara necesaria la existencia del mutuo acuerdo. En efecto, se ha determinado que “la coautoría por condominio funcional del hecho requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, un mutuo acuerdo encauzado a la realización conjunta del hecho delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de esta (elemento subjetivo). A este requisito ha de sumarse otro imprescindible de carácter objetivo: la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal”²⁸.

De esta suerte, la doctrina definitivamente asentada por el TS español, a través de solventar la definición de coautoría como "realización conjunta del hecho", que se venía incluyendo en el concepto de autoría, supera las objeciones dogmáticas y que a través de la figura del "acuerdo previo" niega la necesidad de ejecutar los actos materiales integradores del núcleo típico, pues “a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del *pactum scaeleris* y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución”²⁹. En

²⁸ Ver STS 2913/2013 de 24 de mayo.

²⁹ Ver STS 3087/2014 de 12 de julio.

párrafos preliminares indiqué que el reproche penal es afín a la imputación recíproca. Y es que entiendo que la figura es susceptible de aplicarse a la integración misma del grupo criminal y no sobre el rol desempeñado por cada integrante (en otros delitos). De esta suerte, una vez concebida la responsabilidad penal individual de entes colectivos, es menester que los grupos empresariales sean objeto de estudio, pues con arreglo a la Convención el fenómeno no solo se condiciona al entorno de las personas físicas, en consecuencia el dominio del hecho pueden ejercerlo un conjunto de entes colectivos que participan de la organización criminal a través de la realización mancomunada y recíproca, tratándose de una coautoría que por acuerdo dominan -en parte y en todo-, funcional e instrumentalmente, sobre la realización del injusto (organizarse con una finalidad delictiva), constituyendo cada una de éstas una contribución de importancia en la formación del grupo, ya que hasta ahora en el área solo se advierte como injusto la simple formación material de la organización a través de un número determinado de personas naturales para llevar a cabo conductas que contengan una finalidad delictiva, siendo ello suficiente para la imposición de pena, pues, para su consumación, no se requiere la realización de otra conducta delictiva dada su autonomía normativa. Algo realmente incongruente, sobre todo si el tratamiento penal opera bajo el principio de accesoriedad.

Consecuentemente, si se respeta la existencia del principio de accesoriedad de la participación en el delito la situación se dificulta. Ello, porque si el modelo de imputación se funda en actos periféricos a la organización criminal y posteriores a la formación del grupo (objeto de su autonomía), es decir, sobre acciones punibles independientes, entonces, el delito en análisis no solo puede ser doloso, como al presente se afirma judicialmente, sino imprudente. Pensemos en el supuesto de blanqueo por imprudencia grave (art. 301.3 CPE), donde el incumplimiento de deberes puede fundamentar su responsabilidad. En palabras de CORCOY BIDASOLO, "es de gran importancia práctica la tipificación del blanqueo por imprudencia grave, que comporta la negligencia inexcusable referida a la procedencia y al uso que se le da a los bienes, porque el sujeto activo debía conocer fácilmente esta situación. La legislación penal tiene que completarse, fundamentalmente para la determinación de los deberes de cuidado, con la legislación extrapenal, que impone obligaciones administrativas a sujetos "sensibles", en determinadas conductas sospechosas. El incumplimiento de estas obligaciones (diligencia

debida, información, control, secreto) puede ser un elemento para fundamentar la responsabilidad por imprudencia”³⁰.

Lo anterior, representa tan solo un ejemplo de la influencia que tiene la accesoriedad criminal en el tema de referencia. En este tenor, si el crimen organizado continúa legitimándose en sus manifestaciones se puede llegar al supuesto de considerarlo también un ilícito imprudente, como lo muestra el párrafo antecedente, dado que se reprocha al grupo en el terreno de lo individual. Seguidamente, resulta incontrovertible la existencia de vínculos externos que diversos grupos empresariales gestan en la determinación de delitos, lo cual instituye uno de los grandes vacíos normativos en la materia y forman el principal componente de ésta investigación, cuyo propósito es evitar obstáculos a la responsabilidad penal generada *ad extra*, esto es, cuando las personas jurídicas se amparen bajo la forma de uniones empresariales con carácter criminal.

Los amplios debates doctrinales han evidenciado que tanto la persona física como jurídica, a pesar de contar con una composición distinta, pueden responder penalmente. Aquí la discusión toma otro sentido, pues a partir de la idea de reproche penal sobre entidades colectivas (individualmente consideradas), trato de puntualizar la regulación de un modelo de atribución que repercuta al momento que aquellas actúen conjuntamente, esto es, como conglomerado sustentado en estilos mercantiles legales. De esta forma, no me centro en el abundante debate del principio *societas delinquere non potest* ya superado, sino en el cumplimiento al art. 10 CNUDOT, precepto mediante el que Naciones Unidas se muestra proclive a la atribución de intención y culpa, la determinación del grado de culpabilidad colectiva y el tipo de prueba requerido para la imposición de sanciones a personas jurídicas³¹, todo ello manifestado en la norma internacional referida, así como en los diversos *axis guiding*. Al respecto, se evidencian los Principios Rectores en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional, aprobados en 1985 por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre el Delito y Tratamiento del

³⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, n° 8 (2012), p. 68. Disponible en <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/08.45-76Corcoy.pdf>.

³¹ Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional...*, op. cit., p. 103.

Delincuente, que recomiendan la adopción de medidas penales para las personas jurídicas, argumentando en la fracción VIII la debida atención de los Estados Miembros en el establecimiento de la responsabilidad penal no sólo de personas que hubieran actuado en nombre de una institución, sociedad o empresa, o que tuvieran funciones ejecutivas o normativas en ella, sino también de la institución, sociedad o empresa misma³², ideando medidas apropiadas para prevenir o sancionar la promoción de actividades delictivas, recomendación reiterada con posterioridad por la Asamblea General en el párrafo 4 de su Resolución 40/32³³.

Sin embargo, a partir de que el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas se muestra de acuerdo con el apoyo a la difusión de imposición de multas (penales o no) u otras medidas contra empresas radicadas en jurisdicciones donde el ordenamiento jurídico vigente no reconoce la responsabilidad penal de aquellas³⁴, es cuando comienza a surgir la regulación que asocia a entes colectivos con la delincuencia transnacional, normas que derivan de diversos fallos e iniciativas como el Convenio del Consejo de Europa para la protección del medio ambiente (4 de noviembre de 1998), en el que su art. 9 refiere la adopción de medidas para que las entidades jurídicas respondan penalmente de sus actos³⁵.

En tal sentido, el GAFI, como organismo enfocado a la formulación de políticas contra el lavado de activos y financiación del terrorismo, entre de sus cuarenta recomendaciones opta por implementar la posibilidad de que los entes colectivos igualmente sean sujetos a responsabilidad penal, como lo sugiere la nota interpretativa de la recomendación 3³⁶.

³² Cfr. *Principios Rectores en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional*, Milán, 6 de septiembre de 1985. Disponible en http://www.oas.org/Juridico/mla/sp/slv/sp_slv_principios_materia_preven_delito_just_penal.pdf.

³³ Véase Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Internacionales “Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985. Disponible en https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/7th_Congress_1985/031_ACONF.121.22.Rev.1_Report_Seventh_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf

³⁴ Ver resolución 1994/15 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, recomendación g), (25 de Julio de 1994).

³⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional...*, op. cit., p. 104..

³⁶ La nota interpretativa de la recomendación 3 del GAFI establece en si apartado 7, inciso c) que: “Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con

Ello, porque de las revisiones llevadas a cabo se contemplaron nuevas amenazas emergentes, entre las que destacan los grupos empresariales dadas sus condiciones estructurales, sobre todo en el sector financiero. Para que las obligaciones (encomiendas) existentes mantengan su estabilidad y rigor necesario, el organismo establece la necesidad de considerar las diferentes formas y estructuras que las personas jurídicas adoptan, así como los niveles de riesgo delictivo que representan, concretamente en el área del lavado de activos y financiamiento al terrorismo. Con ello, el GAFI admite a los entes colectivos como sujetos riesgosos en el sector del crimen organizado, pues derivado de sus vínculos existentes, incluso fuera del mercado financiero, ha identificado actividades irregulares asociadas al fenómeno principalmente en países latinoamericanos (México, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, por citar algunos ejemplos), cuyos protagonistas han sido personas jurídicas dedicadas a los juegos de azar, compraventa de obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, inversión filatélica o numismática, empresas de fomento comercial (*factoring*), promotoras de construcción, sociedades dedicadas a la gestión inmobiliaria, instituciones deportivas profesionales, casas de divisas, de empeños, aseguradoras, agencias de viajes y turismo, hoteles y restaurantes, corporativos de producción y/o comercialización de insumos químicos, entre otras³⁷, todo ello en el campo del crimen organizado.

Lo anterior se ve reflejado en otras normas internacionales. Precisamente, el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves (OEA-CICAD) cita dentro de sus definiciones (art. 1°) que tiene el carácter de sujeto de derecho toda persona natural o jurídica susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones, tales como una corporación, sociedad colectiva, fideicomiso, sucesión, sociedad anónima, asociación, sindicato financiero, empresa conjunta u otra entidad o grupo no registrado como sociedad; disposición que favorece el establecimiento del reproche penal sobre entes colectivos³⁸, ya no desde su carácter

respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas”.

³⁷ Ver GAFISUD, “Tipologías regionales. Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD)”, 10/II GTCD 4, Anexo 8, (2015). Disponible en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAAahUKEwipo7ftjOHIAhVFVROKHAb-BtU&url=http%3A%2F%2Fwww.gafilat.org%2FUserFiles%2Fdocumentos%2Fen%2Fcooperacion%2FTipologias_APNFD.doc&usq=AFQjCNGfKw5nWaAJ5GtpkYQoAwu-mB7Klw

³⁸ El art. 20.2 del Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves de la Organización de Estados Americanos, refiere, en cuanto a la

individual sino como agrupación, así lo evidencia el art. 2.4 el cual señala como delito la asociación o confabulación de personas (naturales o jurídicas) cuyo objeto sea la comisión de cualquier actividad delictiva grave, y que de acuerdo al art. 1° de la norma referida, además de los actos determinados en las legislaciones locales deben incluirse el tráfico ilícito, acciones relacionadas con el terrorismo y su financiación, tráfico ilícito de armas, desvío de sustancias químicas, tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos, prostitución, secuestro, extorsión, corrupción y fraude, todas ellas actividades circunscritas al crimen organizado. Incluso, establece dentro de sus directrices sancionar la participación externa de las personas jurídicas, pues regula la asistencia, facilitación o asesoramiento y ayuda en la comisión de los crímenes descritos, sea porque materialmente los comete o para evitar las consecuencias jurídicas de otras personas³⁹.

Para ello, el reglamento opta por establecer técnicas especiales de investigación como la escucha telefónica, utilización de agentes encubiertos, informantes, entrega vigilada y cualquier otro método regulado en las leyes internas, en aplicación de las convenciones internacionales vinculadas a la materia. Esto último supedita al estatuto con la Convención de Palermo.

De igual forma, la legislación modelo de la OEA sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de soborno transnacional también resulta de interés en el desarrollo la materia, al ser los delitos de corrupción un referente en la CNUDOT. En efecto, el esfuerzo por eliminar su frecuente práctica se muestra en el convenio de la OCDE sobre

responsabilidades de las instituciones financieras, lo siguiente: “Las instituciones financieras serán responsables, conforme a derecho, por los actos de sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en la comisión de un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Esa responsabilidad puede determinar, entre otras medidas, la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera. 3. Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los arts. 8 y 16 a 19 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados preceptos. 4. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiera corresponderle en relación con los delitos de tráfico ilícito u otros delitos graves, las instituciones financieras que no cumplan con las obligaciones a que se refieren los arts. 8, 15 a 19 y 21 de este Reglamento, serán sancionadas, entre otras medidas, con la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera”.

³⁹ Ver Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves de la Organización de Estados Americanos, (diciembre de 2005). Disponible en http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP%20negjun%2006.pdf

la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que obliga a las partes a establecer –al menos- la posibilidad de imponer sanciones monetarias (no penales) a las personas jurídicas en el tópico propuesto. No obstante lo establecido en materia de crimen organizado, así como el riesgo que representan los grupos empresariales en el cohecho, las legislaciones nacionales no consideran la posibilidad de reprochar grupos conformados por personas jurídicas, a pesar de ser los mayores generadores de riesgos delictivos dada su composición estructural. De ello se exceptúa a Belice, quien en su Ley para la Prevención de la Corrupción (2007), sección 22, estima la recriminación sobre el conjunto de personas jurídicas, físicas o la composición de ambas cuando realicen actos de corrupción en favor de funcionarios públicos extranjeros.

Asimismo, el libro verde publicado por la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios, alude a las iniciativas anteriores además de agregar que, sobre la base de esas ideas, los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o control en el seno de las mismas podrán ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude, corrupción o blanqueo de sus productos, cometidos por una persona sometida a su autoridad y por cuenta de la empresa. Conjuntamente, el documento considera responsables a las personas jurídicas por la comisión, participación (en calidad de cómplice o instigador) o tentativa de actos fraudulentos, corrupción activa y lavado de dinero realizados en su provecho por cualquier persona que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, responsabilidad que también deberá ser prevista cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de los sujetos aludidos haga posible la comisión de los hechos por cuenta del propio ente colectivo o de alguien a su autoridad. Respecto a lo planteado, la responsabilidad penal de la persona jurídica se concibe independiente de la que corresponda a las personas físicas en calidad de autoras, instigadoras o cómplices de fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales⁴⁰.

Naciones Unidas, a través de la Convención de Palermo, en su aspiración de prevenir y reprochar penalmente tanto a las personas naturales como jurídicas es concluyente al

⁴⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional...*, op. cit., p. 105.

demandar de los Estados la indispensable adopción de medidas recriminatorias, incluso penal, a entes colectivos en el marco del crimen organizado. De este modo, se muestra la apertura de una vía de análisis a un tema inexplorado: la delincuencia organizada de personas jurídicas, que da cabida a un enfoque filosófico, teórico y práctico distinto en el tratamiento de la materia y, por lo tanto, de las entidades colectivas, cuyos resultados se verán reflejados tanto en lo político-criminal como en lo normativo. Con todo, las legislaciones locales permanecen estáticas frente al tema pese a la frecuente formación de grupos empresariales que actúan al margen de la ley. Si bien, actualmente la ciencia penal asume el reproche penal sobre entes colectivos considerados individualmente debido a los riesgos que generan en su interior, se abandona la cuestión acerca de los vínculos externos desarrollados entre empresas lícitas o entre éstas y organizaciones criminales, aun cuando en el presente simbolizan los mayores generadores de riesgos delictivos. Esta situación define una ruta distinta de estudio sobre el fenómeno crimen organizado y personas jurídicas, así como la reconsideración éstas como sujeto de derecho en la materia debido al protagonismo que los Derechos Humanos guardan frente a la persona física, lo que no significa ausentar su responsabilidad, pero sí conciliar el espacio de sus derechos inherentes con el núcleo duro del crimen organizado.

En consecuencia se evidencia que, si bien, crimen organizado y personas jurídicas tratan materias diferenciadas, al confluir generan una fuente importante de riesgos delictivos, principalmente asociados a delitos económicos, robo de hidrocarburos, trata de personas, secuestro, ilícitos medioambientales, tráfico de drogas u órganos, entre otros. A pesar que el Compendio de casos sobre Delincuencia Organizada de Naciones Unidas⁴¹ proporciona pocos ejemplos acerca del tema, destaco la dificultad de obtener conclusiones concretas para determinar si la escasez de procesos sobre crimen organizado corporativo se debe al hecho de que las medidas internacionales son poco utilizadas o no se les da la importancia debida a nivel normativo y académico, lo que sin duda debe provocar una reflexión crítica dada la importancia y alcance del tema.

Frente a ello, insisto en el útil emprendimiento de un estudio que centre su atención en la identificación de los aspectos jurídico-penales del crimen organizado, por ser una

⁴¹ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, *Compendio de Casos de Delincuencia Organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*, Nueva York, (2012), p. XVI. Disponible en https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf

disposición necesaria y apropiada en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como en las dificultades para distinguir entre organización criminal y empresa lícita desde su identidad estructural, entramados económicos que vinculan la financiación de las agrupaciones delictivas con el mundo financiero formal, el carácter empresarial de ambas organizaciones, entre otros contenidos que construyen el núcleo esencial en la organización-empresa⁴², elementos que permiten analizar ambas realidades desde una sola perspectiva epistémica, político-criminal y normativa.

⁴² Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación ...*, op. cit., p. 94.

II. INCONVENIENTES CONCEPTUALES EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

1. Concepto de delincuencia organizada.

Una de las cuestiones de mayor complejidad dentro del crimen organizado es el consenso acerca de su definición debido a las distintas formas de percepción que cada país tiene sobre el fenómeno sea desde el número de sujetos hasta las actividades realizadas, lo cual ha generado una heterogeneidad normativa. Por ello, en principio referiré el empleo preliminar que la expresión asumió, para después destacar los inconvenientes teóricos y prácticos en el plano normativo, sobre todo cuando el tratamiento que se le da es autónomo.

El término *delincuencia organizada* fue empleado por primera vez en 1929 por el criminólogo norteamericano JOHN LADESCO para referir operaciones delictivas provenientes de la mafia. Este tipo de delincuencia fue designada con la palabra “organizada” para describir a la asociación, sociedad, corporación, sindicato, liga, gremio, coalición o unión como la forma en que un grupo de personas operaba por medio de actos violentos la comisión de delitos⁴³.

Parte de la doctrina señala que la delincuencia organizada es una preocupación de la criminología y no del Derecho penal, por tener como finalidad la determinación sobre la causa del crimen, identificar los orígenes del fenómeno criminógeno y auxiliar en la prevención de la criminalidad. Esto contribuye a marcar el camino sobre su problemática conceptual, insertándose directamente como el primer obstáculo a enfrentar, pues como sostiene un amplio sector doctrinal, no existe un concepto claro del fenómeno delictivo sino una descripción genérica de componentes diseccionados a la conducta del sujeto.

No obstante lo antedicho, la manifestación crimen organizado se dispuso normativamente como delito (material o procesal) o agravante que se orienta a alcanzar una imputación sobre personas físicas, perdiendo de vista el origen propio del concepto: el *reproche penal a entes colectivos*, perspectiva que resulta ser el medio idóneo en la investigación y

⁴³ BRUC CET ANAYA, Luis, *El Crimen Organizado*, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 49.

procesamiento de aquellos dados los aspectos específicos que las redes empresariales contienen. Sin embargo, es necesario considerar en el estudio del tema las inconsistencias que la autonomía penal de la disciplina representa, sobre todo cuando de personas naturales se trata a causa del papel que los Derechos Humanos protagonizan.

A pesar de la complejidad en la formulación del concepto y del establecimiento a los límites del mismo, Naciones Unidas determinó en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CDNUOT) parámetros distintivos de la manifestación delictiva, entendiendo por *delincuencia organizada* “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”⁴⁴.

Tomando como ejemplo el modelo mexicano, precursor en la autonomía penal de la materia, constitucionalmente conceptualiza el fenómeno como una organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley especial⁴⁵. Esta disposición cita como elementos definitorios la pluralidad de sujetos en la integración del grupo delictivo (tres o más personas), la temporalidad (permanencia) y la repetición de actos (reiteración), abandonando la concertación o acuerdo previo, así como la finalidad de obtener beneficios, elementos que constituyen parámetros distintivos del crimen organizado conforme a la CNUDOT. A mi juicio, el concepto de organización proporcionado por QUERALT, resulta ser más adecuado en la práctica, pues, como el propio autor señala, la organización no se ha de entenderse “cuasi militar, perfectamente encuadrada y con una jerarquía incontestable, [sino como un] grupo de más de dos personas, formal o informalmente estructuradas, pero que en todo caso presentan una distribución de funciones, una mínima dirección y cierta jerarquía”⁴⁶. De estas pautas aclaratorias hablaré en los próximos párrafos. De momento, es necesario realizar una aproximación a las dificultades existentes para tomar un concepto relativamente consensuado de delincuencia organizada.

⁴⁴ Ver art. 2, inciso a) de la CNUDOT. Disponible en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

⁴⁵ Ver art. 16, noveno párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁶ QUERALT, Joan J., “Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas”, *RITI*, n° 2 (2016), p. 4.

En la experiencia latinoamericana, inicialmente, puedo fijar la contradicción existente entre lo manifestado judicialmente, donde se otorga un carácter independiente al ilícito, y la propia norma, que no concede esa autonomía, lejos de ello, confiere una accesoriedad al tipo⁴⁷, de manera que bajo la expresión plural “*delitos*” de delincuencia organizada se suprime la emancipación, orientando la materia a la concepción de un injusto dependiente de sus expresiones; circunstancia que más allá de reflejar lo funcional del tipo, representa el mayor inconveniente sobre su autonomía y legitimidad. Pensar en una individualidad real del delito nos sitúa en el supuesto grave de investigar y, en consecuencia, sancionar actos preparatorios no punibles, como lo registra la Suprema Corte mexicana⁴⁸. Pese a lo anterior, son los elementos atribuidos al fenómeno crimen organizado los que actualmente guían la política-criminal en países que adquieren independencia normativa, obligando la adopción de herramientas de pesquisa y procesamiento, incluso en otros delitos y materias, que colisionan con los postulados elementales del Estado liberal, bajo el cual se ampara el Derecho penal de garantías y los Derechos Humanos.

Siendo ello así, la autonomía normativa del delito se ubica en un modelo de reglas inflexibles. De esta manera, el extremo adelanto de las barreras de protección, los elementos típicos abiertos, la restricción de garantías jurídico-penales y la imposición y ejecución de pena se constituyen como elementos infractores a la dignidad humana, que opera como fundamento de los derechos inherentes a la persona natural⁴⁹.

⁴⁷ Ver art. 16, noveno párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁸ Anterior a la reforma constitucional de 2008 la SCJN ha interpretado el tipo penal de delincuencia organizada de la siguiente manera: “conforme al art. 2 LFDO, la hipótesis delictiva [...] puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina de resultado cortado, puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización...”. Desde mi perspectiva, la delincuencia organizada no pertenece al ámbito de los delitos de resultado cortado, dado que la consumación de éste ilícito no puede anticiparse a momentos anteriores al logro de los fines de la organización. Siendo ello así, el resultado que, en su caso, resulta cortado es el de sus expresiones, considerarlo en sentido opuesto es entrar en el ámbito de la libertades del sujeto (el pensamiento), o bien, actuar en la esfera de los actos preparatorios no punibles. Por otro lado, no resulta intrascendente el logro o no de la consumación, materialización o exteriorización de las conductas que integran el contenido del tipo penal de delincuencia organizada como lo ha sostenido la SCJN, toda vez que la característica que hace al delito relevante es la reiteración de sus manifestaciones, como se desprende del mismo precepto 2° de la LFDO.

⁴⁹ El art. 11.1 CADH señala que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Estos escenarios deben incitar una valoración objetiva dada la trascendencia del tema, sobre todo si se toma en consideración que el principal cuestionamiento normativo de la delincuencia organizada es su propia legitimidad. Ante ello, y a la luz de las razones expuestas, discurriré a lo largo del trabajo si es normativa y políticamente correcto comprender al fenómeno crimen organizado únicamente en el plano de la persona humana, o bien, debe trascender a las uniones empresariales.

Partiendo del significado ofrecido, puedo mencionar que es tan amplio como impreciso. Ello se traduce en una preocupación, dado que los elementos utilizados en el concepto constitucional facturan el quebrantamiento de la exigencia de taxatividad que impide descripciones típicas vagas, imprecisas o amplias que puedan permitir arbitrariedades. Frente a ello, el legislador debe ser más preciso en la elaboración normativa para evitar la vulneración de derechos fundamentales, so pretexto del combate contra la criminalidad organizada, que más allá de transformar los elementos descriptivos –ofrecidos por los instrumentos internacionales- en norma penal, extiende la restricción de derechos sobre la persona humana sin considerar al sujeto de derecho, esto es, deja de orientar el régimen jurídico a casos realmente imprescindibles donde la persona jurídica juegue el papel principal.

Y es que la confusión parece radicarse en el falso entendimiento que el legislador tiene sobre las descripciones genéricas facilitadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, pues en realidad se trata de rasgos conductuales puestos a disposición de los ordenamientos jurídicos para dotarlos de contenido. Siendo ello así, no se trata de un concepto con vocación teórica, ni mucho menos de una definición de crimen organizado, sino de criterios de orientación prácticos⁵⁰ que sirven de guía para la elaboración del diseño normativo.

Pese a ello, su tratamiento legal no es distinto al establecido en la Convención de Palermo. Numerosas legislaciones latinoamericanas como México, El Salvador, Venezuela y Guatemala ofrecen, por ejemplo, una autonomía delictual a la delincuencia organizada. Específicamente, el caso mexicano parte de incorporar elementos accidentales cuya

⁵⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “La doctrina del *‘delictum sui generis’*: ¿queda algo en pie?”, *Criminet*, n° 07-06 (2005), p. 8.

conurrencia dota a sus manifestaciones⁵¹ de una mayor gravedad en relación al tipo básico. Esto es, el tipo penal de crimen organizado constituye un elemento adicional que confiere un plus de gravedad al catálogo de ilícitos establecidos en la ley de la materia, asentándose una relación de dependencia normativa debido a la ausencia de injusto propio, por lo que hasta hoy su “ilicitud” proviene de sus manifestaciones como el terrorismo, tráfico de drogas, robo de vehículo, secuestro, trata de personas, tráfico de órganos, etc.

Desde este punto de vista, la tipificación de la delincuencia organizada no trata de un delito distinto al básico, sino del mismo ilícito penal con elementos adicionales que permiten el adelantamiento de protección penal como dispositivo para evitar – indirectamente- la puesta en riesgo o lesión de algún bien jurídico principal. Parte de la doctrina opina que este mecanismo entra en conflicto con el principio de lesividad, toda vez que la pena requiere necesariamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ahora bien, si se sigue de forma estricta la exigencia de daño, difícilmente se puede legitimar el adelantamiento punible, ya que no es posible sancionar una conducta preparatoria, esto es, cuando aún no realiza la acción propiamente lesiva. De ser así, se deja abierta la posibilidad de penar conductas que por sí mismas no lesionan o ponen en peligro, especialmente relevante, bien jurídico alguno, dentro de las cuales destacan aquellas que sólo pueden concretar una lesión si se lleva a cabo otro ilícito de diferente naturaleza⁵², como lo plantea la emancipación normativa de la delincuencia organizada.

Otra situación es el discurso político-criminal que concede autonomía legal a la materia, que –además- utiliza para su configuración la técnica de tipificación empleada en los *delitos por acumulación (Kumulationsdelikte)*, sistema desarrollado en la doctrina alemana por KUHLEN, quien reconoce como denominador común la carencia de peligro especialmente relevante en conductas individualmente consideradas⁵³. Pese a ello, SILVA SÁNCHEZ considera “la posibilidad de sancionar penalmente una conducta individual cuando ésta no sea *per se* lesiva del bien jurídico, ni lo sitúe dentro de un peligro relevante,

⁵¹ Se considera delito fin aquel que constituye el objeto mismo de la organización criminal, por ejemplo: terrorismo, secuestro, tráfico de armas, tráfico de drogas, trata de personas, entre otros.

⁵² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Edisofer, Madrid, 3ª ed., 2011, p. 102 y ss.

⁵³ *Ibidem*, p. 131-136, quien atribuye a Lothar Kuhlen el desarrollado la doctrina de los delitos por acumulación (*Kumularionsdelikte*).

pero se cuente con la posibilidad cierta de que dicha conducta (por sí misma no lesiva) se realice también por otros sujetos y, en su conjunto, acaben lesionando el correspondiente bien jurídico⁵⁴. Este esquema orienta la autonomía penal de la materia, pues pone de manifiesto el riesgo al bien jurídico únicamente cuando existe accesoriedad de intereses jurídico-penales. Ello es así, puesto que la tipicidad encuentra sus límites en las propias finalidades asignadas al Derecho penal, es decir, en la protección de bienes jurídicos. Y es que la sola transcripción de propósitos criminales carece del soporte jurídico en el proceso de legitimación, ya que no se verifica el daño ni la posibilidad de ser arrojado por medios menos lesivos. En otras palabras, la organización criminal por sí misma no advierte una clara comprobación de peligro que sirve como justificante de la respuesta penal, dificultando en el orden fáctico la identificación de comportamientos que pueden resultar impunes⁵⁵, así como la idea de consumación y tentativa⁵⁶, más aún si se considera que la peligrosidad es una valoración carente de parámetros objetivos que la convierte en un juicio de valor subjetivo basado en cálculos de probabilidad (*likelihood of criminal event*). En palabras de CORCOY BIDASOLO, “A efectos de imputación objetiva de un resultado de peligro o de lesión a una conducta peligrosa hay que distinguir entre la *situación de peligro* —grado de peligro normativo penalmente relevante— y *juicio de peligro*. Dicho peligro normativo se concibe como «probabilidad de lesión de un bien jurídicopenal», debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la incriminación de esta conducta⁵⁷. A este respecto, atendiendo las características que el modelo normativo (autónomo) de

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Política criminal ‘moderna’? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, *Actualidad Penal*, n° 23 (1998), p.11 y ss.

⁵⁵ YACOBUCCI, Guillermo, “Política Criminal y delincuencia organizada”, en YACOBUCCI, Guillermo (coord.), *El Crimen Organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 84 y ss.

⁵⁶ Por lo general, las formulas de la tentativa indican una tendencia del sujeto. Se habla del “fin de cometer un delito, se exterioriza”, o de quien en “su representación del hecho, da inicio”. Por eso, la idea dominante puede llevar a una consideración subjetivista del tema en tanto privilegia como punto de identificación las ideas, intenciones, finalidades de los sujetos, sin perjuicio de la efectiva verificación de un comportamiento externo contrario en sí mismo al orden legal. Esta perspectiva supone un análisis de las características de los sujetos, su potencialidad criminal, en definitiva su peligrosidad. Como se ve, se está cerca de un Derecho penal de autor, donde pesa sobremanera la personalidad del sujeto para tener en cuenta la configuración ilícita de una asociación. En buena medida, esto ha sido tenido en cuenta por el legislador penal mexicano en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, ya que refiere la creación de una ley secundaria en materia penal, donde la existencia de antecedentes penales, registro de investigaciones en curso y características del sujeto permiten ampliar la punibilidad, tal es el caso de la LFDO, LPF, LGPSDMS, LFPIORPI, entre otras.

⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n°13 (2006), p. 37.

crimen organizado ofrece, resulta discutible su legitimidad dada la lejanía lesiva que la formación del grupo como entidad representa.

Sobre la base de lo planteado, se constata que la organización criminal es vista a través de sus componentes individuales, o sea, en estricto sentido se deja de considerar como ente indiviso, esencialmente a efectos de imputación. Es importante enfatizar sobre esto último, pues, en principio, normativamente no se considera la disociación del grupo y, en segundo lugar, judicialmente nada se dice acerca del actuar propio del conglomerado criminal unitariamente estimado. Visto de esta forma, se puede sopesar excluir la responsabilidad de agentes desentendidos del conjunto que de alguna forma colaboren sin conocimiento. Y es que en la práctica se llega al extremo de vincular a proceso a sujetos que cuidaban personas secuestradas, sin el conocimiento que aquellas se encontraban privadas de su libertad o de personas que acompañan algún miembro del grupo criminal para realizar el cobro de un rescate bajo el entendido de recuperar una deuda civil; en ambos supuestos se instrumentaliza a la persona, quien además responde criminalmente por actos de la asociación delictiva. Siendo ello así, no se toma en cuenta el acto propio de la organización criminal, como lo señala la Convención de Palermo. Esto es así, porque en el modelo actual de crimen organizado la responsabilidad penal es atribuida de forma directa a personas físicas bajo una valoración de estructura, entendida como un todo con partes diferenciadas que no pueden ser segregadas de la totalidad de la cual forman parte, situación que provoca considerar el supuesto de responder por el hecho ajeno, esto es, de la organización como autora del delito. Luego, al no valorar el acto propio de la organización y reprochar a las partes del grupo se descompone al sujeto de derecho: la organización o ente colectivo criminal *per se*.

En este entendido, si el grupo es valorado por la ciencia penal como fraccionable, entonces su capacidad lesiva se halla en sus componentes (sujetos físicos) y no en el conglomerado estimado como unidad. Ello, deja endeble el tema sobre el riesgo que pueda contener la entidad, sobre todo cuando el peligro es considerado como “la apariencia *ex ante* de la probabilidad de producción de un resultado lesivo según leyes de experiencia: el peligro como cálculo de probabilidad. [Es decir,] Habrá peligro cuando la probabilidad de lesión roce con la seguridad de lesión”⁵⁸. Siendo ello así, otorgar un

⁵⁸ *Ibidem*, p. 179.

carácter peligroso a la conformación del grupo con meras finalidades delictivas es considerar el cálculo de probabilidad lesiva con demasiada antelación, pues el sujeto normativo (la organización) se encuentra aún en fase de construcción y su posibilidad de daño se orienta a sus integrantes.

El argumento anterior, conlleva a la necesidad de plantear la importancia sobre la fijación de límites sobre el momento en que la organización criminal produce el resultado, o bien, “la constatación de[l] riesgo típicamente relevante. Ello supone la presencia de determinado grado de peligrosidad y la ausencia de determinadas circunstancias que lo hagan tolerable...”⁵⁹; sin ello, la legitimidad del tipo en análisis continúa en el aire.

Y es que, como lo destaca ONTIVEROS ALONSO, si realizamos “una breve lectura de cualquiera de nuestros códigos penales [...], el lector podrá observar que, efectivamente, hay bienes jurídicos dignos de protección mediante el Derecho penal. Pero también hay algunas simulaciones y, lo que es más grave, ciertos intereses de grupos que pretendieron ser investidos de bienes jurídicos y que fueron incluidos en el catálogo de delitos para proteger y salvaguardar un estado de cosas injusto, o, lo que es ya grotesco, para perseguir penalmente al enemigo”⁶⁰.

Haciendo uso del Derecho comparado, lo dicho es advertido, desde una perspectiva política-criminal, por la CSJN Argentina quien se pronunció acerca de la peligrosidad como “una declaración acerca de que determinada persona es indeseable o directamente declarada fuera del Derecho y, por tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos los Derechos que le asisten a los habitantes de la Nación y son garantizados por la Constitución Nacional [...] se declararía un individuo, en razón de sus múltiples reincidencias, como un ser humano peligroso, pero no porque se hubiera verificado previamente su peligrosidad, sino simplemente porque se le considera fuera del Derecho, como un enemigo al que resulta conveniente contener encerrándolo por tiempo indeterminado”⁶¹.

⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento...”, op. cit., p. 174.

⁶⁰ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del Estado constitucional)”, *RIFPH*, n° 15 (2006), p. 148.

⁶¹ CSJN, causa n° 1573, septiembre de 2006, p. 20-21. También Cfr. STJCH, resolución n° 137/2012 de 21 de mayo.

Lo anterior me lleva a estimar la especial naturaleza abierta a la valoración con que cuenta el crimen organizado. Particularmente, se torna difícil el análisis de la tipicidad formal por encontrarse influenciada fuertemente por criterios político-criminales. Desde el aspecto material, el problema surge del carácter diversificado que la disciplina posee y que recurre a una enumeración accesoria de elementos de típicos que unidos determinan la existencia de la situación criminal. Esto es, mientras las normas que corresponden al Derecho penal nuclear son tipos penales cerrados y de resultado lesivo, el de delincuencia organizada es todo él valorativo, a partir de la descripción de sus componentes (empíricos o de hecho)⁶².

En este contexto, la dogmática aplicable al tema no puede restringir principios penales marco, y no sólo en relación al tipo penal de delincuencia organizada sino en general en los delitos de organización como la asociación delictiva, asumida como indicador de la criminalidad organizada. Dadas las características de normas penales como las señaladas se requiere una instancia interpretativa que garantice su aplicación sólo en aquellos casos donde efectivamente se cumplan las finalidades perseguidas por la política-criminal y no sólo la letra del tipo. Ello evidencia la apreciación teleológica del crimen organizado, pues la simple literalidad normativa no es buen indicador de su interpretación, en este caso resulta necesario –además– un análisis jurídico frente a las perspectivas de criminalización consideradas en la decisión política. La tarea de subsunción, por lo tanto, no es mecánica, sino que en el caso de la criminalidad organizada, atendiendo a la gravedad de las consecuencias punitivas previstas, es imprescindible una integración valorativa de contenido normativo y político-criminal⁶³. La ausencia de valoración conjunta puede significar la posibilidad de legitimar un proceso de apreciación únicamente sobre circunstancias y elementos de contenido político-criminal⁶⁴ sugiriendo un carácter meramente funcional que transforma los criterios de imputación y permite sostener parámetros de un Derecho penal evidentemente restrictivo y excepcional⁶⁵.

⁶² Recuérdese, lo sostenido por Yacobucci, quien manifestó que para definir el crimen organizado el legislador, el juez y el ejecutivo, a través del ministerio público, deben recurrir a valoraciones acerca del modo de organizarse, los instrumentos de que se vale, los tipos de conductas que se realizan, los objetivos que persiguen, la continuidad en el tiempo, etc. Ver YACOBUCCI, Guillermo, “Política Criminal y delincuencia organizada”, en YACOBUCCI, Guillermo (coord.), *El Crimen Organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 84 y ss,

⁶³ MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità*, T.I, 3ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 2001, p. 412 y ss.

⁶⁴ Sobre la noción de dogmática abierta ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010 *passim*.

⁶⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 97 y ss.

Ya algunos de los criterios adoptados por Naciones Unidas advierten las dificultades existentes en la integración de una noción más o menos clara y razonable de la delincuencia organizada. Así mismo, señala inconvenientes en la técnica de tipificación del delito, quedando de manifiesto que la expresión “crimen organizado” pasa a ser una categoría jurídica, es decir, un concepto con contenidos normativos que deben ser identificados y detallados para posibilitar la conformación de un elenco más o menos universal de características que permitían otorgarle contenidos objetivos⁶⁶.

Así, mientras la experiencia internacional expone la dificultad de acceder a una definición de crimen organizado en países que han adoptado un tipo penal autónomo, la dogmática se limita a regular requerimientos del concepto que resultan discutibles. Y es que procesalmente los elementos del tipo se restringen a dos aspectos para acreditar la imputación: el número de sujetos intervinientes y la gravedad de sus manifestaciones, componentes que permiten hablar, en cualquier caso, de una acción conjunta o plural de personas cuya amenaza se encuentra en actos afines, pero independientes a la formación del grupo.

La Acción Común contra el Crimen Organizado del Consejo de la Unión Europea de diciembre de 1998 (art. 1 párrafo 1º), se limitó a considerar la organización criminal como una asociación estructurada sobre la base de más de dos personas y con estabilidad en el tiempo, sin existir más argumentos desde lo jurídico. En el mismo sentido, la suscripción y ratificación de la Convención de Palermo (del año 2000) consiguió que los Estados miembros sustentaran las bases normativas de la figura en un mecanismo restringido a los elementos citados. La ubicación vaga del concepto puede verse interpretada como fórmula de cierre normativo en diversos ordenamientos locales, así por ejemplo, en México la CPEUM (art. 16 párrafo 9º) y la LFDO (art. 2º párrafo 1º) que establecen la pluralidad de personas como punto de referencia en la conformación de la organización criminal⁶⁷, inicialmente sustentada en el acuerdo previo de sus integrantes,

⁶⁶ A partir de la resolución 53/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998, se intentaron identificar algunas de las características especiales como el carácter grupal, estructura de la organización, temporalidad o permanencia, finalidad en la comisión de delitos graves, obtención directa o indirecta de provecho financiero o económico y actuación transnacional.

⁶⁷ El art. 16 CPEUM dice: “[...] *Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. [...]*”. Por su parte, la LFDO menciona en su artículo 2º “*Cuando tres o más personas se*

posteriormente sustituido por la figura *organización de hecho* como verbo rector del injusto⁶⁸. El reemplazo no aportó ningún cambio sobre la legitimidad, pues en el fondo su naturaleza permanece inalterada: *sancionar finalidades*.

Por el contrario, la pretendida innovación de paradigmas prescindió del contenido del tipo, de suerte que los analistas que ven/veían en la idea del acuerdo previo la estabilidad de la organización criminal⁶⁹ o el cuerpo de la asociación⁷⁰ se vuelven contra la redacción normativa, debido a que el fundamento criminal de la organización radica en confirmar la existencia de un vínculo organizativo, esto es, la asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines. Ello fortalece lo antedicho, el delito se conforma por la simple reunión *de facto* de personas (conglomerado) sin necesidad de evidenciar una relación organizativa en la dinámica delictiva, integrada como designio final de sus relaciones.

Lo único cierto es que el conjunto de sujetos, por sí mismo no satisface las exigencias del injusto. Pese a ello, la materia se desenvuelve normativamente, aunque de forma diferenciada; se puede citar el caso italiano donde la idea de crimen organizado pone el acento en actividades de estructuras organizadas y jerárquicas, como lo hace la disposición de *associazione di tipo mafioso* que, si bien, identifica medios y objetivos, también determina la “forza di intimidazione del vincolo associativo” y la “condizione di assoggettamento e di omerta” (art. 416 bis, último párrafo del CP), aspectos que determinan la organización criminal y permiten dar contenido a la relación solidaria de los vínculos entre sus integrantes como fundamento del injusto. Por su parte, en el entorno latinoamericano no parece que la determinación de medios y objetivos así como los vínculos de solidaridad sean exigencias especialmente definidas, pues la idea de organización solo supone un plus en determinadas manifestaciones de la asociación, por ejemplo, en Guatemala (art. 2° LCDO) se limita a crear un tipo penal autónomo de crimen organizado para regular conductas ya normadas. El supuesto brasileño (art. 1° de la Ley

organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...”.

⁶⁸ El art. 2 LFDO establece la organización de hecho como verbo rector del tipo en su definición actual: “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada...”.

⁶⁹ Para un mejor análisis sobre la estabilidad de la organización ver INSOLERA, Gaetano, *Diritto penale e criminalita organizzata*, Ed. IL Mulino, Bologna, 1996, pp. 227.

⁷⁰ YACOBUCCI, Guillermo (coord.), *El Crimen Organizado...* op. cit., p. 86 y ss.

10.217) confina a incluir la cuadrilla, bando u otra organización criminal dentro del concepto de delincuencia organizada. Esto muestra un menor nivel de exigencias en cuanto al reproche por la formación del grupo criminal, ya que deja al margen los lazos solidarios interpersonales que sustentan, precisamente, el conglomerado delictivo. En realidad, las normas indicadas se integran únicamente bajo criterios funcionales. Ya citaba que la ONU refiere un concepto de crimen organizado basado en características generales orientadas a la identificación de contenidos objetivos para lograr el reproche a organizaciones ilícitas; de ahí que establecer normativamente rasgos generales-descriptivos de orientación como elementos típicos signifique un estatismo e involución en la materia y, por lo tanto, una contención de cara a otros derechos.

El retroceso normativo es notorio cuando se comparan los diversos tratamientos otorgados a la disciplina dada su gravedad. Esto ha generado fórmulas legales distanciadas, e incluso excepcionales cuyo propósito es simplemente superar el estado actual que guardan las figuras especiales frente a los delitos graves. Para un mejor entendimiento, en México la exposición de motivos y las diversas discusiones legislativas que dieron origen a la reforma constitucional de 2008 hacen patente la distinción entre delincuencia organizada y delitos graves, constituyéndose la primera como una tercera categoría delictiva, dada la especial peligrosidad de sus componentes⁷¹.

La reasignación de figuras especiales de investigación en el espacio organizado del *cross-border crime*, encuentra su explicación en el progreso económico y social que genera efectos en las conductas humanas dados los riesgos que estimulan, sea por el avance tecnológico, globalización o dinamismo con el que se desenvuelven. Su consecuencia ha sido/es la creación de tipos penales bajo la técnica de tipificación del riesgo, utilizada para poner límites a conductas delictivas no advertidas por el Derecho penal que afectan intereses de carácter supraindividual. Uno de estos aspectos es la actuación grupal de personas que generan vínculos para facilitar la actividad delictiva, lo que escapaba no solo del Derecho penal tradicional, como forma de protección, sino del reproche mismo, siendo su resultado la reformulación criminal desde las fuentes internacionales: establecer pautas para identificar el crimen organizado.

⁷¹ Cfr. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la CPEUM. Gaceta Parlamentaria (11 de diciembre de 2007).

El asentamiento de parámetros sobre el reconocimiento del *cross-border crime* condujo, en algunas legislaciones locales, a la creación de una política criminal y normativa de distinción entre esta clase delincuencia y los delitos graves⁷², cuyo efecto es la manifiesta flexibilización en los medios de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, juicios que se encuentran instaurados objetivamente en normas, incluso especiales, como la LFDO. El discurso legislativo se sirvió de ello para considerar a la delincuencia organizada como una tercera categoría delictiva en función de su gravedad y por incorporar elementos de aptitud o valoración sobre la potencialidad lesiva con que cuenta el agente del delito; es decir, la conducta representa un comportamiento idóneo que puede producir riesgo al bien jurídico, siendo dicha idoneidad el elemento normativo “objetivo” que debe concurrir y ser constatado a nivel judicial nos sitúa en el supuesto de estar normando delitos de *peligro hipotético*. Siendo ello así, la anticipación de la tutela penal a estadios previos no requiere la comprobación sobre la producción del peligro efectivo o concreto en la disciplina.

Lo funcional en la categoría delictiva sobre la que descansa la delincuencia organizada tiene su génesis en la necesidad de superar las dificultades probatorias con las que cuentan los tipos de peligro concreto, ello motivó a la SCJN mexicana recusar la simple reunión de tres o más personas con fines delictivos como un tipo de peligro concreto para estimarlo de carácter abstracto⁷³, de manera que la conducta proscripta en el art. 2º LFDO exige –como comportamiento idóneo en la producción del resultado- el solo acuerdo de organizarse con fines ilícitos, suficiente para la aplicación de medidas singulares de investigación, procesamiento e imposición de pena. En este sentido, como bien sostiene CORCOY, “la exigencia de resultado supone una restricción del ámbito de lo punible y no una ampliación de lo prohibido”⁷⁴.

⁷² A lo largo de la exposición de motivos de la reforma constitucional que se publicó el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el legislador ha hecho una distinción entre delitos graves y aquellos considerados de delincuencia organizada. Al respecto, cabe advertir que el propio legislador en el art. 16 CPEUM quebranta el principio de autonomía que guarda el tipo penal al establecer la expresión plural *delitos de delincuencia organizada*, confiriéndole un carácter accesorio al delito, lo que hace suponer que el injusto de la delincuencia organizada depende de las manifestaciones. En este sentido, lo correcto, para conceder la autonomía al tipo penal, es hablar de ilícitos “relacionados con el tipo penal de delincuencia organizada”.

⁷³ SCJN, Tesis I3, apéndice SJF, 9ª época, T. II, 2002, P. 108

⁷⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 8.

Conforme a lo antedicho, puedo apuntar que la contribución de esta categoría radica en la introducción de un elemento normativo en el tipo objetivo: la idoneidad del comportamiento apto para producir riesgo al bien jurídico, solucionándose de esta manera los problemas probatorios que representan los tipos penales de peligro concreto. No obstante ello, expreso que esta novedosa condición es objetada por la doctrina al no adecuarse a los principios limitadores del Derecho penal (legalidad, lesividad y culpabilidad)⁷⁵.

Por otro lado, la posición del peligro hipotético obedece a un criterio expansionista de la ciencia penal que, pese a las objeciones que puedan formularse, tiene plena aceptación en su tendencia moderna como forma de prevención del delito. A partir de ello, el Derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a la lesión efectiva para transformarse en un instrumento de política de seguridad, por considerarse inoperantes otros mecanismos de control social. Su efecto ha sido el incremento de comportamientos delictivos, y por lo tanto, la creación de nuevas herramientas de intervención cada vez más flexibles de cara a los principios marco del Derecho penal y de los Derechos Humanos.

Por último, debo señalar que diversos países, especialmente latinoamericanos, siguen directrices político-criminales determinadas por el moderno Derecho penal: prevención del delito a través del recurso de los tipos de peligro hipotético. Ello sitúa de forma imprecisa a la delincuencia organizada como una tercera categoría delictiva dada su gravedad, pues si nos amparamos bajo la noción tradicional-funcional del fenómeno, a mi modo de ver, corresponde tratar a la disciplina desde una perspectiva de vulnerabilidad sobre la víctima, toda vez que la organización ciertamente elimina las barreras de defensa o protección de las personas (físicas o jurídicas).

En cuanto a los elementos definatorios en el caso de legislaciones que aceptan la autonomía penal de la materia se presentan especiales inconvenientes sobre los

⁷⁵ GRACIA BOGADO, María/ RUTH FERRARI, Débora, “Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético”, Ed. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económico, Buenos Aires, (2009), p. 4. En el mismo sentido MILITELLO, Vincenzo, “Criminalidad Organizada Transnacional y Unión Europea: Perfiles y Problemas” (trad. Jordi Gimeno Bevia), Ed. Societé Internationale de Defense Sociale, (2012), p. 2. Disponible en http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/02.%20Panel%207/1.%20Militello_CO_EU_SP.pdf.

requerimientos conminados por los instrumentos internacionales, para ilustrar lo dicho tomo como patrón el modelo mexicano. En primer lugar, la *permanencia* presenta como impedimento central el incumplimiento a las exigencias establecidas en el art. 19 CPEUM, relacionadas con la ubicación del acto delictivo (circunstancias de lugar, tiempo y ejecución) cuya función se vincula a la determinación de pena (agravar o atenuar). Ahora bien, el elemento *reunión de hecho* exime de aquella obligación al tipo penal, ya que no destaca la temporalidad y peculiaridad de cada uno de los actos indispensables (principales y accesorios) en la atribución del hecho a la organización, esto es, no se ubica espacio-temporalmente a la misma sino a sus integrantes. Frente a la exigencia de motivar y probar los actos concretos de intervención de los sujetos conforme a circunstancias citadas, la Suprema Corte reconduce dichas condiciones a la *pertenencia* que las personas tienen frente a la agrupación, destacando que se deben precisar de manera suficiente (espacio-temporal) los actos concretos de intervención conforme a los fines del colectivo, pero no porque dichos eventos sean el objeto de reproche sino porque sirven de parámetro o referencia útil para constatar la pertenencia al grupo, pues –en opinión de la SCJN- ello constituye el núcleo típico del delito aquí tratado⁷⁶; interpretación que determina a la organización en sí misma carente de sanción, escenario que explica lo antagónico de la postura judicial ante el tipo penal. En este sentido, no queda claro a donde se orienta la permanencia, si al vínculo jerárquico o distribución de roles, al carácter estructurado o a la organización *per se*.

En mi opinión, es importante enfatizar sobre la temporalidad que el conglomerado debe tener, pues ello es la nota distintiva de su estabilidad o permanencia, además de operar como elemento de separación entre la figura de organización y las simples concurrencias o participaciones criminales. Esto aparece remarcado en la Convención de Palermo que alude al período de tiempo como dato esencial para la pervivencia del grupo. En el mismo sentido, el proyecto de Naciones Unidas sobre Crimen Organizado de 1998 y, particularmente, su versión de 1999, destacan los vínculos jerárquicos así como el carácter estructurado a través de cierta permanencia en el tiempo.

De esta suerte, como señalo en la introducción, la exclusión en la redacción normativa del acuerdo previo elimina la relación entre los integrantes del grupo ya que operaba como

⁷⁶ SCJN, Tesis II.2o. P.173, 9ª época, SJF, T. XXI, junio de 2005, p. 797.

fundamento de estabilidad en la organización, dejando al tipo carente de núcleo rector, motivo que constituye el principal trastorno de la *pertenencia*. Esto se observa con vasta claridad en los criterios emitidos por la SCJN que sostenían la pertenencia como verbo rector del delito de delincuencia organizada. Ante la inexistencia de eje típico, cabe cuestionar el fundamento que la organización delictiva actualmente tiene. La respuesta puede resultar relativamente sencilla: sin acuerdo previo no hay permanencia; sin permanencia no puede pensarse en una organización estable, menos aún en su legitimidad como tipo penal autónomo. Matizando todavía más, la estabilidad/permanencia resulta indispensable en la conformación de la organización o asociación (aun cuando sea de carácter temporal), de no ser así nos situamos en el supuesto de "la simple distribución de papeles, elemento que se da en todo concurso de personas en el delito y que, por lo tanto, no es suficiente para configurar una organización"⁷⁷; visto de esta forma, se puede comprender que, incluso, "un clan familiar" reducido pueda considerarse "organización" a efectos penales⁷⁸. En realidad, "el concepto de organización implica un programa de actuación, con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de las tareas a realizar, mediante el reparto de papeles a desempeñar, con lo que se prevén cambios o sustituciones entre todos los componentes del grupo"⁷⁹. Aquí, destaco la norma brasileña (art. 288 CP) que incluye a la *quadrilha* entre las posibilidades de asociación criminal, la cual parece no exigir una estructura demasiado diferenciada en cuanto a jerarquía pero sí en permanencia, toda vez que jurisprudencialmente se ha resuelto sobre su supresión si cambian habitualmente a sus integrantes, lo que se interpreta como la existencia necesaria de un proyecto de intervención que sustenta la permanencia del grupo organizado.

En cuanto a la *reiteración*, otro de los elementos típicos, cabe señalar que no se puede ubicar en relación a la acción de organizarse, pues no constituye un medio penalmente relevante *per se*, sino una conducta meramente accesoria a sus manifestaciones. En vista de ello, si el sentido de organizarse se sostiene como acción independiente a sus expresiones, ésta no alcanza –cuando menos- a situarse como acto preparatorio, dado que la reiteración es orientada a la comisión de delitos *ex post* a la formación de la organización y no a su constitución ni a sus finalidades, es decir, la reiteración requiere

⁷⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás, "Criminalidad organizada y tráfico de drogas", *RP*, n° 2 (1998), p. 32.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

de la existencia efectiva de lesión del bien jurídico. En este tenor, su tratamiento procesal se ha relacionado a la ejecución repetida de un mismo delito que deviene de una interpretación sobre los actos criminales desplegados por la corporación; sin embargo, en mi opinión, el tipo penal determina el logro de la reiteración a través de la comunicación generada en el ente que, ciertamente, constituye la base de su actitud criminal y que no precisa de la repetición de sus manifestaciones sino de “la insistencia de la actitud de aprovechamiento de redes estructuradas que operen en el caso concreto, con independencia de su duración en el tiempo, o de la confluencia con otros fines en las operaciones habituales de la organización”⁸⁰, esto es, indistintamente de si los delitos que materializa son iguales o no. Siendo ello así, existe reiteración dada la constancia de la organización en el mantenimiento de la actitud lesiva.

Aquí, cabe destacar la diferencia entre la constitución de la organización y su programa de actuación. Así, la delincuencia organizada se concreta con el solo hecho de organizarse, algo distinto de sus etapas ejecutivas, vinculadas a la realización de diversos delitos. Pese a la distinción establecida, la noción de organización consiente trabajar en su contenido material, según criterios de idoneidad, para articularse según roles y competencias, aun cuando la permanencia se reclama en el vínculo colectivo o acuerdo previo, lo que significa que a partir de la noción de organización se debe evaluar si la agrupación es susceptible de lesionar bienes jurídicos. De esta forma, el carácter abstracto de la figura –en su sentido de delito autónomo- implica una valoración sobre aspectos de tipicidad e incluso de política-criminal.

En este entendido, puede admitirse incluso a un grupo constituido para realizar una operación específica “siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros (fungibilidad) mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal”⁸¹. En materia de tráfico de personas con fines de explotación

⁸⁰ LEON VILLALBA, Francisco Javier de, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 272-273.

⁸¹ Ver STS 1095/2001 de 16 de julio.

sexual, por ejemplo, se puntualiza no perder de vista la dificultad práctica de declarar compatible “la transitoriedad de una actividad con la dedicación a la misma, por lo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codelinquencia compleja”⁸². Con ello, la transitoriedad pretende evitar la impunidad producida en supuestos donde se consiga probar la existencia de una organización que cometa el delito en cuestión, aunque no exista una voluntad de permanencia más allá de la concreta operación delictiva vinculada a un plan criminal “relativo a la comisión de otras infracciones en el futuro”⁸³.

Ahora bien, desde el punto de vista individual de la persona física o jurídica es dable cuestionar la aplicación del tipo penal de delincuencia organizada cuando el sujeto integra una agrupación transitoria, esto es, constituida exclusivamente para la comisión de un único delito. Ciertamente, existe una amplia aceptación de organizaciones con carácter transitorio que, al igual que las asociaciones permanentes, destaca el desarrollo o conformación de sus vínculos; de esta manera, pensar que una colectividad temporal no pueda ser imputada por crimen organizado “es dejar una puerta abierta a la actuación criminal para evadir aquella responsabilidad a través de la creación-cese de empresas”⁸⁴. Aquí me refiero a organizaciones estables y lícitas, pues las asociaciones pantalla no cumplen con los requerimientos penales dado que sólo sirven instrumentalmente a otras corporaciones con estabilidad en el mercado.

Actualmente, para que la norma asociada al crimen organizado resulte funcional se requiere la existencia de un *delito accesorio* (delincuencia organizada) y un *delito-fin o principal* (manifestaciones), lo cual representa un inconveniente desde el punto de vista de la imputación, pues se percibe que el primero de ellos por sí mismo no representa una conducta penalmente relevante, lo cual, junto a la indefinición de injusto, constituyen los mayores impedimentos de su autonomía y, sobre todo, de su legitimidad. Y es que la doctrina manifiesta que “el Derecho penal solo resulta legítimo si se persigue la

⁸² Ver STS 32/2013 de 8 de febrero.

⁸³ FARALDO CABANA, *Sobre los conceptos de organización criminal...*, op. cit., p. 74.

⁸⁴ *Ibidem*.

protección de bienes jurídicos”⁸⁵. Con ello, se deja en claro el carácter permitido de protección sobre intereses fundamentales altamente personales a través de delitos de resultado (secuestro, lavado de dinero, trata de personas, tráfico de drogas y demás). La crítica parte específicamente de la composición entre bienes jurídicos universales y riesgo⁸⁶ que dan vuelta a la consideración de la persona y su entorno de libertades. Ambos elementos, si bien han servido a la modernidad penal como un argumento de peso en el plano de la protección, en realidad el discurso es susceptible de una carga ideológica latente que resulta ser objeto de controversia en los delitos de organización, donde es cuestionable el concepto de bien jurídico y su función legitimadora dada la amplitud empleada en la técnica de resguardo a intereses que despierta recelo por su renuncia al daño y a la prueba de causalidad, aumentando considerablemente los presupuestos de punición y disminuyendo la función del Derecho penal; en otros términos, existe una utilidad mayor de la que este último puede prestar. Al respecto, cualquier acto concreto que no revele un carácter que comprometa al bien jurídico (como la actitud de organizarse) debe excluirse de antemano⁸⁷.

Como refería en la parte introductoria, al ser la organización (integrada) un agente de riesgo resulta indiscutible su consideración como modalidad delictiva, pese a que los riesgos hoy en día son una de las formas más discutibles del delito, pues en ellos es donde la relación entre la acción típica y el bien jurídico se encuentra menos estrecha. Partiendo de lo dicho, la sanción por organizarse despierta mayores reparos que los delitos de peligro abstracto en general a causa de su proximidad lesiva. Así, por ejemplo, si en los delitos de lesión el bien jurídico resulta dañado y en los de peligro se produce un riesgo de lesión; en los de riesgo es suficiente que la conducta delictiva se encuentre en el plano de lo subjetivo, esto es, aún sin la existencia de actos preparatorios, renunciando con ello a cierto nivel de perjuicio en relación al bien jurídico.

Siendo ello así, la organización resulta penalmente relevante sólo en la medida que abre la posibilidad de concretar una acción delictiva que posibilita un menoscabo a bienes

⁸⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, (trads. Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier De Vicente Remesal), T. I, Ed. Civitas, 2014, p. 62 y ss.

⁸⁶ NESTLER, Cornelius, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad en la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Investigaciones de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed. alemana) y Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, (ed. española), Ed. Comares, 2000, p. 63 y 64.

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 102 y ss.

jurídicos protegidos previamente, de esta suerte el tipo penal en análisis se torna especialmente perjudicial cuando se hace acompañar de otras conductas delictivas (manifestaciones), mecanismo que le confiere un carácter accesorio. Este escenario, resulta cuestionable en cuanto a la independencia criminal de la organización, pues el término "autonomía" es empleado para hacer alusión al principio de separación, inoperante en la materia, dada la propia configuración del tipo que requiere necesariamente la comisión de otros ilícitos para emerger. En este contexto, si se otorga una autonomía real a la figura nos encontramos frente al grave supuesto de investigar y sancionar actos preparatorios no punibles, siendo que el ilícito resulta especialmente relevante únicamente si con posterioridad se ejecuta otro delito de distinta naturaleza, como se desprende de la propia redacción normativa, produciendo un efecto de *incriminación adicional*⁸⁸ al disponerse la organización apenas como un medio en la consumación de sus expresiones.

En realidad, la delincuencia organizada se sustenta en etapas anteriores a la producción de ilícitos penales creando una descripción genérica de la fase interna del delito, que en ningún caso puede/debe ser objeto del Derecho penal. Por ello, a la luz de las consideraciones realizadas cabe cuestionar si es jurídico y político-criminalmente adecuado contemplar la figura como una fórmula delictiva autónoma, sobre todo si su consecuencia normativa se encamina al ámbito de las personas físicas. No obstante, se regulan en la materia medidas de especiales/excepcionales tanto en la plataforma de investigación como en el procesamiento del delito, parámetros opuestos a los postulados básicos del Estado democrático que ampara el Derecho penal de garantías. Ya diversas legislaciones refieren un concepto llano sobre delincuencia organizada orientado a personas naturales, pese a que la Convención de Palermo extiende el significado a las personas jurídicas y precisa a los Estados parte la adopción de medidas necesarias en el establecimiento de responsabilidad penal, civil o administrativa de aquellas por su participación en un grupos delictivos organizados, desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas físicas por la perpetración del o los delitos⁸⁹.

⁸⁸ FERRÉ OLIVE, Juan Carlos/ANARTE BORRALLA, Enrique (coords.), *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 185.

⁸⁹ Ver art. 10 CNUDOT.

En la complejidad organizacional criminal, la persona humana como único sujeto de Derecho (penal) y la ausencia de injusto son elementos que generan contundentes críticas relacionadas a los principios de taxatividad, culpabilidad, *non bis in ídem* y vulneración a Derechos Humanos. Aunque de forma breve, algunas propuestas en el derecho comparado se han ocupado del asunto, constatando las dificultades que la tipificación penal de las organizaciones ilícitas supone en un derecho asentado en la responsabilidad individual⁹⁰, contexto propicio que abre una vía de especial interés al concepto aludido; me refiero a la consideración de los entes colectivos como sujetos de derecho en el espacio de la delincuencia organizada. Hasta ahora el tema es nulo, a pesar que la noción de crimen organizado no se limita al marco de la persona humana, por el contrario, se difunde a la escena de las personas jurídicas. Esto se torna un área atractiva de estudio sobre la ya discutida responsabilidad criminal de entes colectivos, cuyos puntos de encuentro dan lugar al *crimen organizado corporativo*, ahí donde la persona física ocupa un papel secundario.

El derecho comparado da muestra de las múltiples formas en que los ordenamientos jurídicos conceptualizan el crimen organizado, independientemente del tratamiento delictivo que se le dé (agravante o delito), debido a su naturaleza así como a los aspectos particulares de cada caso que no permiten contener un concepto único. En razón de ello, se generan diversidad de significados que varían de un lugar a otro, a causa de las diferentes formas que las organizaciones criminales adquieren y que van desde la constitución de un conjunto de directivos empresariales hasta la “camarilla de tres ladrones [...] en el que uno se dedica a escoger posibles objetivos, otro a robar [...] bajo amenazas y el tercero actúa como blanqueador de capitales”⁹¹. Lo anterior, obstaculiza la creación de un concepto universal y representativo del fenómeno que tiene consecuencias no sólo en la percepción del crimen organizado como una noción cerrada en cuanto a los sujetos de derecho, esto es, vinculada a las personas naturales, sino en la pérdida del carácter transnacional que simboliza la figura, así como en cuestiones procesales, sobre todo para uno de los componentes más significativos de la materia: la cooperación internacional, cuyo elemento indispensable es la extradición que depende de la

⁹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...* op. cit., p. 93.

⁹¹ LEVI, Michael, “Perspectives on ‘organized crime’: an overview”, *Howard Journal of Criminal Justice*, n° 37 (1998), pp. 346-58.

equivalencia de figuras punibles por las legislaciones internas y, en algunos casos, también de la cuantía de la pena.

Ya la propia Convención de Palermo cita como propósito en el asentamiento de reglas específicas para la investigación de la materia (art. 20) a la promoción de la cooperación judicial, así como la eficacia en la prevención y reproche de la delincuencia organizada transnacional. Este instrumento, además de conferir la adopción de medidas legislativas internas, otorga la posibilidad de adopción de técnicas especiales de investigación, siempre que no se pongan en juego principios fundamentales del orden jurídico penal y de derechos humanos. Siendo ello así, la emisión normativa de medidas que permita el recurso a diversas técnicas especiales de investigación debe sujetarse a la sumisión de límites penales e instrumentos internacionales reguladores de derechos fundamentales. Ahora bien, de cara a la posibilidad de materializar acuerdos bilaterales o multilaterales, existen también condiciones, principalmente el aprecio al principio de igualdad soberana, pues si la intención es regular procesos de investigación en el contexto de la reciprocidad internacional, la falta de acuerdos considera el ejercicio de jurisdicción de los Estados interesados.

Lo aquí sostenido, con evidencia, se funda en el principio de simetría normativa, pero la inexistente correspondencia legal (entre Estados) fragmenta la asistencia judicial recíproca, objeto indispensable en el tratamiento de la delincuencia organizada transnacional que versa sobre la cooperación en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con delitos comprendidos en la Convención de Palermo, razón por la que debe encontrarse una homogeneidad, al menos, en cuanto a la noción de crimen organizado para que dicha cooperación pueda colmarse.

No obstante ello, las legislaciones continúan detallando el fenómeno de forma diferenciada, por ejemplo, su tipificación es diversa, ya que puede referenciar las actividades del grupo criminal⁹², la definición de su estructura y roles preestablecidos

⁹² Es el caso de México en que el art. 2º LFDO conceptualiza a la delincuencia organizada de la siguiente manera: “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: (I) Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 Y 237; operaciones con recursos

(funcionamiento)⁹³, la remisión a otras disposiciones legales⁹⁴, condicionar el fenómeno como un quebrantamiento normativo⁹⁵ o situarlo en la parte procesal donde se observa como agravante delictiva.

A pesar de las connotaciones que el concepto adquiere, continúa siendo una noción que mantiene centrada su atención en buena parte de sus características genéricas, esto es, “a) la finalidad delictiva en la comisión reiterada por parte del grupo de delincuentes y b) la utilización de medios necesarios e indispensables para alcanzar esos fines”.⁹⁶ Luego, puede hablarse de crimen organizado cuando se cumplen los parámetros referidos que

de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal; (II) Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; (III) Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; (IV) Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud; (V) Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal, y (VII) Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas”.

⁹³ El art. 2º de la Ley 39/2003 de Prevención y Combate al Crimen Organizado de Rumanía, conceptualiza al grupo delictivo organizado como aquel grupo estructurado, formado por tres o más personas que existe por un período de tiempo y actúa de manera coordinada con el propósito de cometer uno o más delitos graves, a fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o de carácter material. No se considera "grupo delictivo organizado" aquel grupo formado ocasionalmente para el propósito de cometer inmediatamente uno o más delitos y que no tiene continuidad o estructura definida o los roles preestablecidos para los miembros dentro del grupo. Disponible en <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/7475>).

⁹⁴ En Canadá, por ejemplo, existe crimen organizado cuando cualquier grupo, asociación u organismo compuesto por cinco o más personas, formal o informalmente integrado, (a) que tenga como una de sus actividades primarias la comisión de un delito tipificado cuya pena máxima sea la prisión por cinco o más años, y (b) cualquiera o todos sus miembros estén o hayan estado implicados en la comisión de una serie de estos delitos dentro de los cinco años precedentes. Ver RESA NESTARES, Carlos, *Crimen Organizado Transnacional: Definición, Causas y Consecuencias*, UAM, Madrid, 2009, p. 4-5. Disponible en http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html.

⁹⁵ El Código Penal alemán establece a la delincuencia organizada como la violación planificada de la ley al objeto de adquirir beneficios económicos o poder, cuyos delitos son independientemente o en su conjunto de especial gravedad y se llevan a cabo por más de dos participantes que cooperan en el marco de una división laboral por un periodo de tipo prolongado o indeterminado utilizando (a) estructuras comerciales o paracomerciales, o (b) violencia u otros medios de intimidación, o (c) influencia en la política, en los medios de comunicación, en la administración pública, en el sistema de justicia y en la economía legítima. Ver RESA NESTARES, Carlos, *Crimen Organizado Transnacional*., op. cit..., p. 3.

⁹⁶ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La Delincuencia organizada: algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, Universidad de Guanajuato, México, 2001, p. 132.

evitan la rigidez conceptual, tendiente a sobrestimar/valorar las particularidades que se puedan presentar en la disciplina, tal es el caso de la vinculación de la persona jurídica como sujeto de derecho.

El panorama descrito, permite considerar a la delincuencia organizada en sí misma como neutral⁹⁷ en razón de la apreciación que el derecho tiene sobre la sola organización con finalidad delictiva, pues la propia formación del grupo por sí misma no constituye un acto delictivo, aunque sí acaba favoreciendo la comisión del delito. Siendo ello así, el fenómeno puede ser concebido desde dos perspectivas, la primera, admite el riesgo de acción como fase preparatoria del *iter criminis*, traducido en la sola *fijación del fin* delictivo de la organización/integrantes que fundamenta el injusto penal. La segunda forma es pensar a la delincuencia organizada como una figura de dependencia necesaria frente a otras conductas delictivas para que logre surgir como ilícito penal.

Atendiendo al concepto comprendido en el último supuesto del párrafo precedente, se advierte cuán lejos llega el adelantamiento de protección penal frente al reproche que se hace al grupo criminal, pues –en sentido estricto- la *finalidad* delictiva de la organización *lege lata* representa la conducta típica, cuando en realidad resulta auténticamente peligrosa en el momento que obedece a la realización de un delito distinto y posterior a la conformación del grupo, esto es, la organización se constituye como medio para llevar a cabo la infracción penal principal. Así, la acción de organizarse no resulta ser penalmente relevante sino político-criminalmente funcional, ya que la conformación considerada como objeto potencialmente peligroso resulta ser en ese estado aun inofensiva.

En otras palabras, la simple *reunión de hecho* a la cual alude la norma especial mexicana sobre crimen organizado alcanza por más –ya ampliando en exceso el término- al estadio de la tentativa, que se presenta cuando comienza la ejecución del delito por medios apropiados sin actualizarse la consumación del mismo por causas independientes a la voluntad del sujeto. En su término más clásico, de aceptarse la tentativa en este ámbito estaríamos frente a una *tentativa de planeación*, de modo que, incluso en el supuesto más

⁹⁷ GRAMÁTICA BOSCH, Gerard, “Conductas Neutrales: Estado de la Cuestión”, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económico*, (2009), p. 2. Disponible en <http://ciidpe.com.ar/area1/conductas%20neutrales.gramatica.pdf>.

grave, la organización no constituye más que la preparación de un delito propio o la participación en uno ajeno que se halla en fase preparatoria, lo que permite sostener que la prohibición genérica de organización delictiva persigue finalidades que suponen un riesgo para el bien jurídico, dando pie a una pena por sospecha⁹⁸. Esto ha sido reflexionado de manera esporádica por la doctrina nacional, donde un amplio sector sostiene a la anticipación penal como elemento indispensable de punición en la disciplina, por tratarse, en opinión de NESTLER, de un prototipo de medio delictivo, dado que cualquier organización representa un elevado peligro de ser empleada delictivamente⁹⁹.

Lo antepuesto expone una problemática importante. En principio, desde la perspectiva de la protección de los bienes jurídicos, la delincuencia organizada es tan sólo un escalón previo a la conducta potencialmente peligrosa; luego, la peligrosidad de la organización criminal únicamente puede fundarse en la comisión de un delito diverso (manifestaciones); en segundo lugar, desde la perspectiva del adelantamiento de la protección penal, la organización se anticipa incluso a los actos preparatorios, haciendo al tipo penal aún más abstracto y, en tercer lugar, existen problemas de imputación tanto para personas físicas como jurídicas, éstas últimas al no ser contempladas normativamente como lo exigen los instrumentos internacionales.

La conformación típica del crimen organizado también representa inconvenientes en el espacio de la antijuridicidad penal, que se distingue de otras formas de antijuridicidad por exigir un desvalor de resultado especialmente grave imputable a una conducta desvalorada dada su peligrosidad. De esta manera, la antijuridicidad debe comenzar por exigir la comprobación *ex post* de la realización del tipo pues, éste último, al describir resultados hace que la antijuridicidad objetiva parta de valorar negativamente los mismos, es decir, el desvalor de resultado¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. NESTLER, Cornelius, “El principio de protección de bienes jurídicos...”, op. cit., p. 67.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Al respecto, el resultado vale, en principio, tanto para los delitos que exigen un efecto separado de la conducta (delitos de resultado), como para los delitos que sólo requieren una conducta (delitos de mera actividad), pues se habla de resultado en el sentido ideal, no material, de lesión o puesta en peligro resultante *ex post*, que puede tener lugar en una como en otra clase de delitos. Por otra parte, aunque en los “tipos de peligro abstracto” no es preciso poner en peligro ningún bien jurídico concreto, se puede hablar de puesta en peligro *ex post*, en el sentido de que requieren como resultado una conducta estadísticamente peligrosa. Lo mismo se puede decir de la “tentativa inidónea”, por lo demás, se prescinde de la posibilidad de que el resultado lesivo o de peligro deje de ser disvalioso por existir una causa de justificación.

Es necesario recordar que el desvalor en los delitos de lesión, peligro y riesgo es distinto. En el primero, la afectación del bien jurídico es mayor que en los segundos, a su vez, los de peligro contienen un desvalor de resultado mayor que los de riesgo. Siendo ello así, la diferencia radica en la proximidad a la lesión, resultando esencial el criterio sobre la perspectiva *ex ante* (riesgo de la acción) o *ex post* (resultado de riesgo) adoptado para evaluar la antijuridicidad en el tipo penal de delincuencia organizada.

En este contexto, el desvalor de resultado es valorado en momentos posteriores y presupone necesariamente la existencia del desvalor de la conducta valorada con anterioridad, dado que en ella se advierte la peligrosidad. En palabras de CORIGLIANO, “si la lesión de un bien jurídico no aparece como resultado de la realización del riesgo (propio de una conducta disvaliosa), no se podrá desvalorar el resultado objetivamente imputable. Así, ante el desvalor de la conducta riesgosa (*ex ante*) resulta necesario, para completar el juicio de desvalor propio de la antijuridicidad, la realización de una conducta voluntaria de riesgo y la ausencia de causas de justificación. Sólo coincidiendo ambos aspectos podrá completarse la antijuridicidad material de un hecho ilícito, pues las causas de justificación suponen las razones que conducen al legislador a valorar en forma adelantada y en estadios remotos el ataque a un bien jurídico, por lo que requiere tanto la efectiva concurrencia *ex post* de un interés superior (falta de desvalor de resultado), como su apariencia *ex ante* (falta de desvalor de la acción)”¹⁰¹.

Pese a que los delitos de riesgo rechazan la identificación entre los juicios *ex ante* y *ex post*, así como la acción y el resultado como objetos de enjuiciamiento del riesgo, el fenómeno delincuencia organizada debe considerar que la finalidad delictiva del grupo (riesgo *ex post*) no supone el momento consumado del delito (*resultado de riesgo*), sino un atributo del propio colectivo. Frente a ello, el paralelismo entre las perspectivas *ex ante* y *ex post*, así como el desvalor de la acción y del resultado, deben ser asumidos como criterios de ordenación sistemática del injusto, a partir de la metodología teleológica-valorativa, mayoritaria en la doctrina¹⁰².

En este sentido, al constituirse el Derecho penal sobre la idea de un resultado esencialmente material y, posteriormente, en la figura del riesgo, se puede hablar de un

¹⁰¹ CORIGLIANO, Mario Eduardo, “Delitos de peligro...”, op. cit., p. 1

¹⁰² Cfr. CORIGLIANO, Mario Eduardo, “Delitos de peligro...”, op. cit., p. 13.

desvalor de resultado, pero no como resultado del riesgo sino como riesgo de la acción contemplado *ex post*. Este contexto resulta complejo en el área del crimen organizado, pues la presencia de un desvalor de resultado (riesgo de la acción) dependerá de la concepción que se tenga sobre el bien jurídico. Por un lado, si se considera la seguridad pública como objeto de protección, nos encontramos ante un bien jurídico supraindividual donde *organizarse de hecho* implica la consumación del tipo y, por lo tanto, su lesión, afirmando un desvalor de resultado. Si en cambio, el objeto de protección se vincula a bienes esencialmente personales (libertad, patrimonio, indemnidad sexual, y demás) podrá negarse la existencia de un desvalor de resultado, puesto que para su punición basta el riesgo *ex ante* de la acción. Sin embargo, al no procurarse ninguno de los elementos (desvalor de la acción y del resultado) se rompe con el principio de antijuridicidad material, dejando solo el entorno de la formalidad.

Debe entonces distinguirse la exigencia, según la cual, sólo las acciones que tengan como consecuencia un desvalor de resultado pueden ser sometidas a una pena y, a partir de ello, plantearse el límite de la punición en los delitos de organización, pues la sanción de acciones sin la valoración del resultado se han planteado como excepción sistemática a la regla sobre la punibilidad de actos dotados de un peligro *ex post*¹⁰³. En suma, el desvalor de acción es condición necesaria pero no suficiente para la punición¹⁰⁴.

La doctrina menciona que la concepción de la delincuencia organizada como puro desvalor de acción apremia una dogmática *estructural*¹⁰⁵ que crea desconfianza en la práctica legislativa generando, desde las posiciones científicas, críticas sobre la forma de concebir el contenido de injusto (ver apartado III.4), cuyas dificultades debilitan los presupuestos relativos a la imputación objetiva¹⁰⁶, debido a la insuficiente garantía de seguridad jurídica. Ello conduce a plantear interrogantes no sólo sobre el contenido de injusto y el principio de lesividad, sino sobre la discrepancia con el mandato de

¹⁰³ FARRÉ TREPAT, Elena, “Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, T. I, UNED, 1989, p. 277.

¹⁰⁴ CORIGLIANO, Mario Eduardo, “Delitos de peligro...”, op. cit., p. 18

¹⁰⁵ CREUS, Carlos, *Introducción a la nueva doctrina penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 73 ss.

¹⁰⁶ CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, “Nueva delincuencia II”, *Consejo General del Poder Judicial, CDJ*, Madrid, 1994, p. 247 y ss.

determinación así como de los principios de legalidad¹⁰⁷ y taxatividad¹⁰⁸, pues, si bien la función del Derecho penal es impedir resultados típicos, sólo puede lograrse desvalorando y, en su caso, prohibiendo conductas cuya capacidad criminal pueda apreciarse desde el momento de la realización hasta su conclusión¹⁰⁹, evitando la punición de actos desarrollados en momentos anteriores los cuales dificultan la estimación lícita y que, en casos como la delincuencia organizada, son valorados *ex ante* a la propia acción¹¹⁰, esto es, en el plano de lo inofensivo. Y es que los supuestos donde no se expresa la exigencia del peligro en el tipo, ni se recurre a la fórmula de *aptitud* en la producción de daño, limita la sanción “sobre conductas en base al riesgo que en sí comportan, satisfaciéndose el tipo con la simple descripción del obrar prohibido, despersonalizando el bien jurídico que motiva la intervención penal”¹¹¹.

Siendo ello así, las finalidades perseguidas en los tipos penales de organización permiten imputar a los integrantes la conformación de la asociación además de los ilícitos cometidos por la misma. En este entendido, el art. 2º LFDO considera cierta distinción en la estructura jerárquica de la organización, ya no por el dominio mediato de los sucesos (expresiones de la organización) suficiente para imputar el delito realizado por sus

¹⁰⁷ Cfr. MANNA, Adelmo, “Le tecniche penalistiche di tutela dell’ambiente”, *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, Ed. Cedam, Padua, nº 3 (1997), p. 665 y ss.

¹⁰⁸ La norma, según lo señaló la Corte Colombiana en la sentencia del 18 de febrero del 2003, radicado 16.262, recogió como uno de los elementos esenciales del delito “el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal”. Al examinar esta disposición, dijo la Sala en sentencia del 15 de septiembre del 2004, radicado 21.064: “...prevenir actos que signifiquen potencial o inminente peligro a las condiciones de mantenimiento de la paz, de la convivencia social, de la seguridad ciudadana y, a través de estos valores, de bienes personales como la vida, el patrimonio económico, etc., luego de lo cual, en cada caso concreto, también debe establecer si el comportamiento sometido a su consideración, significó una efectiva puesta en peligro al bien jurídico así conformado.” Lo anterior no envuelve una graciosa o desenvuelta concesión, pues al exigir el precepto mencionado, art. 11 CPF, que se requiere que la conducta típica lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal, armoniza la necesidad abstracta de protección satisfecha con la creación del tipo penal y la garantía de protección al justiciable, bajo el entendido que su conducta sólo será punible en cuanto con ella cree situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés.

¹⁰⁹ La decisión acerca de si la conducta dañosa es imputable a su autor estará determinada por el disvalor de la conducta de riesgo anterior (delitos de mera finalidad) y el disvalor de resultado exigirá que la conducta típica resulte lesiva o peligrosa. Aunque también en estos casos será necesario que la conducta aparezca *ex ante* como idónea para realizar el tipo.

¹¹⁰ Desde un punto de vista (exclusivamente *ex post*) se desvalora toda acción efectivamente causal de lesión, aunque *ex ante* aparezca como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello lleva a los conocidos inconvenientes que trató de superar la “teoría de la adecuación” primero, y la “teoría de la imputación objetiva” posteriormente.

¹¹¹ En opinión de Corigliano tipificar actos preparatorios maximiza la protección de bienes jurídicos, situación que produce un grave adelantamiento punible que elimina la última ratio, con la consiguiente generación de problemas en la dosimetría de la pena y llevándonos irremediablemente a la interrogante de ¿hasta dónde es posible adelantar la punibilidad sin que ello sea ilegítimo? En resumidas cuentas, la teoría jurídica del delito se resuelve en una teoría del delito de riesgo (Cfr. CORIGLIANO, Mario Eduardo, “Delitos de peligro...”, op. cit., p. 21).

subordinados dado el dominio de la voluntad ejercido¹¹², sino por el rol desempeñado en la ejecución del delito-fin, lo que implica un desafío al principio de culpabilidad, que exige la imputación subjetiva y objetiva de los integrantes con el hecho.

A partir de lo dicho, las dificultades que suscita el tipo penal de delincuencia organizada aparecen asociadas con los principios de legalidad y culpabilidad. En sentido tradicional, la falta de determinación del tipo abre interrogantes sobre la posibilidad de circunscribir en el esquema de los delitos de organización las mismas exigencias de legalidad con que cuentan los delitos comunes. La cuestión se extiende a los requerimientos del principio de culpabilidad, pues el crimen organizado al tener una constitutiva referencia con el orden económico y político en muchos casos utiliza como medio a la persona jurídica, en tanto unidad económica; sin embargo, en casos donde ello no es posible, los criterios de imputación se sujetan a una normativización de presupuestos coligados a los modos de estructuración interna de la organización que no siempre permite un conocimiento acabado de sus integrantes ni de los objetivos ilícitos de aquella. Dicho de otro modo, habrá que tener en cuenta aspectos de delegación, competencias y roles que permitan discernir a los intervinientes reales en el ilícito y dejar fuera aquellos que no forman parte de la organización. Como se observa, la situación no solo afecta criterios objetivos de imputación sino de orden subjetivo como los conocimientos especiales.

En este escenario, los juicios de valoración en la imputación objetiva del tipo incluyen primordialmente aspectos relacionados con la noción de intervención en el delito que reclaman la consideración ilegítima de la materia, dado que exige una fórmula extendida del concepto básico de dominio del hecho así como nociones normativizadas que sirven para discernir responsabilidades al interior de la organización.

También se advierten complicaciones en los aspectos asociados a la imputación subjetiva y el objeto del dolo (como instancia que valora el juicio de reproche), esto significa cuestionarse acerca del conocimiento que el sujeto debe de tener sobre la organización a

¹¹² En este sentido la doctrina ha señalado algunos criterios importantes. Roxin, por ejemplo, habla de un dominio de la voluntad a través de aparatos organizados. Al respecto, ver ROXIN, Claus, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *RP*, n° 18 (2006), p. 242 y ss. Por su parte, en la teoría de Jakobs, el organizador obtiene una competencia especial por integrar su conducta al comportamiento de los subordinados que lo hace responsable a título de coautor. Ver JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. (trads. Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 794.

la que se integra, así como el contenido de su comprensión. Dicho de otro modo, si su saber incluye sólo las finalidades delictivas o también el número de personas que integran la organización, el tipo de delitos que prevé realizar y la permanencia del grupo. Así, cuanto más amplia sea la descripción que configura la noción de delincuencia organizada, más extenso se hace el objeto de comprensión que caracteriza el dolo típico.

Por eso, en el plano de la imputación subjetiva, el dolo de los asociados queda conformado por la conducta organizativa misma, es decir, de integración, en tanto expresión de voluntad de pertenencia grupal admitida por los otros y el conocimiento de la ilicitud de esa agrupación, consecuente con sus finalidades delictivas plurales. En este punto, resulta indiferente a los fines del delito de organización la intervención constante o no del sujeto en sus manifestaciones, ya que la plenitud del ilícito se alcanza desde el momento de la integración del grupo, la cual es independiente al desarrollo temporal de otros delitos entendido como consecuencia de la permanencia, esto es, propiedad de lo asociativo tendiente a cometer delitos indeterminados.

Ya citaba en párrafos antecedentes el caso italiano, donde se considera la punibilidad de los comportamientos a partir de la existencia simple del vínculo asociativo "*per cio solo*", prescindiendo de los objetivos ilícitos correspondientes a las manifestaciones de la agrupación. En realidad, la forma de visualizar el reproche penal a la organización desde la dependencia de otros delitos ocasiona serias dificultades para hablar de actos preparatorios y tentativa, pues se trata de cuestiones vinculadas a la distinción entre el hecho de organizarse (que constituye el ilícito) y la ejecución de sus objetivos.

Por otro lado, también se presentan aspectos discutibles de la culpabilidad a nivel de autoría y participación, pues el ejecutor material/directo además de responder sobre la integración de la organización criminal se le atribuye el delito-fin ejecutado y, en el mismo sentido, responden los partícipes. Cabe señalar que en ninguno de los supuestos (autoría o participación) es posible hablar de culpa/imprudencia, de manera que siempre se responde a título doloso simplemente por formar parte de la organización, pese a los requerimientos mínimos de conocimiento sobre los aspectos objetivos y la voluntad del autor de aceptar tal integración, esto es, el saber y querer la pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza. En tal supuesto se ha dejado al margen la figura de la

imputación recíproca tratada en el apartado V.3.2 como propuesta al diseño de atribución de responsabilidad.

2. La persona física frente a la delincuencia organizada. Dificultad conceptual.

2.1 Protección internacional de la persona humana. ¿Límite al concepto de crimen organizado?

Actualmente, el Derecho penal guarda una bifurcación en cuanto a los sujetos de Derecho sea por su naturaleza (físicas y jurídicas) o por la calidad que las normas locales les otorga (enemigos o ciudadanos). En cualquier caso, la ciencia penal encuentra un límite en la conceptualización de los Derechos Humanos, pues muchos de sus principios marco proceden de aquellos, además que las normas internacionales de protección a la persona natural acotan su actuar.

Partiendo de lo dicho, circunscribir la delincuencia organizada al espacio de la persona física resulta delicado, debido a que las diversas fuentes internacionales justifican la protección humana en los atributos que le son inherentes pues su desconocimiento originó actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, por ello resulta esencial su amparo bajo un régimen de Derecho que evite a la persona verse compelida a la tiranía y opresión¹¹³. Del sistema de Derechos Humanos no quedan exentos métodos excepcionales o especiales como el adquirido por la norma de delincuencia organizada que, si bien, en la práctica resultan funcionales, también se aparta de los derechos de protección de la persona natural.

Así, dentro de las aspiraciones humanas que gozan de tutela internacional se encuentra el debido proceso contemplado en el art. 8 CADH (garantías judiciales), figura frecuentemente afectada por las excepciones que el régimen de delincuencia organizada guarda como su principal característica. Constantemente, el discurso oficial refiere esta distinción, por ejemplo, el legislador local se ha pronunciado sobre la ilimitada

¹¹³ Ver Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

investigación criminal y proceso en la materia, que no se confina a los acusados o sentenciados por delincuencia organizada, por el contrario, se extiende a sujetos que requieran medidas especiales de seguridad¹¹⁴. Esta postura distintiva obliga a reflexionar sobre el complejo marco de valoraciones restrictivas que se imponen así como a la consecuente afectación que los Derechos Humanos sufren, derivada del reconocimiento de otros derechos de protección como la reserva de la identidad policial, intervención de comunicaciones, agentes infiltrados, levantamiento del secreto bancario, entrega vigilada, prisión preventiva, arraigo, por citar algunos modelos polémicos en la medida que afectan principios esenciales del debido proceso¹¹⁵.

Y es que el debido proceso se ha constituido como la piedra angular del sistema de protección de los Derechos Humanos, siendo, por excelencia, su garantía y “el requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho”¹¹⁶. Ante ello, la CoIDH deja constancia sobre la importancia del tema en repetidas sentencias por el recurrente quebranto a los arts. 8 (garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) CADH que entrañan, en cualquier caso, una vulneración a la tutela judicial de la persona física.

Es necesario recordar que otros preceptos de la Convención acogen temas clasificados en el plano del debido proceso, tal es el caso de la vulneración del derecho a la vida (art. 4), a la integridad física y/o psíquica (art. 5, en lo concerniente a la coacción ilícita sobre personas detenidas) y el derecho a la libertad personal (art. 7, en lo referente a las reglas de la detención y al control judicial)¹¹⁷, normas que frecuentemente se ven perturbadas en el área de la delincuencia organizada dado su carácter excepcional. Ello no es ignorado por la CoIDH, ya en el caso *García Cruz y Sánchez Silvestre c. Estados Unidos Mexicanos* la corte responsabilizó al Estado por violación de diversos Derechos Humanos

¹¹⁴ Cfr. Exposición de Motivos de la iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (23 de enero de 2009).

¹¹⁵ DEL CARPIO DELGADO, Juana, “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc*”, *RP*, nº 19 (2007), p. 36. Disponible en http://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/jcardel/profesor/1353591652521_2007-los_testigos_anonimos_en_la_jurisprudencia_del_tribunal_europeo_de_derechos-juana_del_carpio_revista_penal_19.pdf.

¹¹⁶ MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Ed. Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2003, p. 267.

¹¹⁷ Ver voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la SCOIDH, caso López Álvarez c. Honduras, 1 de febrero de 2006, p. 2. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_141_esp.doc.

contenidos en la Convención, asociados a la figura del crimen organizado, entre ellos se destacan la libertad personal (art. 7), integridad personal (art. 5), garantías judiciales y protección judicial (arts. 8 y 25), todos relacionados con el deber general de respeto a los derechos (art. 1.1)¹¹⁸.

Lo anterior es así porque, aun cuando se trata de materias distintas (Derechos Humanos y Derecho penal), ambas se encuentran articuladas por el debido proceso que, bajo cualquier circunstancia, debe ser ponderado al tratarse de “una garantía de respeto a los demás derechos”¹¹⁹. Así, por ejemplo, la aceptación o valoración de pruebas obtenidas mediante afectación a la persona o a sus derechos constituye una infracción al juicio justo; circunstancia reiterada en la jurisprudencia internacional sobre la regla de exclusión de pruebas cuando éstas se alcanzan a través del quebranto de Derechos Humanos mediante la afectación sobre los principios generales de la prueba, en concreto el de lealtad/probidad, naturalidad/espontaneidad, proporcionalidad y necesidad.

De manera específica, la doctrina jurisprudencial especializada en delincuencia organizada relacionada y sujeta a los Derechos Humanos resulta escasa por lo complejo y característico del tema así como por el desarrollo interpretativo que los tribunales internacionales realizan sobre las figuras en lo particular, que no alcanzan solo la parte organizada del delito sino cualquier tema de derecho donde se advierta afectado el debido proceso.

En efecto, los casos puntuales de crimen organizado se concentran en aspectos del debido proceso siempre supeditados a la esfera de los Derechos Humanos. Ante ello, las cortes Europea e Interamericana se dieron a la tarea de desarrollar una útil doctrina acerca de figuras como el tribunal independiente e imparcial, tribunal competente, jurisdicción militar, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, derechos de defensa, principio de contradicción, publicidad, detención, prisión preventiva (condiciones y características), investigación, admisibilidad y valoración de la prueba, plazo razonable (para la prisión preventiva y el proceso), recursos, nuevo proceso (cosa juzgada y *ne bis in idem*),

¹¹⁸ Ver SCoIDH , caso García Cruz y Sánchez Silvestre c. Estados Unidos Mexicanos, 26 de noviembre de 2013. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf.

¹¹⁹ ABREU BURELLI, Alirio, “Responsabilidad del juez y Derechos Humanos”, *Revista de Derecho*, TSJ (Venezuela), n° 19, (2005), p. 44.

ejecución de sentencia, y demás aspectos que colman numerosas actuaciones desarrolladas en el campo de las organizaciones criminales, pero que impactan en la persona física. De esta manera, no solo se valora la elaboración del concepto del debido proceso sino su extensión a temas penales, apreciándose así su carácter expansivo.

Particularmente, el fenómeno delincuencia organizada se rodea de aspectos especiales bajo el argumento del cumplimiento de ley. Aquí, cabe considerar la citada jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a casos de excepción donde, si bien es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, también es consecuente con el sometimiento del mismo a los instrumentos internacionales. Así, cuando un Estado forma parte de un tratado internacional, todos sus órganos –incluidos los jueces- están sometidos a aquél, obligándose a velar que los efectos de las disposiciones del convenio no se vean afectados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

En tal sentido, y conforme a lo estipulado por la CoIDH, todas las autoridades estatales están obligadas a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias así como de las regulaciones procesales correspondientes. Ello se refiere al análisis que deben realizar los órganos y agentes estatales (particularmente jueces al igual que los operadores del sistema de justicia) sobre la compatibilidad de cánones y prácticas nacionales con la Convención Americana. En sus decisiones y actos concretos tanto órganos como agentes deben cumplir con la obligación general de garantizar derechos y libertades protegidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, asegurándose de evitar la aplicación de normas jurídicas locales que transgredan los tratados, así como de emplear correctamente los convenios y estándares jurisprudenciales desarrollados por los tribunales en la materia¹²⁰.

Siendo ello así, el control de convencionalidad es necesario en razón de las medidas especiales empleadas en el espacio del crimen organizado para el esclarecimiento del

¹²⁰ Cfr. Sentencias de la CoIDH, Almonacid Arellano y otros c. Chile, 26 de septiembre de 2006; La Cantuta c. Perú, 29 de noviembre de 2006; Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil, 24 de noviembre de 2010; Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2006; Gelman c. Uruguay, 24 de febrero de 2011; Furlan y familiares c. Argentina, 31 de agosto de 2012; Mendoza y otros c. Argentina, 14 de mayo de 2013.

delito, cuyo desarrollo metodológico crea rigidez entre el Estado democrático y la investigación delictiva, debido al conflicto presente entre la irrenunciable protección de la persona humana y el contexto donde la inagotable anticipación penal constituye el primer elemento de valoración.

Con razón CORCOY BIDASOLO apunta que “En la práctica se advierte que los delitos de organización criminal tienen una eficacia muy significativa para la investigación policial. En nuestro entorno jurídico ni la policía, ni los jueces pueden iniciar una investigación cuando no hay indicios de la comisión de un delito en concreto. Sin algo más que una sospecha no se pueden ordenar intervenciones telefónicas ni registros... Si la mera pertenencia a organización criminal es delito la sospecha de estos comportamientos permite ya el inicio de la investigación criminal. Ello posibilita que la policía comience la investigación con carácter previo a que se haya cometido algún delito y al juez autorizar medidas indagatorias que al final posibiliten el descubrimiento de delitos respecto de los cuales no existía una sospecha inicial. Por ello la doctrina alemana ha calificado estos delitos de “encubrir” “dar un paraguas legal” (“Ermittlungsparagraph”, “strafprozessualer Passpartout” o “fungibel Ausforschungparagraph”)¹²¹. A pesar de las facilidades otorgadas en la investigación criminal, como ejemplifica la autora, “La práctica judicial alemana muestra un número elevado de apertura de diligencias policiales por delito de asociación criminal, mientras que el número de condenas es mínimo. Lo que sucede es que esas investigaciones sirven para descubrir y probar otros delitos que sí son objeto de condena. Por ello al delito de asociación para delinquir se le ha denominado como “fuerza configuradora del Derecho penal de la prueba”¹²².

Frente a ello, las medidas son/deben ser determinadas bajo un control judicial en base a principios de necesidad y proporcionalidad que limitan el uso abusivo de las técnicas de investigación, criterio determinado por la Corte Interamericana en ejercicio del citado control de convencionalidad. En este sentido, legalidad, lesividad y legitimidad no son los únicos principios que ponen en entredicho la norma que regula el crimen organizado, también se encuentran la proporcionalidad y necesidad, puntos donde posiblemente son mayormente cuestionadas las características de las normas autónomas por la estrecha relación que guardan frente a la negación de garantías y beneficios de carácter sustantivo,

¹²¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Expansión del Derecho penal...", op. cit., p. 71.

¹²² *Ibidem*.

procesal o penitenciario; ello es así, porque los mecanismos utilizados (siempre excepcionales) para su regulación confinan a los Derechos Humanos en sus diversas manifestaciones. Ya desde las libertades más elementales de la persona hasta la infracción al debido proceso se norman figuras como el arraigo de la persona en estado de presunción (y la ampliación de su término), el plazo de detención en sede de investigación normalmente mayor al ordinario (96 horas) o la posibilidad de privar al condenado de algunos beneficios penitenciarios. Estos son ejemplos que el ámbito de referencia ofrece a la persona física y que por el hecho de encontrarse normativamente reconocidos no necesariamente alcanzan su legitimidad.

Lo anterior no quiere decir que los Derechos Humanos sean ilimitados, esto es, pueden restringirse siempre en atención a la ineludible promoción de otros derechos reconocidos y cuidando el respeto a su contenido esencial. Es aquí donde los principios que circunscriben los derechos elementales juegan un papel preponderante frente al Derecho penal, principalmente el de *favor libertatis* o *pro homine* que opta porque toda limitación o interpretación a los mismos se realice restrictivamente, ofreciendo proteger dentro de las diversas opciones la que restrinja en menor escala el derecho protegido, debiendo prevalecer la norma más favorable a la persona humana¹²³, aspecto que pone a la ciencia jurídica al servicio de la persona natural, pasando a formar un deber impuesto a los Estados que orienta el ejercicio soberano al absoluto respeto de las libertades del que participa la persona. Con esto, parece arraigarse una visión integral sobre los Derechos Humanos que refleja el principio de unidad (en sus manifestaciones de coherencia y unión jurídica), no sólo en su propio régimen sino sobre el sistema jurídico en general al cual se supedita el Derecho penal.

En consecuencia, la actuación en la esfera de la delincuencia organizada más allá de personificar una reducción de derechos inherentes a la persona en sus diversas manifestaciones (vida, libertad, integridad física, privacidad/intimidad, presunción de inocencia y debido proceso) como consecuencia de la ventaja que representan para la materia las razones de utilidad y eficacia, incumplen el criterio de restablecimiento de normalidad constitucional el cual fija un límite en la elaboración de normas restrictivas

¹²³ En este sentido se ha pronunciado la resolución de la solicitud de opinión consultiva presentada por la CIDH a la CoIDH (24 de junio de 2005), párr. 13, p. 8.

de derechos. En otras palabras, la reintegración constitucional opera como permisión en la creación de reglas que restringen temporalmente ciertos Derechos Humanos.

En este orden de ideas, la justificación sobre la disminución de derechos materiales, procesales y penitenciarios en el área se limita al argumento de peligrosidad y sospecha, cuando en realidad se reinterpreta el principio de precaución. Ahora bien, al incumplir el criterio de las excepciones resulta evidente la ausencia de razones objetivas que justifiquen la regulación normativa de la delincuencia organizada, afectando el contenido esencial de la doctrina del Estado constitucional y confirmando el ilegítimo decrecimiento de los Derechos Humanos.

Para dar sustento a lo antedicho, desde mi experiencia, en los próximos párrafos seguiré modelos que conceden independencia a la disciplina, principalmente el mexicano por ser el precursor de ello. Y es que diversos son los medios legales considerados especiales, dada la excepcionalidad con que se manejan y por representar un detrimento al entorno de las libertades, principalmente de la persona humana, pese a ello, su uso parece más frecuente que excepcional.

2.2 El carácter antagónico de los medios restrictivos de investigación criminal en el marco de la persona física.

Los mandatos especiales de averiguación criminal en el espacio de la delincuencia organizada son aplicados para prevenir la comisión de nuevos delitos, o bien, para evitar la continuación sobre la ejecución del ilícito que origina la medida sobre personas que por su peligrosidad y pertenencia a la organización sean susceptibles de recibir las providencias. Entre las medidas representativas encontramos diversidad de figuras como la prolongación de la detención e incomunicación de detenidos, arraigo, prisión preventiva, restricción de comunicaciones privadas y demás modelos de investigación que circunscribe la disciplina. A ellos haré alusión sin ánimo de profundizar en su formalidad, pero sí destacando la falta de empatía con los Derechos Humanos.

2.2.1 La detención ilegal.

Dado que aspectos de excepción y garantistas resultan al mismo tiempo incompatibles, recurrentemente la detención ilegal se presenta como uno de los mayores inconvenientes en la materia. Si se consideran los frecuentes ataques derivados de coacciones ilícitas sobre las personas, con evidencia se produce un daño a las integridades física, psíquica o ambas. En relación con la práctica sistemática de deterioro a la integridad psicofísica de las personas caracterizada, según el discurso y la norma nacional, por la aplicación de reglas especiales que enmarcan el acometimiento contra el crimen organizado, la CoIDH replica la inobservancia sobre las reglas internas del Estado al momento de la detención, lo que constituye una privación de la libertad contraria a los estándares de la CADH¹²⁴, criterio compartido por el TEDH, quien destaca la necesaria compatibilidad entre la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes con la Convención Americana. En consecuencia, cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad, además de los procedimientos previstos en la ley nacional, con los estándares internacionales que operan como límite a la regulación interna de los Estados miembros.

Derivado de las anteriores consideraciones, el supuesto sobre detención ilegal lleva al inevitable análisis del art. 7.3 de la Convención, esto es, la prohibición de someter a alguien a detención o encarcelamiento arbitrarios, aclarando que, en cuanto a la diferencia entre detención ilegítima y detención arbitraria, la CoIDH reconoce que toda detención ilegal comporta un grado de arbitrariedad que, sin embargo, estaría subsumida en el propio art. 7.2, pues la arbitrariedad referida en el precepto 7.3 tiene un contenido jurídico propio que no solo se determina por la inobservancia de la norma interna, sino también por la eventual contradicción con lo establecido en la propia Convención. De acuerdo con lo expresado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha precisado que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, por lo que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de “garantías procesales”. Ello significa que la prisión preventiva subsiguiente a una detención lícita debe ser no solo

¹²⁴ Cfr. Casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador, 21 de noviembre de 2007 y Yvon Neptune c. Haití, 6 de mayo de 2008.

lícita, sino además razonable en toda circunstancia¹²⁵. De esta manera, la Comisión Interamericana sostiene que la detención ilegal y arbitraria coloca a la víctima en una situación de vulnerabilidad, poniendo en riesgo su derecho a la integridad personal y al trato digno¹²⁶.

2.2.2 El arraigo.

Otra situación vinculada a la detención es el arraigo, en mi experiencia, es posiblemente la figura especial más utilizada en el área del crimen organizado. Se encuentra regulada constitucionalmente en el art. 16¹²⁷ como medida restrictiva a la libertad de la persona que operaba *ab initio* únicamente en materia de delincuencia organizada y llevada a cabo en sede de investigación, cuyo objeto es la privación de libertad con la finalidad de obtener información que pueda ser de utilidad *a posteriori*, en la etapa del juicio. Es decir, la persona es detenida para ser investigada, incluso con ausencia de prueba necesaria para establecerse, como por ejemplo, el simple reconocimiento fotográfico¹²⁸ cuya utilidad sirve a efectos de iniciar líneas de investigación, y no para lograr la imputación de la persona, resultando paradójico frente a los principios básicos de justicia en una democracia.

Lo planteado, da lugar a una alteración injustificada de la igualdad de medios entre las partes, pues otorga al ministerio público (MP) ventajas procesales generadoras de agravios a Derechos Humanos como el debido proceso, defensa adecuada y presunción de inocencia, concurriendo una parcialidad procesal interpretada bajo el principio *pro*

¹²⁵ Ver caso Albert Womah Mukong c. Camerún, 21 de julio de 1994.

¹²⁶ Ver casos Kenneth Ney Anzualdo c. Perú, 22 de septiembre de 2009 y Florencio Chitay Nech y otros c. Guatemala, 25 de mayo de 2010.

¹²⁷ El art. 16 CPEUM dice: “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, al tratarse de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

¹²⁸ La jurisprudencia comparada ha establecido que el reconocimiento fotográfico realizado ante la policía no constituye prueba apta para destruir la presunción de inocencia. El TS Español, por ejemplo, afirma que la legalidad de la identificación del delincuente mediante la exhibición de fotografías al testigo, no tiene otro significado que el de apertura de una línea de investigación policial en que la utilización de las mismas son un punto de partida para iniciar las averiguaciones policiales, pues, ello constituye una técnica elemental de imprescindible empleo en todos los casos donde se desconoce la identidad del autor del hecho punible. En este sentido ver, entre otras, SSTS 994/2007 de 5 de diciembre; 617/2010 de 24 de junio; 263/2012 de 28 de marzo y 428/2013 de 29 de mayo.

republica volviendo intolerable la figura desde el punto de vista humano, ya que es proclive a ser utilizada como un medio de ocultamiento o incomunicación de la persona para ampliar el término de investigación y, por lo tanto, de la acusación, o bien, situarla en lugar distinto a su domicilio (celdas en sede policial, hoteles, casas de seguridad, entre otros), resultando contradictoria al principio *pro persona*.

No obstante, se considera una medida precautoria dictada por el juez a petición de la autoridad ministerial/investigadora cuando exista sospecha sobre la ausencia u ocultación de la persona imputada, por lo que su objeto es impedir que ésta abandone el lugar del juicio¹²⁹. Si bien, el arraigo tiene un origen civil, actualmente, en países como México, se reserva para casos de crimen organizado, ello, por la dificultad que guarda la investigación en estructuras complejas; medida “indispensable” para el perfeccionamiento de la pesquisa y el eventual logro de la vinculación a proceso. En consecuencia, se considera una medida cautelar especial toda vez que implica la privación de libertad del imputado bajo vigilancia de la autoridad investigadora para que la misma realice diligencias, sea para alcanzar el éxito en la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia, comportando la disponibilidad del sujeto activo en la investigación o el proceso.

Siendo ello así, se trata de un acto prejudicial que permite al órgano investigador, previo a un proceso, acercarse de datos que fortalezcan el reproche penal. Esto se traduce en una restricción de Derechos Humanos, principalmente a la libertad personal y al debido proceso¹³⁰, dada la necesidad de protección a otros derechos. Pese a justificar la complejidad de la investigación y el peligro de sus integrantes, la afectación a los derechos humanos es notoria aun cuando son internacionalmente reconocidos y consagrados en diversos tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹²⁹ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 218.

¹³⁰ Al respecto, la SCJN ha establecido que la aplicación de la medida de arraigo, previsto en el numeral 12 de la LFDO, viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y de libertad personal previstas en los preceptos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Federal, toda vez que se contempla con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un “domicilio” bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los arts. 14, 16 y 18 a 20 CPEUM. En este sentido véase TCC, tesis I.9o.P.69 P, 9ª época. SJF, T. XXVII, enero de 2008, p. 2756.

Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Parece ser que el único recurso en contra del arraigo es la actuación de la CoIDH que mediante el control de convencionalidad ordene la derogación e inaplicación de la figura, así como de los criterios judiciales que la sustentan.

Lo anterior, es advertido por el grupo de trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas que conceptualiza el arraigo como “una forma de detención preventiva de carácter arbitrario en razón de la insuficiencia del control jurisdiccional y de la ejecución de la medida en lugares que, si bien no son secretos, sí son ‘discretos’”¹³¹. Por su parte, en opinión de la SCJN mexicana “[...]la medida de arraigo [...] viola las garantías de legalidad, seguridad jurídica y libertad personal previstas en los preceptos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Federal, toda vez que su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un “domicilio” bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa [...]”¹³². Sin embargo, la figura continúa normativamente activa y los criterios judiciales optan por consentir la medida cuando es requerida en sede de investigación.

2.2.3. La prisión preventiva.

Respecto a esta clase de prisión, son múltiples las definiciones pronunciadas; no obstante, se puede conceptualizar como una medida cautelar de carácter preventivo que afecta la libertad personal durante un determinado periodo de tiempo, cuyo propósito es asegurar la presencia del investigado en el proceso (evitar la evasión de la justicia) sin que se haya resuelto sobre su culpabilidad en la comisión del ilícito que origina el juicio.

Se trata de un modelo donde el imputado se ve obligado a ingresar en prisión durante la investigación criminal, esto es, sin la existencia de una sentencia condenatoria pero hay riesgo de sustracción que puede poner en peligro el normal desarrollo del proceso y,

¹³¹ Ver Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones de la tortura y la detención: Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México”, E/CN.4/2003/8/Add.3 (17 de diciembre de 2002), párrafos 45 y 50.

¹³² TCC, tesis I.9o.P.69 P., 9ª época. SJF, T. XXVII, enero de 2008, p. 2756.

eventualmente, la aplicación de pena. Hay que considerar que se distingue del arraigo por emplearse únicamente cuando otras medidas cautelares resultan insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal, esto le da su carácter excepcional.

La prisión preventiva provoca dos argumentos antagónicos difícilmente reconciliables dadas las materias que confronta (penal y derechos humanos), pues, por un lado, garantiza el derecho a la protección y seguridad y, por otro, el derecho a la libertad y presunción de inocencia. Mientras la discusión continúa sin ser resuelta, la figura se posiciona dentro de las normas especiales asociadas a la delincuencia organizada, como medida que asegura directamente a la persona e indirectamente al proceso. A pesar de los criterios que intentan implementarse en la utilización de la figura, como el mantenimiento de procesados o sentenciados que colaboren en la investigación y procesamiento de otros integrantes del grupo criminal, el cómputo de cumplimiento máximo de la medida, así como las exigencias para su establecimiento, lo cierto es que la figura se erige como una medida coercitiva que afecta la libertad personal, presupuesta de todos los demás derechos, y que al mismo tiempo se relaciona con el principio de presunción de inocencia que opera como “regla de tratamiento en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo”¹³³.

Es cierto que la medida se considera excepcional, subordinada a las necesidades del procedimiento y sólo tolerable en caso de delito grave, únicamente prorrogable para dar respuesta a auténticas necesidades cautelares (impedir la fuga del imputado y evitar que dificulte la investigación criminal) o extrapocesales (imposibilitar la reiteración delictiva). Sin embargo, la duplicidad de fines ocasiona un conflicto entre los derechos que el imputado tiene como persona presuntamente inocente y la demanda social de seguridad ante determinados hechos delictivos¹³⁴.

En una sociedad democrática, la privación de libertad de una persona aún inocente, por no haberse dictado sentencia condenatoria, es una situación realmente excepcional que sólo puede justificarse en tanto en cuanto finalmente responda a la consecución de objetivos de extremo interés o valor para el mantenimiento del Estado de Derecho, por lo

¹³³ STC 128/1995 de 26 de julio.

¹³⁴ Cfr. Voto particular de la Excma. Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Dña. Montserrat de Comas i Argemir, 12 de febrero de 2003.

que las causas que puedan conducir a prisión provisional no sólo deben estar previstas normativamente, sino que deben fundarse siempre en indicios de culpabilidad, en acuerdo motivo por el juez y con posibilidad de ser recurrida a través de un procedimiento que garantice la contradicción y defensa.

Amén de lo anterior, la CoIDH determinó que es insuficiente la previsión y permisión normativa de la medida, pues además se requiere de “un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria”¹³⁵. Al mismo tiempo, determina la Corte, que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito imputado no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva¹³⁶. Aquí, es indispensable señalar las exigencias y fines de la prisión provisional, pues en ellos se asienta la legalidad de la figura. Ello lo señala reiteradamente la doctrina jurisprudencial española: “Más allá, del principio de legalidad, debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivos la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos”¹³⁷.

Dados sus aspectos funcionales, no pongo en tela de juicio la medida respecto algunos delitos, pero sí, particularmente, en delincuencia organizada. Y es que, como menciono en párrafos preliminares, la disciplina no considera la disposición de la acción sino la sospecha como forma de atribución en abstracto, pese a que la medida estima la proporcionalidad subjetiva a través de la verificación de una posibilidad relevante de culpabilidad, cuya ausencia acentúa la constatación de “sospechas razonables” de responsabilidad criminal que operan como *conditio sine qua non* en la adopción y mantenimiento de la drástica medida cautelar. Ello se ha puesto de manifiesto por el

¹³⁵ Caso López Álvarez c. Honduras, 1 de febrero de 2006.

¹³⁶ Cfr. Casos García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, 25 de noviembre de 2005; Acosta Calderón c. Ecuador, 24 de junio de 2005; Tibi c. Ecuador, 07 de septiembre de 2004 y Bayarri c. Argentina, 30 de octubre de 2008.

¹³⁷ STC 128/1995, de 26 de julio.

TEDH en reiterados casos¹³⁸. En este sentido, si la figura sólo puede adoptarse cuando subyace una imputación suficientemente sólida, y siendo que la materia de crimen organizado, desde su aspecto autónomo, carece de estabilidad, entonces se pone de manifiesto un desequilibrio en el Estado democrático y de los Derechos Humanos. De acuerdo a mi experiencia en el área, tanto la prisión provisional como el arraigo han jugado y juegan un papel preponderante, si no de anticipación de pena, sí en la obtención de datos (pruebas) para alcanzar la acusación sin posibilidad para los imputados de una igualdad de armas procesales y, por lo tanto, de un derecho a la defensa adecuada. Lo expresado es terminantemente prohibido en derecho comparado¹³⁹.

Al respecto, resulta necesario hacer un juicio de ponderación a la hora de adoptar la medida cautelar, de manera que las consecuencias que se puedan generar en una persona respondan estrictamente a los fines inmediatos y mediatos de protección de la norma vinculada al crimen organizado. Esta precisión constituye el *prius* lógico para determinar si el legislador incurrió en un exceso manifiesto del rigor normativo, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad¹⁴⁰.

De acuerdo a lo sostenido, se trata de una manifestación singular que merece especial atención en crimen organizado, pues, a pesar de establecer normativamente las exigencias que la medida demanda (temporalidad, provisionalidad, proporcionalidad, instrumentalidad y subsidiariedad), dada la naturaleza que la disciplina impone en tanto ilícito accesorio, la medida cautelar resulta desproporcionada cuando hablamos de personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena¹⁴¹.

¹³⁸ Véase sentencias TEDH en los casos Stögmüller c. Austria, 10 de noviembre de 1969; Letellier c. Francia, 26 de junio de 1991; Kempache, 25 de noviembre de 1991; caso Toth c. Hungría, 12 de diciembre de 1991; caso Clooth, de 12 de diciembre de 1991; caso Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992, entre otros.

¹³⁹ Ver SSTC 128/1995, 40/1987, 41/1982, 66/1997, 98/1997.

¹⁴⁰ Cfr. Voto particular de la Excma. Vocal del CGPJ, Dña. Montserrat Comas d' Argemir, 12 de febrero de 2003.

¹⁴¹ Ver casos López Álvarez c. Honduras, 1 de febrero de 2006; Acosta Calderón c. Ecuador, 24 de junio de 2005; Tibi c. Ecuador, 07 de septiembre de 2004 y Suárez Rosero c. Ecuador, 12 de noviembre de 1997.

2.2.4. Restricción de comunicaciones.

Recurrentemente en la esfera del crimen organizado se utiliza la restricción de comunicaciones. Esta providencia instrumental supone una restricción al secreto de correspondencia, por lo que deben su control judicial es indispensable. Estas disposiciones pueden ser requeridas para el imputado o las personas con las que éste se comunique, ya que su objeto es obtener información que ayude al esclarecimiento de hechos asociados con organizaciones delictivas. La información obtenida puede servir de evidencia (elemento probatorio) en el proceso.

Por otro lado, la medida supone una intromisión en el derecho fundamental del secreto a las comunicaciones, cuyo antecedente no es otro sino la inviolabilidad de la libertad y el secreto de correspondencia configurado durante la Revolución francesa, proclamado en la Asamblea Nacional en 1790 como "*Le secret des lettres est inviolable*"¹⁴²

Hoy en día un gran número de preceptos, internacionales y locales, hacen referencia al citado derecho. Así, los arts. 12 de la Declaración de Derecho Humanos; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el plano internacional. A nivel local, diversas normas protegen y garantizan, mediante sanción penal, cualquier acto que atente contra la libertad e intimidad de las comunicaciones privadas, excepto cuando son aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen de ellas. Dados los derechos humanos que se encuentran en juego se establece un sistema de control donde el juez a solicitud de la autoridad investigadora facultada legalmente, autoriza la intervención de cualquier comunicación privada.

Al respecto, pueden ser objeto de intervención las comunicaciones privadas realizadas de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores. Específicamente, en materia de crimen organizado,

¹⁴² ZARAGOZA TEULER, Vicenta Ángeles, "Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales", Ed. Universidad Federal de Santa Catarina, julio (2007), p. 1. Disponible en <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13340-13341-1-PB.pdf>.

existen requisitos para realizar la intervención, por ello, la autoridad que investiga debe fundar y motivar las causas legales de su solicitud expresando el tipo de injerencia, objeto y necesidad de la providencia, facilitar indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada, fijar los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que pretenda probar, así como la duración de la medida.

Dada la protección a los derechos humanos fundamentales es necesario el cumplimiento de algunas condiciones en la realización de la intervención. Entre los requerimientos se encuentra la existencia de una solicitud que señale a la persona o personas que serán investigadas, identificación del lugar o lugares donde se realizará la intervención, el tipo de comunicación a intervenir, así como el procedimiento y equipos; exigencias que surgen debido al reflejo que tiene la intimidad en el plano de la confidencialidad.

Ya la CoIDH ha señalado que el art. 11 CADH prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, sea en los ámbitos familiar, domicilio o comunicación. La Corte sostiene que la esfera de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune de invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública¹⁴³. Pese a ello, la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido siempre que las injerencias se ajusten a los principios de idoneidad, necesidad, exclusividad jurisdiccional y probatoria, proporcionalidad, temporalidad, excepcionalidad, suficiencia (respecto a la motivación en la correspondiente resolución judicial), control judicial (tanto en su ordenación como desarrollo y cese) e identidad que evitan el trastorno injusto en la intervención. En este entendido, si la intervención no se ajusta a los marcos citados, entonces no pueden admitirse bajo la presunción de legitimidad.

Frente a ello, el criterio jurisprudencial español acuerda que en la determinación del binomio persona investigada-delito es necesario contar "no sólo circunstancias meramente anímicas [como la consideración autónoma del crimen organizado], sino que se precisa para que puedan entenderse fundadas que se encuentren apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en primer lugar, deben ser accesibles a

¹⁴³ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango C. Colombia, 1 de julio de 2006.

terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y, en segundo lugar, han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona”¹⁴⁴. A esto se refiere el reiterado criterio del TEDH cuando en diversas resoluciones exige la concurrencia de "buenas razones o fuertes presunciones" de que las infracciones están a punto de cometerse¹⁴⁵.

Siendo ello así, como lo cita el TC español, “no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración”¹⁴⁶. De otro modo se anulan derechos humanos como la intimidad/privacidad y el secreto de las comunicaciones, así como sus garantías constitucionalmente establecidas. Lo anterior debe ser valorado en figuras como el crimen organizado donde la anticipación penal por sí sola ya resulta forzada en el campo de la persona humana.

2.2.5. Reserva del nombre y datos del acusador.

El tópico delincuencia organizada advierte disposiciones como la reserva del nombre y datos del acusador que, si bien no son novedosas, sí constituyen un parteaguas dentro del régimen de excepciones que regula la disciplina.

Específicamente en México, el apartado B-III del art. 20 Constitucional, alude a los derechos del imputado y a la facultad potestativa del juez para mantener en reserva el nombre y datos del acusador tratándose del delito de delincuencia organizada. Parece que la disposición entra en conflicto con las fracciones V (principio de publicidad) y VI (defensa adecuada) del mismo precepto, así como de los apartados V (igualdad de armas procesales) y VI (principio de contradicción) del art. 20.A, pues la aceptación de salvedades altera el equilibrio existente entre los principios que privilegian la igualdad

¹⁴⁴ STC 165/2005 de 20 de junio, FJ 4.

¹⁴⁵ Ver casos TEDH Klass y otros c. Alemania, 6 de septiembre de 1978 y Lüdi c. Suiza, 5 de junio de 1992.

¹⁴⁶ SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11.

procesal, sobre todo si normativamente se contempla la prohibición al juez de tratar asuntos sin la presencia de alguna de las partes.

Si bien, la reserva del acusador se establece por razones de seguridad a efecto de proteger víctimas, testigos y menores que rinden testimonio en contra de algún miembro del grupo criminal, por lo tanto, el riesgo a su integridad debe ser evidenciado por el juez, probando y motivando la existencia suficiente del peligro que justifique la medida; de no demostrarse, el derecho de defensa del imputado puede verse afectado al no facilitarle la información necesaria para su preparación. Y es que interrogar o hacer interrogar a los testigos así como obtener su citación y declaración es un derecho consagrado en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, pues se trata de una exigencia del principio de contradicción para contestar imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. De esta manera, sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación. Así, por ejemplo, el interrogatorio al testigo-acusador es una manifestación del derecho a la defensa. Esto se deduce del art. 8º CADH que contiene como garantías judiciales mínimas el derecho de la defensa de interrogar testigos presentes en el tribunal y de obtener su comparecencia, así como de otras personas que puedan aportar elementos/datos sobre los hechos, como es el caso del acusador; y del art. 14, apartados 1 y 3. En el primer caso se limita la excepción de ausencia (total o parcial) en el juicio a la prensa y público por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional; cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes; o bien, cuando el tribunal lo estime necesario por circunstancias especiales, siempre que la publicidad pueda perjudicar los intereses de la justicia. En el segundo supuesto, la disposición de los medios adecuados para la preparación de la defensa y el interrogatorio a testigos continúan siendo expresiones de la protección a la defensa adecuada.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial en México ha determinado que se vulneran las leyes del procedimiento y se priva de defensa al imputado cuando no se le hace saber el motivo de la acusación y el nombre del acusador, pues ello impide conocer con exactitud el hecho punible atribuido así como responder el cargo, privándolo del derecho de defensa¹⁴⁷.

¹⁴⁷ SCJN, tesis aislada, 5ª época, SJF, T. LV, p. 1932,

Otra situación que puede presentarse derivado del desconocimiento de los datos del acusador es la imposibilidad de atribución en caso de situarse en la comisión de delitos como el falso testimonio¹⁴⁸. En estos supuestos la defensa no tiene oportunidad de cuestionar la existencia de hechos que hagan poco creíble el testimonio o no puede realizar en juicio un conainterrogatorio, ambos temas constituyen instrumentos que hacen posible el derecho de defensa.

En la práctica, el uso de figuras como la información anónima (denuncia sin rostro) ampliamente aceptada en materia de delincuencia organizada, ha sido y es objeto de las más graves violaciones a los Derechos Humanos, pues se inicia una investigación criminal formal en contra de personas sin evidencia; consecuentemente, se utiliza cualquier medio excepcional a disposición como la intervención de comunicaciones y arraigo para corroborar la denuncia, que no en pocas ocasiones es elaborada por el propio órgano investigador, vulnerando el principio de imparcialidad. Ciertamente, casi en cualquier parte del mundo, los tribunales estiman que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas restrictivas de derechos, pero siempre que se funden en un juicio de razonabilidad que considere algo más que la simple declaración (anónima) de atribución, de otra forma no existe diferencia entre el carácter de imputado e inocente, pese a que corroborar la veracidad de una denuncia y confirmar la participación delictiva son cuestiones distintas; no obstante, en la *praxis* no solo se desarrollan diligencias periféricas a la persona sino restrictivas de su libertad, factor que determina su centro de actuación.

Siendo ello así, las medidas aplicadas en este estadio deben ser sujetas a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, visto el primero como método interpretativo para determinar su legitimidad, el cual se vale de los principios de adecuación y necesidad. De esta manera, para que opere la reserva de identidad debe, en principio, determinarse que las condiciones de riesgo sean tales que obliguen al Estado a proporcionar medidas de protección que afecten parcialmente derechos humanos y fundamentales del imputado/denunciado, así la valoración del riesgo debe darse en un contexto de antecedentes concretos que hagan temer atentados contra bienes jurídicos relevantes

¹⁴⁸ MONTES, Paula, “Debate genera la declaración de los denominados ‘testigos sin rostro’”, *La Semana Jurídica*, n° 127 (2003), p. 9.

como la vida e integridad o seguridad de la persona; y, en segundo lugar, se debe ponderar la inexistencia o ineficacia de otras disposiciones. Esto hará necesaria la providencia de ocultación de identidad como único medio capaz de asegurar la protección de los derechos de la víctima.

A pesar que el legislador entiende a la identidad reservada como un precepto que no implica necesariamente una vulneración al derecho de defensa, por cuanto establece normativamente la posibilidad de utilizar la figura en materia de delincuencia organizada dada su especial gravedad; luego, en el entendido que la disciplina se aprecia como grave, consiguientemente la pena impuesta es mayor en comparación con otros delitos. Al respecto, estimo que mientras más rigurosa sea la condena, mayor debe ser la exigencia de protección a los derechos humanos y sus garantías, pues sólo así se evita el abuso de diligencias ocultas que han llevado al incremento significativo de violaciones graves a los Derechos Humanos.

2.2.6 Protección de testigos. Importancia de la identidad.

Una de las herramientas desarrolladas en el marco internacional para la persecución penal del crimen organizado es la protección de testigos. Aquí se reserva la identidad de la persona que proporciona información o estar en posibilidad de hacerlo, durante la investigación o proceso y que es llamada por la autoridad, siempre que se encuentre necesitada de una efectiva protección estatal para someterla a un régimen especial de protección que oculta su personalidad al acusado (y al público) dados los riesgos de prescindir del testimonio por amenazas de represalia o intimidación sobre el propio testigo, sus bienes o terceros relacionados con éste. El concepto proporcionado describe la función pero no la condición jurídica ni la forma del testimonio, de manera que los testigos protegidos pueden ser cualquier clase de colaboradores de la justicia: testigos-víctimas, de hechos, de acreditación, perito, de referencia o relativo a la credibilidad de otro, etc.

A lo anterior se refiere la Convención de Palermo en su art. 24.1 como una medida apropiada para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a personas que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en el propio instrumento. Asimismo, amplía la salvaguardia

a sus familiares y demás personas cercanas. Pese a lo establecido por la CNUDOT y otros tratados internacionales, como las Guías de Santiago sobre la protección de Víctimas y Testigos, quienes consideran a la figura como indispensable en el tratamiento de la materia, refieren la ausencia de perjuicio en los derechos del acusado, incluidas las garantías procesales.

Y es que la reserva de la identidad del testigo puede surtir efectos en los derechos del imputado, principalmente en aquellos asociados a su protección. La doctrina, en voz de MUÑOZ CONDE, puntualiza que "la consideración de los intereses de la víctima es hoy un efecto beneficioso de las corrientes victimológicas y una exigencia ineludible del respeto a sus derechos. [...] ello no debe redundar en una lesión o restricción de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal..."¹⁴⁹. En el mismo sentido el precepto 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece como exigencia mínima el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. En los mismos términos este mandato, es reconocido en el art. 14.3 e) PIDCP.

Los criterios citados son puntualizados por los tribunales de Derechos Humanos. La Corte Interamericana, por ejemplo, señala que entre las garantías reconocidas a los acusados se encuentra examinar a los testigos en su contra y a su favor bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. Siendo ello así, la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de defensa al impedir la realización de preguntas relacionadas con la posible enemistad, perjuicio y confiabilidad del declarante, así como otras cuestiones que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada¹⁵⁰.

Por su parte, el TEDH ha entendido "que la existencia de un juicio justo supone que el acusado ha ejercitado su derecho al contrainterrogatorio y eso supone el conocimiento de la identidad de la persona que declara en su contra"¹⁵¹. Diversos son los casos que exponen la violación del apartado 3 del CEDH, en razón de que los tribunales locales fundamentan su condena en declaraciones de testigos anónimos, a quienes no se les puede interrogar ni contradecir por su falta de comparecencia en juicio oral.

¹⁴⁹ HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 217.

¹⁵⁰ SCoIDH caso Norín Catrimán y otros c. Chile, 29 de mayo de 2014.

¹⁵¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana, "Los testigos anónimos...", op.cit., , p. 37.

Así, por ejemplo, en el caso *Kostovski contra Holanda*¹⁵² el TEDH entendió que, pese a al incremento de la delincuencia organizada, el gobierno holandés no dio importancia al procedimiento judicial justo, por tomar como pruebas suficientes las declaraciones anónimas en la justificación concluyente de la condena, lo cual limitó el derecho de defensa. En este sentido, en opinión del Tribunal, "la incomparecencia de los testigos en el plenario no solo imposibilitó que el acusado tuviera la oportunidad de oponerse en interrogar a los testigos que habían declarado anteriormente en su contra, sino que además impidió a los jueces competentes para sentenciar, observar su comportamiento durante el interrogatorio y, por tanto, formar su convicción sobre la credibilidad que merecían, por lo que consideraron que el procedimiento seguido ante las autoridades judiciales no compensaron a la defensa los obstáculos con que se encontró"¹⁵³.

Por cuanto hace la reserva de la identidad, el Tribunal estimó que "si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda"¹⁵⁴.

Las consideraciones esgrimidas sobre el juicio justo y derecho de defensa han sido utilizadas, de igual manera, por el Tribunal en diversas sentencias. Destacan los casos *Windisch contra Austria*¹⁵⁵ y *Taal contra Estonia*¹⁵⁶ donde se enfatiza la ausencia de interrogatorio tanto ante el Juez de instrucción como del sentenciador, pese a la insistencia de la defensa en la práctica de la diligencia para formarse una impresión de los testigos ya que las declaraciones anónimas fueron el eje rector y fundamento de su culpabilidad. En los casos *Lüdi contra Suiza*¹⁵⁷ y *Van Mechelent contra Holanda*¹⁵⁸, en similares argumentos, el TEDH determinó violación a un proceso justo por la falta de interrogatorio del testigo anónimo (agente policial), evidenciando el derecho del acusado a confrontarlo

¹⁵² Cfr. STEDH 1989\21, 20 de noviembre.

¹⁵³ DEL CARPIO DELGADO, Juana, "Los testigos anónimos...", op. cit.. p. 38.

¹⁵⁴ Cfr. STEDH 1989\21, 20 de noviembre.

¹⁵⁵ Cfr. STEDH 1990\21, de 27 de septiembre.

¹⁵⁶ Cfr. STEDH JUR 2006\62594, 22 de noviembre.

¹⁵⁷ Cfr. STEDH 1992\51, de 15 de junio.

¹⁵⁸ Cfr. STEDH 1997\25, de 23 de abril.

dado el abandono en la comparación de las declaraciones del testigo con las alegaciones del acusado. En este sentido, se decretó que la defensa sufrió tales limitaciones que los acusados no se favorecieron de un proceso justo. En el caso *Birutis y otros contra Lituania*¹⁵⁹, su importancia radica en que, si bien, la condena no se fundó únicamente en los testimonios anónimos, sí se expuso que en ellos se encontraban las razones que motivaron la sentencia.

No es casual que los razonamientos anteriores fueran retomados por la Corte Penal Internacional (CPI), ya que su fundamento se encuentra en el art. 21.3 del Estatuto de Roma (ER) que determina la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Además, particulariza en el precepto 64.2 el derecho al juicio justo, con pleno respeto de los derechos del acusado, aun teniendo en cuenta la protección víctimas y testigos, situación reiterada por el art. 68.1. Los criterios se pormenorizan en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, particularmente en el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), en la condena de *Dusko Tadic* por violaciones graves del derecho internacional humanitario. Esta decisión, especialmente contribuyó a dar nuevas respuestas, entre ellas a la noción de persona protegida. En el caso de referencia, el TPIY a solicitud del Fiscal autorizó una serie de medidas para la protección de víctimas y testigos, entre las que destacaba la reserva de identidad para el público, el acusado y su defensa. Ello suponía "la no divulgación de la identidad, dirección, imagen, voz y cualquier otro dato que pudiera identificar a la víctima y testigo"¹⁶⁰. Esto admitía un tratamiento más amplio sobre la prohibición de divulgación del testigo que imposibilitaba el conocimiento sobre su personalidad así como la confrontación visual con el acusado durante todo el proceso, y aun finalizado éste, siempre que fuera necesario.

Pese a lo anterior, la Sala consideró de importancia revelar la identidad de los testigos para que el acusado y su defensa tuvieran oportunidad de probar que las declaraciones eran parciales, hostiles o carentes de fundamento, justamente como lo había señalado con anterioridad el TEDH en el caso *Kostovski*. En principio razonó que toda prueba se debe practicar en presencia del acusado, en audiencia pública y con el objeto del

¹⁵⁹ Cfr. STEDH JUR 2002\120660, de 28 de marzo.

¹⁶⁰ DEL CARPIO DELGADO, Juana, "Los testigos anónimos...", op. cit., p. 41.

contrainterrogar, ello da lugar al equilibrio entre el derecho del acusado y el interés del anonimato, esto es, a un juicio justo¹⁶¹.

Derivado de lo señalado en el numeral 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) y después de lo resuelto por el TEDH en contra de la figura del testigo protegido, el TPIY imposibilitó el anonimato de testigos cuya identidad fuese de importancia para el acusado, pues ello no solo afectaría negativamente la apariencia de la justicia, sino que es probable entorpecer realmente el hacer de la justicia. Siendo ello así, el tribunal determinó que "La filosofía que imbuye al Estatuto y a las Reglas de Procedimiento y Prueba parece clara: las víctimas y los testigos merecen la protección, aun del acusado, durante los actos preliminares y continuando hasta un tiempo razonable antes del comienzo del juicio en sí mismo; de ese tiempo en adelante, sin embargo, el derecho del acusado a un juicio justo debe tener primacía y requerir que el velo del anonimato sea levantado en su favor, aunque el velo debe continuar obstruyendo la vista del público y de los medios"¹⁶².

Bajo este escenario, es claro que las pautas determinadas por los tribunales sitúan como primordial los derechos del acusado y la necesidad protección de a testigos pasa a un segundo plano. Es ineludible conocer los detalles adicionales de testigos, dado que el término identidad es mucho más extenso que un nombre, pues como lo manifiesta el propio tribunal *ad hoc*, ello no es suficiente para identificar a las personas en cumplimiento al derecho del acusado a una preparación adecuada de su defensa que, además, no se limita al juicio oral, sino que incluye todas las fases del proceso que afecta a la determinación de los cargos.

El contorno normativo local no escapa a los discernimientos de los tribunales de Derechos Humanos. La doctrina jurisprudencial española, por ejemplo, refiere que el principio acusatorio impone la necesidad "no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal"¹⁶³. Con ello, se da respuesta a que las sentencias dictadas no se funden en hechos y preceptos frente a los cuales el condenado no hubiera

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁶² DEL CARPIO DELGADO, Juana, "Los testigos anónimos...", op. cit., p. 43, quien refiere a The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case No. IT-95-14-PT, Decision on the Application of the Prosecutor dated 17 October 1996, requesting protective measures for victims and witnesses, 5 November 1996, párr. 24.

¹⁶³ STC 75/2013 de 10 de mayo.

podido ejercer su defensa contradictoria, pues “de la relación existente [...] entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica”¹⁶⁴. Visto de otra forma, el alcance de la protección otorgada al testigo puede imposibilitar el ejercicio de defensa al impedir “evaluar la fiabilidad de su testimonio, al desconocer si pudieran concurrir relaciones personales, u otras circunstancias, que revelaran la posible existencia de animadversión o enemistad hacia ellos, o si, en definitiva, existieran razones para dudar de la veracidad de lo declarado”¹⁶⁵.

En consecuencia, es dable profundizar en los requisitos necesarios que difuminan la protección de testigos con el derecho a un proceso con todas las garantías del acusado; para ello, es necesario que la atención se puntualice en la legitimidad y límites de la identidad reservada. En este contexto, la CoIDH parte de considerar que, si bien, el derecho a un proceso con todas las garantías exige como regla general que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e intermediación, existe la necesidad de ponderar el mencionado derecho fundamental (proceso con todas las garantías) con otros intereses dignos de protección que permitan armonizar los términos de la regla e introducir determinados supuestos de excepción cuando se encuentren debidamente justificados en atención a fines legítimos y siempre que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Idéntica orientación determina la jurisprudencia española al citar que “dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ STC 174/2011 de 7 de noviembre.

Para garantizar un juicio justo y el uso del testigo anónimo, el TPIY, en el caso Tadic, elaboró cinco criterios: (1) La existencia de un miedo/temor verdadero. No se trata de una apreciación subjetiva, sino que debe concurrir una base objetiva, como la naturaleza horrenda y el carácter despiadado de los crímenes alegados; (2) El testimonio de la persona debe ser suficientemente relevante e importante que sin él se obstaculizaría la posibilidad para proceder contra el acusado; (3) La ausencia de pruebas que acrediten que el testigo no es digno de confianza y de argumentos que hagan suponer que no es imparcial; (4) La ineficacia o inexistencia de un programa de protección de víctimas y testigos en el Estado donde radica la persona; (5) La medida debe ser estrictamente necesaria. En otras palabras, no toda persona que participa o presencia un acontecimiento delictivo, y que está en posibilidad de proporcionar información, es merecedor de la protección estatal; para ello hay que valorar el tipo de riesgo, vulnerabilidad y relación testigo-agresor, tipo de delito, relevancia del testimonio y necesidad de la medida protectora.

Este contexto muestra que la regla de prohibición sobre el uso de la identidad anónima no es absoluta, ya que en algunos supuestos, si bien excepcionales, se admite el testimonio anónimo, siempre y cuando se cumplan las pautas mencionadas, además de otras elaboradas en sucesivas sentencias como, por ejemplo, que el procedimiento ofrezca suficientes mecanismos para compensar a la defensa el desconocimiento de la identidad del testigo o que el acusado no sea condenado solamente en base al testimonio anónimo.

El eco de las normas internacionales de Derechos Humanos (art. 8.2, f. CADH) que consagran la garantía mínima del derecho de la defensa de interrogar testigos presentes en el tribunal, así como de obtener la comparecencia de cualquier persona o personas que puedan aportar datos sobre los hechos, se ha logrado escuchar, incluso, por los tribunales *ad hoc*, quienes han erigido patrones en la materialización de los principios de contradicción e igualdad procesal y que, hoy en día, se han solidificado en las doctrinas jurisprudenciales internacionales y locales.

Pese a que los criterios para el uso de la identidad anónima fueron elaborados en un contexto de incremento del crimen violento y organizado, el argumento de los tribunales fue contundente: salvaguardar el derecho a un juicio justo del acusado, de tal suerte que,

haciendo una interpretación conjunta de las normas extraestatales, los derechos del acusado prevalecen sobre la salvaguardia de los testigos, pues tienen el carácter de fundamentales.

Lo anterior, no ha terminado de madurar en Latinoamérica donde hablar de testigo protegido es hacer referencia necesaria al régimen de protección establecido en la Ley Modelo sobre Protección de Testigos para América Latina, configurada como un programa de carácter confidencial establecido oficialmente para salvaguardar la integridad física y vida de los testigos seriamente amenazados por grupos delictivos organizados a causa de su cooperación con las autoridades investigadoras. De esta suerte, existe testigo protegido únicamente si la persona se integra al sistema establecido para su amparo y aseguramiento de la información, sin importar la calidad del testimonio, criterio que difiere con los construidos por los tribunales internacionales cuyos parámetros demandan la importancia de la deposición.

En México, las disposiciones asociadas al crimen organizado establecen la garantía genérica de protección a víctimas, testigos y demás sujetos vinculados a un proceso (art. 34 LFDO); ello no implica que la reserva de identidad, sus procedimientos, principios rectores y programas de protección se encuentren regulados, ni tratados con la seriedad que el tema exige. A simple vista se da cuenta de que la LFDO vive desajustada a los estándares internacionales impuestos por los instrumentos de los que México es parte.

2.2.7 Valor probatorio de las actuaciones en sede de investigación.

Otra situación es el sentido excepcional que algunas legislaciones locales dan al valor probatorio de las actuaciones realizadas en sede de investigación. Se dice que tratándose de crimen organizado pueden tener valor probatorio las actuaciones que no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas¹⁶⁷. A ello se le califica de excepcional porque las actuaciones realizadas durante la investigación criminal tienen carácter genérico de denuncia, piénsese, por ejemplo, en la testimonial de los agentes firmantes del parte/atestado policial, que en caso de proveerle valor probatorio puede constituir una confesión extrajudicial. Frente a esta clase de situaciones, la doctrina

¹⁶⁷ Ver art. 20, apartado B, fracción V de la CPEUM

supone que las actuaciones policiales y/o ministeriales por sí mismas pueden constituir objetos y no medios de prueba¹⁶⁸.

Al respecto, resulta trascendental la distinción entre actos de investigación y prueba, pues en la práctica frecuentemente se mezclan; por ejemplo, en algunos países latinoamericanos existen casos donde el atestado policial aun es utilizado –mínimamente– como indicio en la solicitud de medidas cautelares como el arraigo, e incluso han servido de base para la condena en delincuencia organizada. Por ello, es menester considerar a los primeros como medios de averiguación del hecho punible y participación del acusado que, a lo sumo, alcanzan un cierto estándar que origina determinados efectos personales y patrimoniales de carácter asegurador o cautelar contra una determinada persona; en cambio, los segundos, trata de la prueba propiamente dicha (ofrecida en etapa intermedia y practicada en juicio), que requiere el cumplimiento del principio de contradicción y la intervención judicial, como he sostenido con antelación. Otra característica que los diferencia es su estructura, de suerte que los actos de prueba presuponen la realización de las afirmaciones de hechos que constituyen su objeto, en tanto que los de investigación se realizan con anterioridad a la formulación de tales afirmaciones, pues su finalidad es aportar elementos necesarios para posibilitar la realización de las mismas.

Siendo ello así, los actos de investigación enmarcados en el seno de la instrucción cumplen una finalidad de preparación del juicio; en tanto los de prueba se realizan en el juicio y su finalidad es lograr la convicción judicial, así como servir de fundamento a la sentencia. En otros términos, el acto de investigación tiene por misión introducir los hechos en el procedimiento y contribuir a formar en el juez el juicio de probabilidad suficiente para disponer la imputación y adoptar oportunamente medidas cautelares. Pese a ello, al momento del dictado de la sentencia es indispensable que el juez cuente con pleno convencimiento de la responsabilidad basado en actos de prueba.

Bajo este escenario, la investigación se encuentra vinculada a la realización de diligencias sobre la denuncia para buscar datos que lleven al esclarecimiento del delito y la identidad de quien lo realizó, esto es, la ejecución de actos pertinentes que sirvan para sustentar la acusación. En un segundo momento, para que el imputado pueda ser condenado o

¹⁶⁸ SALAH PALACIOS, Emilio, *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Ed. Cultiva Libros, Madrid, 2015, p. 321.

absuelto se requiere la producción de prueba en sentido estricto, pues los antecedentes de la investigación y los elementos de convicción desahogados en la audiencia de vinculación a proceso carecen de valor probatorio, por ejemplo, el informe policial y el reconocimiento fotográfico o de voz realizado para identificar al sospechoso. En este último supuesto, a manera de muestra, la jurisprudencia en materia comparada determina que el reconocimiento fotográfico realizado ante la policía no constituye prueba apta para destruir la presunción de inocencia, sino que se trata de la apertura de una vía de averiguación. Al respecto, el TS español afirma que la legalidad de la identificación del delincuente mediante la exhibición de fotografías al testigo, no tiene otro significado que el de desplegar una línea de investigación policial, pues constituye una técnica elemental de imprescindible empleo en todos los casos donde se desconoce la identidad del autor del hecho punible¹⁶⁹. La alteración de esta lógica puede conducir a una forma de actuación inquisitiva.

En el mismo sentido lo entiende la SCJN mexicana, quien se pronunció sobre la ausencia general del valor probatorio de las actuaciones de indagación practicadas con el objeto de decretar medidas cautelares, así como las desahogadas en la audiencia de vinculación a proceso, pues los antecedentes de la investigación y los elementos de convicción ofrecidos en dicha audiencia carecen de valor probatorio para el dictado de la sentencia¹⁷⁰.

Pese a lo anterior, la excepción en el anticipo de prueba, que tiene su justificación en la regla de urgencia, se limita a casos de investigación cuando existen razones especiales de premura y necesidad para llevar actuaciones, sea porque no pueden ser reproducidas en juicio o existe riesgo para testigos y/o víctimas; además de ello, deben reflejar de manera fiel determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa para ser asegurados de manera urgente en el momento de la intervención policial o ministerial, en caso contrario, la evidencia corre el riesgo de perderse y, en consecuencia, el delito no sea probado quedando impune el autor. De aquí se desprende que sólo de forma excepcional se realizan actos de prueba en sede de investigación, pero siempre garantizando la contradicción en el juicio.

¹⁶⁹ Ver STS 428/2013 de 29 de mayo.

¹⁷⁰ TCC, tesis XVII.1o.P.A.66 P., SJF, T. XXXII, octubre de 2010, p. 2890.

En el marco de la delincuencia organizada, la valoración de la prueba en fase de investigación se constriñe a la misma excepción descrita, pues, en realidad se trata de una regla general que obliga al juez a evitar la apreciación de actos de investigación y valorar auténticas pruebas que deben ser controvertidas en juicio, ya que la presencia del MP Ministerio Público no sustituye aquella garantía.

Desde mi experiencia práctica, puedo advertir que la efectiva excepción es el considerable valor que los tribunales otorgan a los actos practicados en sede de investigación para imputar y, consecuentemente, sentenciar; aspectos generalmente afines al reconocimiento del acusado (pericias de registro de voz, fotográfico, dactiloscopia, el propio atestado policial, etc.) y/o su participación en las manifestaciones de la organización, renunciando –en sentido estricto- a generar prueba relacionada con la formación del grupo delictivo. Por ello, no es casual que al día de hoy ninguna sentencia (mexicana) en la materia pervive sin la necesaria mención de los delitos asociados al crimen organizado, pese a que este último guarda autonomía respecto a sus expresiones.

De lo anterior, se deriva otra peculiaridad relacionada con la valoración probatoria en la materia, sobre todo cuando de la sentencia judicial como medio de prueba se habla. Ciertamente las resoluciones judiciales tienen por acreditada la existencia de un determinado delito, por lo que pueden, de conformidad con el principio de extensión *ultra partes*, evitar la repetición de múltiples actos por entenderse innecesarios, y en ese tenor, formar prueba plena. Sin embargo, en el caso de delincuencia organizada el tema no es tan nítido pues, dada su configuración penal autónoma, únicamente la sentencia precedente puede aprovecharse para acreditar la aportación que el acusado tiene respecto a las manifestaciones propias de la organización, pero en ningún caso sirve para certificar el sentido de pertenencia a la misma, debido a que el elemento que sustentaba la estabilidad del vínculo entre integrantes del grupo delictivo (pertenencia) fue excluido del tipo penal. De esta suerte, el legislador y la SCJN no logran separar los actos propios del ente colectivo y de las personas físicas, de manera que la acción y culpabilidad del primero acaban siendo derivadas de la acción y culpabilidad de los segundos; y es que de manera categórica la LFDO determina que la sentencia es “prueba plena con respecto a la existencia de la organización en cualquier otro procedimiento, por lo que únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para

poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada”¹⁷¹. Al respecto, para una mejor explicación, me remito a lo expuesto inicialmente: configurar el tipo penal bajo el modelo de los delitos por acumulación que, en mi opinión, genera el mayor inconveniente del reproche penal en la disciplina.

2.2.8 Medidas de vigilancia y operaciones encubiertas.

La ofensiva sistemática a la delincuencia organizada introduce diversos medios de investigación criminal que comportan excepciones de reacción delictiva. Éstas son justificadas al amparo del principio de precaución que, en aras de la prevención, adelanta la protección durante e incluso antes de la investigación, como bien se aprecia en el panorama mexicano con la averiguación anticipada. Bajo este escenario se legitima el uso herramientas extraordinarias como la intervención de comunicaciones privadas, vigilancia electrónica, levantamiento del secreto bancario, colaboración obligatoria de los operadores financieros, agente encubierto, usuario simulado y entrega vigilada, maximizando la respuesta estatal frente al fenómeno.

Históricamente estos mecanismos de indagación e información han sido aplicados de manera informal y frecuente por las agencias policiales; sin embargo, su legitimación formal comienza a promoverse en 1988, a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (CNUTIESP), que abre camino en los métodos de investigación como la entrega vigilada. Posteriormente, es la Convención de Palermo quien identifica estos procedimientos como *técnicas especiales de investigación* (art. 20.1), dicho dispositivo da paso a las operaciones encubiertas y vigilancia electrónica, “así como a otras medidas necesarias con el fin de mantener un estado de eficiencia contra el crimen organizado”¹⁷², no siempre compatibles en el espacio de los Derechos Humanos.

¹⁷¹ Ver art. 42 LFDO.

¹⁷² Cfr. SHAW, James, “Derecho internacional sobre el uso de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada”, en “Uso de agentes encubiertos y vigilancia electrónica en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción”, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito-OPCION, Lima, (2005), p.23.

**a) Vigilancia electrónica: intervención de comunicaciones.
Condiciones para su legítimo ejercicio.**

La vigilancia electrónica es concebida como el conjunto de técnicas que permiten el uso de todos los medios tecnológicos y/o electrónicos, conocidos o a conocerse, para reunir información y pruebas respecto a la comisión de delitos o su posibilidad, facilitando la responsabilidad penal de sus actores¹⁷³.

En el entorno nacional, lo dicho se refleja en tres supuestos:

1. En la imposición de medidas de vigilancia especial a los internos por delincuencia organizada (art. 45 LFDO).
2. En el área de la reincidencia para aquellos sujetos que cumplan sentencia y puedan ser monitoreados al salir de prisión. Con el propósito de evitar la repetición del ilícito se les puede colocar dispositivos de localización y vigilancia que deberán mantener durante un lapso de cinco años posterior a su liberación (art. 12 LGPSDMS). No obstante ello, la sujeción a los dispositivos de localización y vigilancia se incrementa desde un tercio hasta dos terceras partes la pena impuesta (art. 16 LGPSDMS) cuando el sujeto sea o hubiere sido funcionario estatal de alguna institución relacionada con la seguridad pública, procuración de justicia, centros de reclusión preventiva o penitenciaria. Además de ello, los dispositivos se imponen de manera cautelar tratándose de inculpados en libertad con reservas de ley e indiciados durante el tiempo que subsista la investigación criminal o el proceso. En este sentido, el sujeto que ha cumplido una sentencia por el delito de secuestro, se le coloca un medio de vigilancia electrónica como el brazaletes para ser monitoreado (desde un centro de control) fuera de prisión para evitar su reincidencia.
3. En la intervención de comunicaciones privadas, conceptualizada como el medio legal por el cual la autoridad investigadora, previa autorización de la autoridad judicial, interviene las comunicaciones para obtener información que sirva para

¹⁷³ Ver art. 5 del Proyecto de ley contra el crimen organizado de Paraguay de 2014.

el esclarecimiento de los hechos investigados en materia de delincuencia organizada (arts. 16, párrafo trece CPEUM y 16 LFDO), a efecto de lograr la identificación y ubicación de integrantes de grupos criminales. En este sentido, la principal finalidad de las intervenciones es la adjudicación de revelaciones particulares para fortalecer los indicios que permitan identificar la estructura, formas de operación y ámbitos de actuación de los corporativos delictivos¹⁷⁴.

Lo anterior no queda limitado al campo nacional. Numerosos países admiten la utilidad de la vigilancia electrónica como técnica especial de investigación. El GAFISUD, organismo regional para América Latina, acepta que la mayoría de sus integrantes permiten el uso de estas herramientas, entre las que destacan por su frecuencia, las escuchas telefónicas. La única excepción la presenta Bolivia dada su prohibición constitucional. En sentido similar, el Consejo de Europa consultó a 37 países, de los cuales Chipre y Suecia informaron que sus sistemas jurídicos no permiten la medida por tratarse de una vigilancia no consensuada mediante el uso de micrófonos¹⁷⁵. No es de extrañar que algunos países eviten sistemas que puedan afectar normas fundamentales, pues las Cortes de Derechos Humanos opinan que esta clase de actividades suponen una injerencia en la vida privada de las personas, sobre todo cuando se trata de un crimen transnacional donde los casos de vigilancia extraterritorial son incuestionables.

En un espacio local-individual, las vías de protección a los derechos de privacidad y datos personales se encuentra definidos por la jurisprudencia de los tribunales de Derechos Humanos en el sentido de “quedar exento[s] e inmune[s] a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”¹⁷⁶; declaración aplicable a las conversaciones telefónicas, pese a no encontrarse expresamente previstas en el art. 11 de la CADH, por identificarse como una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del marco de protección del derecho

¹⁷⁴ Ver ZAMORA PIERCE, Jesús, “La reforma constitucional de 1996”, *Anales de jurisprudencia*, Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, (2001), p. 349, quien menciona que a finales de 1995, con motivo de la iniciativa de la LFDO, se propuso la permisión al Ministerio Público de la Federación de intervenir las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas, el acceso a bancos y sistemas informáticos, computacionales o similares, conectados a los sistemas telefónicos o la colocación secreta de medios de escucha en domicilios o videograbaciones en un lugar privado.

¹⁷⁵ Ver, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Subdivisión de Prevención del Terrorismo, “Prevención de los actos terroristas: Estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las naciones unidas relativos a la lucha contra el terrorismo”, (2006), p. 36.

¹⁷⁶ Cfr. Caso Las Masacres de Ituango c. Colombia, 1 de julio de 2006.

a la vida privada¹⁷⁷. Así y todo, este derecho no es absoluto, por lo tanto, puede ser restringido siempre que las injerencias “se prevean en ley, persigan un fin legítimo y cumplan con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”¹⁷⁸. Con ello, se reconoce a toda persona el derecho al respeto de su honra o reputación, atribuyendo a los Estados el deber de brindar protección legal contra tales ataques.

Dentro de la salvaguardia normativa se destacan baremos como la gravedad del delito, el procedimiento de inspección, uso de la información y la vigilancia judicial para evitar una actuación sin control de la autoridad investigadora, que puede colocar a la persona en una situación de inseguridad jurídica dadas sus potestades. Además de lo citado, específicamente en el marco de la delincuencia organizada, una forma de limitar aún más las facultades del investigador –dados los derechos en juego- la solicitud de la medida debe fundarse en datos objetivos (hechos y circunstancias) que hagan presumir la participación de algún integrante del grupo criminal, referir la persona o personas investigadas, lugar donde se realizará la intervención, tipo de comunicación a intervenir¹⁷⁹, duración de la misma, procedimiento y equipos utilizados en la intervención y, en caso de que la ley local lo determine, la identificación de la persona a cuyo cargo estará la prestación del servicio, es decir, quien realizará la intervención.

Un elemento más a destacar es el principio de confidencialidad. Su importancia radica en la obligación de los intervinientes de guardar secreto sobre el contenido de las intervenciones como un elemento más en los derechos de protección a la vida privada. Esto ha sido revelado por las cortes de Derechos Humanos desde el aspecto de la divulgación, como forma de preservar la honra y dignidad de la persona, por ello, las normas locales llegan a establecer sanciones administrativas o penales para aquellos servidores públicos que revelen, divulguen o utilicen indebidamente o en perjuicio de otro información o imágenes obtenidas en el curso de alguna intervención, sea ésta autorizada

¹⁷⁷ Cfr. En este sentido, cfr. TEDH, *cases of Klass and others v. Germany*, judgement of 6 September 1978, para. 29; *Halford v. the United Kingdom*, 27 May 1997, para. 44; *Amann v. Switzerland*, 16 February 2000, para. 44, y *Copland v. the United Kingdom*, 13 March 2007, para. 41.

¹⁷⁸ Sentencia CoIDH, caso *Tristán Donoso c. Panamá*, 27 de enero de 2009.

¹⁷⁹ Los tipos de comunicación que pueden ser objeto de intervención son las que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores. De esta manera, se encuentran contenidas, dentro de la intervención de comunicaciones privadas, las referentes a las escuchas ambientales y video vigilancia, como formas particulares de aquella.

por la autoridad judicial o no.

De esta manera, la intervención supone una intromisión en la vida privada cuando no se cumplen los criterios de proporcionalidad y necesidad, pese a su carácter excepcional los parámetros mencionados deben apreciarse tanto en los razonamientos de solicitud como en la valoración que el juez realice, sobre todo en el principio de necesidad que pondera los intereses en conflicto y evalúa la existencia de alternativas menos gravosas; para ello, se debe atender la presencia de indicios, que no pueden reducirse a meras sospechas. Siendo ello así, “la providencia habrá de verificarse en el marco de una investigación penal en curso”¹⁸⁰ que evita intervenciones en averiguaciones realizadas bajo un contexto pre-delictivo, fundadas en simples conjeturas.

Hasta aquí, cito los estándares internacionales establecidos para realizar la intervención de comunicaciones privadas desde una perspectiva local-individual. Y es que, recientemente, seguridad nacional y programas de vigilancia son el tema de debate internacional por las consecuencias que la vigilancia extraterritorial tiene en la zona de los derechos humanos; en consecuencia, cabe cuestionarse acerca de la transnacionalidad de la medida, característica del crimen organizado, y de las vías de protección del derecho a la vida privada en supuestos de vigilancia masiva, aclarando si los Estados están obligados a adoptar medidas de amparo para sus ciudadanos en contra de la vigilancia extraterritorial realizada por terceros Estados.

Esto ha sido un tema que provoca inquietud en el contexto internacional, así es apreciado por Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (OEA) quienes manifiestan “su preocupación por la existencia de programas y prácticas de seguridad que pueden generar un perjuicio serio a los derechos a la intimidad y a la libertad de pensamiento y expresión”¹⁸¹, exhortando a los países a revisar sus normas internas y modificar sus prácticas con el objeto de asegurar la conciliación con los principios internacionales en materia de derechos humanos.

¹⁸⁰ ZARAGOZA TEULER, Vicenta Ángeles, “Intervención de las comunicaciones...”, op. cit., p. 6.

¹⁸¹ Naciones Unidas, *Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión* (21 de junio de 2013). Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=927&>.

En este sentido, el Parlamento Europeo (PE), en el informe rendido por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE), consideró probada “la existencia de sistemas tecnológicamente muy avanzados, complejos y de amplio alcance diseñados por los servicios de inteligencia de los Estados Unidos y de algunos Estados miembros, para recopilar, almacenar y analizar datos de comunicaciones, incluidos datos de contenido y datos y metadatos de localización de todos los ciudadanos en todo el mundo a una escala sin precedentes y de una manera indiscriminada y no basada en sospechas”¹⁸².

Lo anterior, condujo a solicitar a los miembros de la Convención Europea el ajuste de su derecho interno a los estándares universales ligados a Derechos Humanos en materia de inteligencia. No obstante, los patrones establecidos en los instrumentos internacionales no logran tener alcance en casos como el del *Big Brother Watch* en Reino Unido¹⁸³, que se vincula el uso de nuevas tecnologías para la captura indiscriminada de datos de comunicación e intercambio entre Estados.

Dada la evolución tecnológica que permite nuevas formas de obtener, almacenar e intercambiar datos, las directrices sobre la protección de la intimidad y de los flujos transfronterizos de datos personales (1980) de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y los principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales, desarrollaron principios universales para la protección del derecho a la vida privada, entre ellos destacan: la obtención de información personal por procedimientos legales y justos, limitar el su uso de información al fin original, el tratamiento adecuado, pertinente y no excesivo de la información, garantizar la exactitud, seguridad y destrucción de los datos cuando pierden su valor o no son necesarios.

Lo anteriores parámetros son considerados por el TEDH para interpretar extensivamente el principio de previsibilidad normativa, vinculada al derecho a la vida privada y la protección de la sociedad democrática (art. 8º CEDH), pues en un contexto de interceptación de comunicaciones por servicios de inteligencia, considera que el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos, característico del Estado policial, sólo es tolerable

¹⁸² Ver resolución A7-0139/2014 del Parlamento Europeo.

¹⁸³ Ver demanda *Big Brother Watch* y otros c. el Reino Unido, 9 de enero de 2014.

conforme al Convención como medida estrictamente necesaria y en salvaguarda de las instituciones democráticas, limitando con ello las facultades discrecionales del legislador quien “no puede tomar, en nombre de la lucha contra el espionaje y el terrorismo, cualquier medida que juzguen apropiadas”¹⁸⁴, toda vez que la mera existencia legal que autoriza un sistema de vigilancia secreta (*strategic monitoring*) de las comunicaciones implica una amenaza de control para todos aquellos susceptibles de aplicarles la norma, ello lesiona necesariamente la libertad de comunicación, constituyendo una injerencia en el ejercicio de los Derechos Humanos contemplados en el citado art. 8¹⁸⁵.

En este entendido, el principio de previsibilidad normativa se extiende más allá de la base que el Derecho interno pueda otorgar a la medida de vigilancia, esto es, debe contemplar parámetros mínimos que deben apreciarse en la ley como la naturaleza de las infracciones, personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia, duración de la medida, procedimiento del uso y conservación de datos obtenidos, cautelas de comunicación de datos a otras partes y destrucción de la información¹⁸⁶. En casos concernientes al crimen organizado, pese a su carácter extraterritorial e intercambio de información existente entre estados que deriva de la cooperación judicial, no existe norma en la materia que determine los procedimientos de selección, examen, intercambio, conservación y destrucción de la información obtenida a través de la vigilancia electrónica, utilizada como método de investigación, luego, la existencia enunciativa de la medida no colma las exigencias de la previsibilidad legal, por lo tanto, se trata de interferencias en el espacio de los Derechos Humanos¹⁸⁷; pues, como lo destacan los tribunales, no es suficiente la invocación del fin, además es indispensable la justificación del Estado sobre la medida, bajo los test de necesidad y proporcionalidad¹⁸⁸ que sopesan el interés estatal de protección a la seguridad nacional, con la gravedad de la vulneración al derecho de la persona respecto de su vida privada¹⁸⁹.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Cfr. Caso Weber y Saravia c. Alemania, 29 junio 2006.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Ver Caso Rotaru c. Rumanía. Sentencia de 4 mayo 2000.

¹⁸⁸ Ver Casos Klass y otros c. Alemania, 6 de septiembre de 1978 y Weber y Saravia c. Alemania, 29 junio 2006.

¹⁸⁹ Ver demanda Big Brother Watch y otros c. el Reino Unido, 9 de enero de 2014.

Por cuanto hace a la protección de las personas frente a la intervención de un tercer país, cabe destacar lo asentado por el PE a los Estados miembros de la UE, de cumplir con la obligación positiva “de proteger a sus ciudadanos de la vigilancia contraria a los requisitos establecidos –incluso cuando su objetivo sea salvaguardar la seguridad nacional- llevada a cabo por terceros países (...) y garanticen que el Estado de Derecho no se vea debilitado por la aplicación extraterritorial de la legislación de un tercer país”¹⁹⁰.

Aún con los criterios facilitados por los tribunales de derechos humanos, relacionados con el establecimiento de obligaciones positivas, es difícil vislumbrar el contorno instaurado por los instrumentos internacionales sobre el momento de situar la acción positiva en el logro del justo equilibrio entre interés general e individual. De momento, infiero que el ámbito normativo del crimen organizado se encuentra a mitad de camino, toda vez que los supuestos legales actualmente permanecen incompletos. A pesar del complejo escenario presentado, cualquier sistema de vigilancia adoptado debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos, pues, como señala el TEDH, aun en Estados democráticos existe la capacidad “de vigilar en secreto a los elementos subversivos que operan en su territorio”¹⁹¹.

b) El Secreto bancario: secrecía *versus* colaboración.

He hablado de la intromisión en la privacidad de la persona que la perspectiva transnacional y reciprocidad de información representa en el contexto de los Derechos Humanos. Situación similar puede presentarse en el plano de la intimidad asociada al secreto bancario. Si partimos de la obligación de no revelación o de silencio impuesta a instituciones financieras para evitar proporcionar a terceros datos de sus usuarios derivado de las relaciones jurídicas que los vinculan¹⁹², el secreto bancario queda circunscrito en el derecho a la intimidad.

Lo anterior, es confirmado por el TC español al asegurar que “En relación con la inclusión

¹⁹⁰ SALAMANCA AGUADO, Esther “El respeto a la vida privada y a la protección de datos personales en el contexto de la vigilancia masiva de comunicaciones”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n° 4 (2014), quien refiere el apartado 27 del Informe Moares.

¹⁹¹ Ver caso Klass y otros c. Alemania, 6 de septiembre de 1978.

¹⁹² Cfr. CSCR, Exp. 08-003718-0007-CO, Res. N° 2008-013658, 5 de septiembre de 2008. Disponible en http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ¶m2=5&nValor1=1&nValor2=419511&strTipM=T&lResultado=42&strTem=ReTem.

de los datos con trascendencia económica en el ámbito de intimidad constitucionalmente protegido es doctrina consolidada de este Tribunal la de que los datos económicos, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad. [Tampoco] hay duda de que [l]a información concerniente, [n]o sólo forma parte de dicho ámbito, sino que a través de su investigación o indagación puede penetrarse en la zona más estricta de la vida privada o, lo que es lo mismo, en ‘los aspectos más básicos de la autodeterminación personal’ del individuo”¹⁹³.

Este entorno sitúa la dignidad de la persona como valor ético esencial sobre el que se construyen las disposiciones normativas; por ello, los ordenamientos jurídicos modernos deben otorgar un estatus especial a la persona, instituyendo el respeto a la autodeterminación como valor jurídico supremo, pues de él penden todos los derechos fundamentales, entre ellos la intimidad y la protección de datos, cuya vulneración involucra la infracción de la dignidad. Siendo ello así, el principio de confidencialidad opera como garantía ética e instrumental de aquellos derechos y, en consecuencia, de la dignidad humana. Sin embargo, como todo derecho, la intimidad no es absoluta.

Diversas normas locales contemplan situaciones especiales en las que el deber de confidencialidad no es aplicable, atendiendo la naturaleza de cada caso, por lo que el banco o entidad financiera pueden levantar el secreto bancario en determinadas situaciones de aplicación estricta. De esta suerte, como excepción al régimen, se establece la obligación sobre las instituciones financieras de otorgar noticias o información de operaciones a solicitud de la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio, donde el titular o, en su caso, el fideicomitente, fideicomisario, fiduciario, comitente, comisionista, mandante o mandatario sea parte o acusado. En este supuesto, la autoridad judicial puede formular su petición directamente a la institución de crédito o a través de las Comisiones de regulación financiera.

Ciertamente, al tratarse de circunstancias especiales los requerimientos de solicitud resultan estrictos. En principio, la solicitud de la autoridad investigadora debe estar debidamente fundada y motivada, es decir, debe incluir las razones del pedido y la causa en la que se recibirá la información con datos que identifiquen plenamente al usuario y a

¹⁹³ Ver STC 233/2005 de 26 de septiembre.

la institución financiera; en segundo lugar, debe existir un control judicial; y, en tercer lugar, debe referir directamente la situación contemplada en la excepción (investigación criminal).

Al igual que en la intervención de comunicaciones, la información obtenida de las instituciones financieras debe utilizarse únicamente a efectos de investigación o proceso penal correspondiente, lo que obliga al servidor público a guardar la más estricta confidencialidad; siendo ello así, la revelación indebida de las actuaciones o facilitación de información sujeta al funcionario público a un procedimiento de responsabilidad (administrativa o penal), aun cuando sea separado del servicio.

No queda duda que las normas imponen estrictos filtros al levantamiento del secreto bancario dado los derechos humanos que se encuentran en juego. Sin embargo, la situación se complica cuando la investigación se vuelca al crimen organizado, sobre todo si la materia goza de cierta autonomía normativa basada en la configuración técnica de identificación accesoria que enfrenta la ponderación de deberes antagónicos e indispensables en la reserva citada: colaboración y confidencialidad.

Siguiendo la lógica jurisprudencial de las cortes internacionales de Derechos Humanos, si la información de las personas solo puede otorgarse cuando se cubren los requisitos de legalidad, proporcionalidad y necesidad, el secreto bancario resulta activo en el espacio de la delincuencia organizada, toda vez que la función protectora de la norma en la materia carece de un fundamento sólido, en cuanto al injusto se refiere. Este escenario sitúa la figura en un contexto superfluo y desproporcionado, pues el levantamiento del secreto bancario todavía opera sobre las expresiones del grupo criminal, por ejemplo, el blanqueo de capitales. En consecuencia, es indispensable orientar las excepciones al territorio del delito básico, esto es, a la organización criminal como entidad unitaria delictiva (no a sus manifestaciones), pues se trata de documentar la existencia de vínculos interpersonales que sostengan la atribución penal al grupo criminal y que, generalmente, en la práctica no se prueba, permitiendo una norma abierta a consideraciones donde es reprochable casi cualquier conducta con la sola enunciación de supeditación al grupo sin haberse reconocido su existencia.

En cuanto a la exigencia de previsión legal, dado el incumplimiento del test de

proporcionalidad y necesidad por no vincularse a grupo delictivo como tal sino a sus manifestaciones, el supuesto antedicho nos ubica frente a un incumplimiento sobre las estimaciones del TEDH relacionado con la carencia normativa, donde no es suficiente la invocación del fin, sino que es indispensable la justificación estatal de la medida bajo el análisis necesidad y proporcionalidad¹⁹⁴. En consecuencia, al no colmarse los requerimientos citados es evidente que se crea una situación de afectación directa sobre derechos protegidos por la Convención Americana, como es la intimidad. De manera que una norma puede ciertamente vulnerar derechos en razón de su propia existencia, por la amenaza real que representa para la persona, situación creada por la propia ley.

Al respecto, es necesario hacer un ejercicio de ponderación como criterio para definir si determinada información debe ser revelada o mantenida en secreto, es decir, realizar un balance entre los intereses de retención y divulgación de la información que determine si es mayor el beneficio público o el daño que podría causar su revelación a la persona, para lo cual se debe insistir en las relaciones interpersonales que justifican la constitución del grupo delictivo pues, al día de hoy, aquella acción de ponderación continúa rodeada de criterios utilitaristas. En este sentido, parece que el acusado de formar parte de una organización criminal no merece gozar del estado de inocencia, por el contrario, la vacía sospecha de integración al conglomerado es suficiente para fundar y legitimar la intromisión del Estado en la intimidad del sujeto.

c) Agente infiltrado y usuarios simulados. Requerimientos para el uso de la identidad supuesta.

Es sabido que las figuras relacionadas con el ocultamiento de identidad resultan funcionales en la investigación criminal, también es evidente que las mismas comprometen derechos fundamentales y humanos. En este tenor, dada la posición adquirida por el Estado se crea un desequilibrio entre defensa y acusación.

Lo dicho no es ajeno al agente infiltrado, quien participa de la investigación a través de una identidad supuesta, dentro de la ocultación y un ambiente criminal, cuyo objeto es conseguir información para reprimir y/o prevenir el delito. En la esfera del crimen

¹⁹⁴ Ver Casos Klass y otros c. Alemania, 6 de septiembre de 1978 y Weber y Saravia c. Alemania, 29 junio 2006.

organizado, además tiene por objeto el descubrimiento de los integrantes del grupo, su rol desempeñado, la estructura de la organización, los métodos de funcionamiento, actividades y nexos con otros grupos delictivos, locales o extranjeros.

De acuerdo a los objetivos de la figura, el infiltrado es aquel agente policial que en su carácter de servidor público, y previa autorización judicial adquiere una identidad supuesta, a efecto de ocultar su verdadera identificación para introducirse en el seno de una organización criminal y recabar información (indicios o pruebas) necesaria para proceder a su desarticulación. Para ello, se le permite adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos del delito y a aplazar la incautación de los mismos.

Lo anterior, significa la presencia continua de la persecución estatal en la intimidad del individuo a sus espaldas. En opinión de DELGADO, la existencia del agente encubierto “afecta el derecho a la intimidad de los investigados porque, ocultando su condición de policía, observa y oye lo que ocurre en conversaciones y conductas que tienen lugar en su presencia o en domicilios de personas físicas y jurídicas a los que tienen acceso”¹⁹⁵. Ello importa una intensa afectación del derecho a la intimidad dado que “el agente tiene más amplio acceso a los datos propios de la vida privada de los investigados, muchos de ellos ajenos a la propia misión”¹⁹⁶.

La situación de desconocimiento, entonces, priva a la persona de la libertad y voluntariedad de sus declaraciones o confesiones; situación íntimamente vinculada a la prohibición de autoinculpación, pues el uso del agente encubierto disminuye el derecho del investigado a permanecer en silencio, dejando sin contenido el principio de no autoincriminación que excluye la obligación a declarar contra sí mismo. En opinión de DENCKER, “[e]l derecho del imputado de no tener que aportar información en el procedimiento penal que le inicia la parte contraria (*nemo tenetur se ipsum prodere*) pierde su objeto cuando se trata del empleo de métodos de investigación secretos empleados en su contra. [L]os agentes encubiertos [...] agotan la información sobre el imputado, sin dejarle siquiera la libre decisión acerca de si hubiere deseado hacerle llegar

¹⁹⁵ DELGADO MARTÍN, Joaquín, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Problemas actuales de la Justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 102-103.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 103-104.

esa información a las autoridades encargadas de la investigación o no”¹⁹⁷.

Tal como lo manifiesta el TEDH, el desconocimiento de la identidad real del agente puede conducir a una condena injusta, sobre todo si los informes proporcionados por aquél forman el soporte de la decisión judicial o, al menos, sirven para probar hechos indispensables que conducen al reproche, pues si el agente no declara en juicio y no es interrogado por el acusado o su defensa se niega el derecho de confronta y el rechazo de cualquier duda sobre la credibilidad de las manifestaciones del agente. En este sentido, los derechos de defensa sufren tales limitaciones que el acusado no se beneficia de un proceso justo¹⁹⁸. Los criterios precedentes hacen notar la infracción a la proporcionalidad establecida para las excepciones.

Por otro lado, siguiendo la lógica de los tribunales de Derechos Humanos, la medida debe cumplir también la exigencia de necesidad, apoyada en el principio de indispensabilidad, de cara a la ausencia de cursos alternativos menos restrictivos de los derechos a la intimidad, inviolabilidad del domicilio, comunicaciones privadas, conocimiento de la identidad del acusador, por mencionar algunas. En consecuencia, la necesidad va más allá de los principios de utilidad y pertinencia, que son vistos con normalidad en la esfera del crimen organizado.

Otro contexto presenta el falso agente encubierto, quien se sitúa en el supuesto agente provocador cuando induce la actividad delictiva. Y aunque ambas figuras son perfectamente diferenciadas en teoría, en la práctica resulta difícil establecer una línea divisoria, pues no en pocas ocasiones el hecho delictivo lo promueve la incitación policial del agente infiltrado, generando el dolo delictivo en quien no lo tiene. Así, existe delito provocado cuando éste se realiza en virtud de la inducción engañosa de quien investiga y que deseando la detención del o los sospechosos incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando el nacimiento de una voluntad criminal, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido¹⁹⁹.

¹⁹⁷ DENCKER, Friedrich, “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, (trads. Laura Elbert/Fabrizio Giariglia), *Revista Nueva Doctrina Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, n° 1998/B (1999), p. 486-487.

¹⁹⁸ Cfr. Caso Lüdi c. Suiza, 15 de junio de 1992.

¹⁹⁹ DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad organizada*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 52.

Este escenario obliga a considerar el hecho como atípico dado que el mismo se encuentra dominado por el agente desde el primer momento, además de existir la prohibición sobre la estimulación acciones delictivas por parte de la autoridad investigadora²⁰⁰. A pesar que la lógica jurídica obliga a considerar la ausencia de sanción sobre el sujeto provocado, en estos casos opera el principio de suficiencia sobre la producción de la voluntad criminal del provocado. En otros términos, para la punición del provocado es necesario que la voluntad de cometer el delito exista con anterioridad a la intervención del agente, es decir, que se traduzca en la comisión de acciones integrantes de los elementos típicos antes del comienzo de la intervención policial, especialmente en delitos de mera actividad cuya ejecución se extienda en el tiempo²⁰¹.

En síntesis, más allá de poner de manifiesto casos límite donde resulta difícil el establecimiento de fronteras entre agente encubierto y provocador, destaco el cuidado que la herramienta de investigación debe emplazar frente a los Derechos Humanos. Y es que, como lo manifiesta la reiterada jurisprudencia internacional en la materia, se trata de encontrar el equilibrio entre las excepciones y los derechos inherentes a la persona; armonía que sostiene el principio de igualdad procesal y, por lo tanto, del juicio justo (*fair trial*).

Por otra parte, es difícil considerar al *usuario simulado* en el medio penal, más delicado resulta concebirlo en el espacio del crimen organizado. Pese a ello, específicamente en el escenario mexicano y como consecuencia de una investigación preventiva se crea esta figura, que a través de operativos encubiertos capta anticipadamente la comisión de delitos. En realidad el usuario simulado se encontraba reservado a prácticas administrativas, con el objeto de evaluar, a través de la operación encubierta de servidores públicos, prestadores de servicios y ciudadanos en general, el desempeño de los funcionarios en la realización de trámites, prestación de servicios y ejecución de licitaciones.

Partiendo de la noción administrativa citada, se trata de un agente policial quien encubierto se presenta como paisano, en lugares previamente identificados a solicitar

²⁰⁰ Cfr. MOLINA PÉREZ, Teresa, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n° XLII (2009), p.194.

²⁰¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad organizada*, op. cit., p. 52.

algún trámite o servicio, con el objeto de evitar o, en su caso, advertir ilícitos administrativos o actos delictivos²⁰². En este caso, la autoridad investiga preliminarmente.

De acuerdo con el reglamento mexicano de la policía federal, el usuario simulado es utilizado para recopilar, clasificar y registrar información con el objeto de conformar bases de datos que sean utilizadas en investigaciones de prevención y ofensiva sobre algunas expresiones económicas del crimen organizado como el tráfico de bienes y valores de origen ilícito, falsificación y alteración de moneda y blanqueo de capitales.

La peculiaridad de este modelo es que al tratarse de una figura establecida dentro de una investigación anticipada, esto es, ubicada en estadios previos a la consumación delictiva, muy probablemente el usuario simulado se ve reducido a un agente provocador, sobre todo si se favorece su base normativa (art. 217 RLPF), pues su actuar se da en una escena ausente de delito. En este sentido, el usuario simulado (policía) puede ocultar su identidad bajo la máscara de un coleccionista que soborna a un funcionario para pasar obras de arte provenientes de otros países; en la especie se trata de tráfico de bienes culturales como lo sugiere la legislación citada. Si bien, el argumento contextualiza la figura en un marco de protección anticipada sobre funcionarios con potencial voluntad delictiva, en ese sentido hay que considerar el grado de influencia que el agente posee en el nacimiento de la pretensión criminal o si era preexistente. Tal como lo sostengo en el caso del infiltrado, el Estado tiene la prohibición de inducir ciudadanos a quebrantar la norma, por lo que valorar un elemento probatorio así obtenido vulnera la garantía del juicio equitativo (art. 6 inciso 1 CEDH y art. 8 CADH), estimándose, en principio, un procedimiento injusto. Se trata de exponer la opinión de los tribunales de derechos humanos quienes, en términos generales, exponen que un solo suceso es idóneo para desencadenar la ilegalidad de un procedimiento globalmente considerado.

En compensación, la autorización de la medida incluye parámetros que limitan la excepción como la identificación del lugar o lugares donde se realizará la intervención, duración, nombre del responsable de la operación y persona o personas que ejecutan la medida (usuarios simulados) con sus respectivos nombres hipotéticos. No obstante, algo que realmente convierte en delicada la figura mencionada y que la diferencia en gran

²⁰² Ver art. 217 RLPF.

medida de otras herramientas de ocultamiento de identidad es la falta de control judicial, cuya presencia ha sido determinada por los tribunales de derechos humanos como requisito indispensable en la restricción al uso abusivo de las técnicas de investigación.

A pesar de lo que establece la jurisprudencia internacional, en el plano local, la autorización para el desarrollo de operaciones de inteligencia, en la prevención delictiva a través del usuario simulado, es otorgada por la propia autoridad investigadora (art. 218 RLPF), quien además puede requerir a otras autoridades administrativas para su colaboración. Esto representa un evidente atentado a los principios de proporcionalidad y necesidad, que operan como regla imprescindible en la protección de los derechos inherentes a la persona humana, sobre todo, cuando se trata del perímetro de intimidad. Lo anterior, es extremadamente manifiesto cuando la norma no contempla el destino de su objeto, esto es, el empleo de la información obtenida ni la intervención de la autoridad acusadora en caso de advertirse un delito.

d) Entrega vigilada. Necesidad, proporcionalidad y control judicial.

Diversas son los instrumentos internacionales que conceptualizan la entrega vigilada; sin embargo, dado el tema que me ocupa, refiero el contenido establecido en la Convención de Palermo que entiende la medida como una “técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos”²⁰³.

Lo anterior sugiere a la medida como una forma de operación encubierta que debe sujetarse a los estándares internacionales fijados por los tribunales de Derechos Humanos (necesidad, proporcionalidad y control judicial), en tanto excepción que es. No es reiterativa la mención de estas exigencias universales, pues cada Estado juega en una posición diferenciada frente a la adopción de las excepciones que, en muchos casos, no colman los requerimientos citados. Por ejemplo, en México se carece de aquellos requerimientos, pues conforme al tenor literal del art. 8º fracción VII LPF, la entrega vigilada no regula, cuando menos, a la persona que materialmente debe ejecutar la medida

²⁰³ Ver art. 2º, inciso i) Convención de Palermo.

(investigado o agente encubierto). La jurisprudencia chilena da muestra de ello; y es que el fallo de los tribunales objetó la calidad de la entrega vigilada sobre procedimientos donde la sustancia ilícita no había sido trasladada por el imputado sino por un agente policial, lo que llevo a la corte a determinar que "en la especie no se ha dado la figura de la entrega vigilada contemplada en el art. 29 de la Ley N° 19366, toda vez que el ingreso de la droga al país no se hizo por los acusados, sino por la Policía de Investigaciones, al igual que su traslado dentro del país, en circunstancias que conforme al tenor de dicha disposición tales actuaciones deben ser realizadas por el imputado. En efecto, al señalar tal disposición que tales actos deben ser realizados bajo la vigilancia de la autoridad correspondiente, ello obsta a que sea ésta quien realice los actos propios de la entrega vigilada"²⁰⁴. Pese a ello, el tribunal de apelaciones de la misma ciudad determinó que "el hecho que la droga haya sido transportada por la autoridad pública y no por el sentenciado, no le resta eficacia a la diligencia, en atención a que así se evita el rompimiento de la cadena de custodia y que se está actuando en cumplimiento de las órdenes de la autoridad"²⁰⁵.

Lo anterior, pone de manifiesto que la ausencia de previsibilidad normativa puede llevar al uso de la analogía *in malam partem*, pues en la especie se trata de dos figuras de distinto cuño: la entrega pasiva o vigilada y la activa o controlada. Esta última, generalmente considerada ilícita, dado que la remesa es puesta en circulación por la autoridad investigadora o aquellos que trabajan en su nombre.

El contexto descrito no ha sido obstáculo para que la norma mexicana taxativamente prohíba el control judicial sobre la figura, atribuyendo esa facultad a la propia policía investigadora (art. 6, fracción IX). Al respecto, es dable estimar que la adopción de todas las medidas necesarias de vigilancia sobre las remesas y su ordenación, así como las garantías de la persona durante la investigación, quedan en manos de la propia institución que averigua, de suerte que los criterios de objetividad se ven mermados sobre todo cuando el mecanismo de investigación tiene como función la obtención de pruebas de cargo y no la simple verificación criminal, donde el delito constituye su presupuesto.

²⁰⁴ STOPA N° 0300013601-7, 1° de octubre de 2003.

²⁰⁵ SCAA del 12 de enero de 2004.

Siendo ello así, la circulación y entrega vigilada difiere diametralmente de las actividades policiales de seguimiento ordinario orientadas a constatar las sospechas de un delito y a la detención, en su caso, de los responsables²⁰⁶. Por ello, diversos textos normativos que regulan las entregas vigiladas reconocen como exigencias para su procedencia factores de legitimidad, oportunidad, seguridad y eficacia, respaldando el modelo descrito en la reiterada jurisprudencia de los tribunales de Derechos Humanos. Así, dentro de los requisitos normados se destacan la detección, investigación o información confiable sobre envío o circulación en tránsito de sustancias o bienes ilícitos; la necesidad de la medida o finalidad de inteligencia relativa a la identificación de autores o partícipes del delito y decomiso final de las especies vigiladas; y, el control judicial en atención a la urgencia y utilidad de la medida, en función a las características particulares del caso.

Los escenarios preexistentes demuestran que el avance jurisprudencial y normativo de los Derechos Humanos representan la plataforma de perfeccionamiento sobre los procedimientos de entrega vigilada, así como de cualquier forma de operación encubierta, pues de esa base depende asegurar no solo el equilibrio procesal sino una mayor eficiencia en la detección y control de delitos tocantes al tráfico de drogas, insumos químicos, remesas de dinero de procedencia ilegal, tráfico fauna sometida a protección, por citar algunos ejemplos que actualmente constituyen expresiones frecuentes del crimen organizado.

e) Digresión: Disposiciones representativas de intervención en la norma mexicana.

Continuando con los modelos restrictivos de derechos fundamentales, en el plano local, la legislación constitucional aporta contenido en su art. 18, que en sus dos últimos párrafos refiere casos sobre la prisión preventiva y los sentenciados por delincuencia organizada. La primera de las figuras, inicialmente reservada para el crimen organizado, se ve extendida a delitos graves como el homicidio, violación, secuestro, trata de personas, entre otros²⁰⁷, a pesar del reconocimiento literal que el art. 19 CNPP hace sobre su carácter excepcional. En cuanto a los sentenciados en la materia, se les restringe la

²⁰⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 286.

²⁰⁷ Ver art. 167 CNPP.

compurgación de pena a centros penitenciarios especiales, cuya principal característica es encontrarse apartados de su domicilio, aunado al hecho de la limitar las comunicaciones de acusados y sentenciados con su defensa, así como implementar medidas de vigilancia especial²⁰⁸, aspectos que evidentemente infringen el propósito del precepto constitucional consistente en propiciar la reintegración de la persona a la comunidad como forma de reinserción social. Incuestionablemente ello configura una infracción a los Derechos Humanos pues, según criterios de la CoIDH, aquella incomunicación representa un trato cruel, inhumano y degradante²⁰⁹ que provoca en la persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, situándola en un estado de particular vulnerabilidad que acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las prisiones²¹⁰.

Por otra parte, el art. 16 del mismo ordenamiento legal²¹¹ contiene materialmente el arraigo, consagrándose como una figura que forma parte del marco de restricciones sobre la persona, orientada a su libertad. Desde luego, se otorga un tratamiento diferenciado al limitar su uso en contextos donde las personas actúen en el seno de una organización criminal. Según la exposición de motivos de la LFDO del 19 de marzo de 1996, originalmente recomendaba el uso de retenciones prolongadas (plazos mayores) de la persona considerada –hasta la reforma procesal de 2014- como presunta responsable, con el propósito de asegurar que otros miembros del grupo criminal no mantuvieran alguna

²⁰⁸ El art. 18 CPEUM dice: “...Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad. Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley”.

²⁰⁹ Ver sentencias CoIDH, casos De la Cruz Flores c. Perú, 18 de noviembre de 2004 y Miguel Castro Castro c. Perú, 25 de noviembre de 2006.

²¹⁰ Ver sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de Suárez Rosero, párrafo 90; Castillo Petrucci, párrafo 195; Cantoral Benavides, párrafo 84; Bámaca Velásquez, párrafo 150; Maritza Urrutia, párrafo 87; De la Cruz Flores, párrafo 129; Lori Berenson Mejía, párrafo 104; Miguel Castro Castro, párrafo 323; “Niños de la Calle”, párrafo 164, y Bulacio, párrafo 127.

²¹¹ El art. 16 CPEUM dice: “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, al tratarse de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

comunicación con el detenido, facilitando con ello su captura²¹². Pese al argumento político-criminal de prevención, la iniciativa consideró inoportuna la medida; sin embargo, con posterioridad el mismo art. 16 optó por establecer el plazo prolongado de retención (96 horas), además de hacer uso del arraigo previsto en la ley especial, ampliando su duración bajo control judicial. Frente a ello, la SCJN se pronunció en el sentido de que la aplicación de la medida conlleva obligar a la persona a permanecer en un “domicilio” bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto formal de prisión, hasta por el término de noventa días; por lo tanto, esa medida viola las garantías de legalidad, seguridad jurídica y, primordialmente, de libertad personal consagradas constitucionalmente²¹³. Esto, como señalo al inicio de este apartado, es sólo una de las diversas formas que representan infracciones graves a los Derechos Humanos. No obstante, para una mejor comprensión del contexto referiré su desarrollo normativo.

La carta fundamental alimenta un importante número de reformas en materia de delincuencia organizada. La primera modificación (septiembre de 1993) consideró cambios a los preceptos 16, 19, 20 y 119. El art. 16, décimo párrafo se limitó establecer la duplicidad del plazo de retención del investigado en casos previstos para delincuencia organizada, cuyo límite máximo original, incluso para delitos graves, era de cuarenta y ocho horas. Ello dio pauta a reformar la legislación penal secundaria, creando una disposición en el antiguo CFPP (art. 194 bis) que introduce por primera vez el término de *delincuencia organizada*, que sirvió para normar a nivel procesal esa duplicidad dentro de las facultades del Ministerio Público. Con evidencia se trata de una característica contraria a lo establecido en los instrumentos internacionales, principalmente de los que consideran la libertad como fundamento de la dignidad y de los derechos iguales e inalienables de cualquier persona humana, con independencia de la clase de ilícito penal que pueda concretar.

En 1996 se insiste en modificar el art. 16 de la Constitución a efecto de establecer lineamientos en materia de intervención de comunicaciones privadas, libertad bajo caución y decomiso de bienes asociados al fenómeno crimen organizado. Para noviembre del mismo año la norma adquiere su carácter especial, publicándose en el DOF la ley que

²¹² Ver DOF del 19 de marzo de 1996.

²¹³ TCC, tesis I.9o.P.69 P., SJF, T. XXVII, enero de 2008, p. 2756.

regula específicamente la materia que concentra un conjunto de medidas que sistematiza sus aspectos sustantivos y adjetivos.

Posteriormente, en 1999, el art. 22 de la Constitución sufre una transformación que distingue entre confiscación de bienes y aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono, de manera que la autoridad judicial resolvería sobre esa aplicación en favor del Estado sobre patrimonios asegurados supeditados a una investigación o proceso por delincuencia organizada y siempre que se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tal, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros. Al respecto, la SCJN distingue, en cuanto a sus efectos, entre confiscación y decomiso. Por la primera entiende “la apropiación violenta por parte de la autoridad, de la totalidad de los bienes de una persona o de una parte significativa de los mismos, sin título legítimo y sin contraprestación [..]; en tanto que la última es aquella que se impone a título de sanción, por la realización de actos contra el tenor de leyes prohibitivas o por incumplimiento de obligaciones de hacer a cargo de los gobernados con la nota particular de que se reduce a los bienes que guardan relación con la conducta que se castiga, o sea, los que han sido utilizados como instrumento para la comisión de un delito o infracción administrativa, los que han resultado como fruto de tales ilícitos o bien los que por sus características, representan un peligro para la sociedad”²¹⁴.

Con la reforma de junio de 2008, en materia de seguridad pública, justicia y delincuencia organizada se reduce el plazo del arraigo de la persona física a cuarenta días, término prorrogable hasta ochenta días siempre que el Ministerio Público sustente las causas que dieron origen al ilícito y sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas y/o bienes jurídicos o cuando exista riesgo razonado de que el investigado se sustraiga a la acción de la justicia²¹⁵. Lo más grave sucede cuando se introduce el concepto de delincuencia organizada en el plano constitucional²¹⁶, pues con ello se intenta establecer parámetros de legitimación del tipo penal, sin importar la vulneración de los marcos constitucionales impuestos como límite al *ius puniendi*.

²¹⁴ SCJN, amparo directo 1394/94, SJF, 9ª época, T. III, 19 de marzo.

²¹⁵ Ver séptimo párrafo del art. 16 CPEUM.

²¹⁶ Ver octavo párrafo del art. 16 CPEUM.

Además de ello, la carta fundamental, en los párrafos octavo y noveno del art. 18, señala dos excepciones: en la primera, los sentenciados deben cumplir las penas en centros penitenciarios especiales de máxima seguridad y apartados de su domicilio, situación que deja a la vista la vulneración del derecho al trato digno, pues ello genera el aislamiento de la persona, prohibición sustentada en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, donde solo es permitido en casos de enfermedades infecciosas o contagiosas; la razón de la oposición al cumplimiento de la pena en lugares alejados es que, si bien la prisión ya despoja de la libertad personal, no debe agravarse innecesaria e injustificadamente la privación de otros derechos y el sufrimiento de la persona, pues justamente la reclusión no debe acentuar su exclusión social sino su continuidad en ella. Bajo esa lógica, Naciones Unidas recomienda la instauración de regímenes de beneficios, de retorno progresivo a la vida exterior, de tal suerte que el sentenciado puede/debe cumplir la pena cerca de su domicilio para conservar sus lazos sociales y familiares. En el mismo sentido, los principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de la Asamblea General del mismo organismo, específicamente establece entre sus parámetros el derecho de toda persona detenida o presa a mantenerlos en lugares de detención situados a una distancia sensata de su lugar de residencia habitual. Estos puntos apoyan la importancia del fin penitenciario: la reinserción social. A nivel local se adoptó el domicilio como criterio para la determinación de la prisión, pese a ello, su prohibición continúa en el marco de la delincuencia organizada. La segunda excepción, concierne a la restricción de las comunicaciones entre los investigados y sentenciados con terceras personas (salvo el acceso a su defensor), lo que transgrede el apartado 29 de los principios supra citados que particularmente cita el derecho de toda persona detenida o presa a ser visitada, principalmente por familiares, tener correspondencia con ellos y oportunidades adecuadas de comunicación con el mundo exterior, con sujeción a condiciones y restricciones razonables. En este último punto, el plano local se hace mención a la imposición de medidas de vigilancia especial sin desarrollarlas en el plano normativo, creando un vacío legal que da lugar a la vulneración del principio de taxatividad.

Otra de las medidas especiales constitucionalmente establecidas (art. 19 segundo párrafo) consiste en la solicitud que el Ministerio Público puede realizar respecto a la prisión preventiva oficiosa, la cual opera como medida cautelar únicamente cuando otras herramientas resulten insuficientes para garantizar la comparecencia del imputado en

juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, testigos o comunidad, así como cuando el investigado esté siendo procesado, situación que pone el derecho fundamental a la libertad se encuentra en riesgo. El penúltimo párrafo del mismo precepto menciona como reglas exclusivas para la delincuencia organizada la suspensión del proceso y los plazos para la prescripción de la acción penal o vinculación a proceso en dos supuestos: evasión de la justicia y cuando la persona es puesta a disposición de un juez que lo reclama en el extranjero.

También se habla del arrepentido o colaborador (art. 20, fracción III) que es aquella persona que habiendo participado de un delito asociado a una organización delictiva se presta, durante la investigación o proceso, a informar sobre la estructura del grupo, sus métodos de funcionamiento, actividades y nexos con otros conglomerados delictivos, locales o extranjeros, a cambio de la obtención de beneficios procesales o penitenciarios como inmunidad, reducción de pena y protección física, para él y terceros relacionados con éste, según sea el caso. Sin embargo, pese a que se trata de una forma de cooperación premial con los sospechosos y su tratamiento se puede ver a simple vista como positivo, es una medida especial que puede vulnerar el derecho de no autoinculpación, pues en el fondo se trata de la obtención de información a través de una especie de coacción positiva que pone en tela de juicio la proporcionalidad entre lo declarado y el acto cometido.

Por su parte, la fracción IV otorga valor probatorio a las actuaciones realizadas en la fase de investigación, salvo cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Con antelación cité que las diligencias llevadas a cabo en sede de investigación tienen carácter genérico de denuncia, por ejemplo, el atestado policial que en caso de tener valor probatorio compone una confesión extrajudicial, por lo que su tratamiento debe ser como objeto y no como medio de prueba. Sin embargo, ello puede ser objetado o impugnado por el imputado como parte de su derecho de defensa. Cabe mencionar que la posición normativa procesal constituye una manifestación de la inversión de la carga de la prueba, toda vez que al investigado se le transfiere demostrar su inocencia únicamente en el espacio del crimen organizado.

La promulgación de estas normas sustenta la legislación especial en la materia con el propósito de dar eficacia a la investigación y procesamiento de organizaciones criminales; medidas excepcionales que se extienden a sujetos que requieran medidas especiales de

seguridad. Esta excepcionalidad, en opinión del legislador, es la principal característica del régimen de delincuencia organizada.

Asimismo, el CNPP instituye mecanismos de investigación como el cateo /registro domiciliario y el aseguramiento de bienes, además de confirmar normas como la duplicidad del plazo de retención del cual ya me he pronunciado.

En cuanto al cateo o registro domiciliario, si bien es una medida de investigación criminal aplicable en casi cualquier delito, frecuentemente es utilizado en la materia analizada. Al respecto, me limitaré referenciar su control judicial. En efecto, si el cateo consiste en el ingreso y registro que realiza la autoridad al domicilio de personas relacionadas con una investigación con el fin de inspeccionar algún lugar para localizar o aprehender personas, así como objetos o instrumentos materia del delito que puedan servir en la averiguación y reproche del acusado. Para su práctica se requiere de un control judicial cuyo propósito fundamental es la protección del desarrollo de la vida privada de la persona, que forma parte del imperio de los Derechos Humanos; autorización que debe adoptar la ponderación de criterios de necesidad y proporcionalidad, por cuanto a la inviolabilidad del domicilio, pues al ser de contenido amplio representa una serie de garantías/derechos entre las que se comprende la prohibición de invasiones, incluidas las realizadas sin ingreso al domicilio en sentido estricto, esto es, a través de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. Y es que la inviolabilidad del domicilio es una consecuencia del derecho a la intimidad que involucra dos cuestiones distintas: el allanamiento de la morada y su registro; por ello, si bien todo registro supone la entrada previa, no toda entrada permite registrar el domicilio. A mi manera de ver, la autorización judicial que opera como mandato dirigido a la autoridad investigadora a cuyas instrucciones debe someterse, en realidad despoja la actuación directa del ministerio público para convertirlo en un acto judicial delegado.

Por otro lado, el aseguramiento de bienes constituyen una medida precautoria y provisional cuyo objeto es la conservación de objetos, productos o instrumentos del delito involucrados en una investigación criminal para evitar que éstos se destruyan, desaparezcan o se alteren durante el proceso. En este entendido, los patrimonios asegurados son puestos a disposición de las autoridades investigadoras o judiciales para garantizar, por un lado, la responsabilidad penal del imputado y, por otro, la eventual

reparación del daño. El tópic delincuencia organizada cuenta con una vía que pone en evidencia el derecho al patrimonio, pues para decretar el aseguramiento basta que los bienes sean propiedad de una persona en estado de investigación, esto es, aun cuando no existe responsabilidad judicialmente decretada, o bien, el sujeto se conduzca como dueño de los mismos, siendo ello así, no se considera su relación con el hecho delictivo solo del instrumento, objeto o producto del delito, estableciendo una simple presunción legal de que dichos bienes tienen un procedencia ilegítima y, por ello, corresponde a sus tenedores acreditar su legítima procedencia, generando una inversión de la carga de la prueba. En este contexto, dadas las excepciones existentes en la disciplina se evidencia la vulneración del acceso a la justicia, derecho de defensa y la igualdad procesal, como derechos fundamentales que son.

En el campo de la delincuencia organizada, las pautas en la determinación del aseguramiento de bienes comprende los siguientes puntos: a) Se puede disponer el aseguramiento de un bien, siempre que dentro de la práctica de diligencias en la investigación criminal existan indicios suficientes que hagan presumir que la persona es miembro de la delincuencia organizada; b) El aseguramiento sólo resultará mediante control judicial (autorización previa); y, c) Se puede realizar en cualquier momento de la investigación o etapa del proceso. Vistos los parámetros del aseguramiento, cabe destacar que, si bien la autoridad investigadora puede allegarse con posterioridad de nuevos datos de prueba contra el investigado, ello no obliga al juez a mantener el aseguramiento dado que constituye no sólo un acto de molestia sino una privación indefinida de la propiedad sobre los bienes asegurados sin la existencia de sustento jurídico, quebrantando la garantía de seguridad jurídica, por cuanto establece la prohibición de no privar a la persona de sus bienes sino mediante juicio previo.

Una de las discusiones más frecuentes en la investigación criminal es la referida a la detención y retención del imputado, más aún su extensión. Y es que ni el CNPP ni la LDFO ofrecen una descripción para su comprensión. Sin embargo, al tratarse de un tema de carácter general, me limitaré hacer mención sobre la duplicidad de la retención reservada para casos asociados al crimen organizado.

Los instrumentos internacionales manifiestan de manera enfática el derecho a la libertad de la persona como un valor superior que debe comprenderse dentro de cualquier

ordenamiento normativo, dado que se entiende como la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, esto es, libertad general de actuación o autodeterminación.

Esta referencia genérica de la libertad concreta una de sus proyecciones en la persona física, recogida como un derecho humano, razón por la que se brinda una especial protección al concurrir en él una garantía sobre la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas como la detención o retención que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar su vida (individual o social) con arreglo a sus propias opciones y convicciones en cualquier momento y lugar. Para ello, los tratados internacionales proscriben la privación de la libertad, salvo que se lleve mediante juicio seguido ante los tribunales competentes previamente establecidos y en cumplimiento a determinados principios y formalidades del procedimiento. Pese a ello, este derecho –como los ya enunciados- se ve limitado por cuanto a su extensión en casos exclusivos del crimen organizado. Ante las singularidades establecidas en la materia, resulta indispensable interpretar de forma restrictiva cualquier excepción a la regla general de la libertad, debiendo exigirse proporcionalidad entre éste derecho y su restricción, de modo que se excluyan privaciones insensatas que quiebren el equilibrio entre el derecho humano y su limitación.

Desde otro contexto, si la detención es considerada como la privación de libertad de la persona con el fin de ponerla a disposición de la autoridad investigadora o judicial en un tiempo prudente o estrictamente indispensable, esto es, se manifiesta como un medio legítimo de carácter coactivo cuyo objeto es asegurar la presencia del imputado en el proceso, entonces la retención que se origina en sede ministerial es una medida que priva de la libertad al sujeto en estado de presunción, pues su objeto es la práctica de diligencias de investigación dentro del plazo previsto en la ley (48 o 96 horas), tiempo en que el imputado debe ponerse en libertad o a disposición de la autoridad judicial, según sea el caso.

Al ser la retención un acto que hace eficiente la investigación criminal y que se caracteriza por la permanencia coactiva de la persona por un máximo de 48 horas (para cualquier delito), en materia de delincuencia organizada la figura encuentra su excepción, pues su término es duplicado, subsistiendo la persona privada de su libertad por un máximo de 96

horas, únicamente en caso de ser necesario (principio de necesidad). Al respecto, resulta indispensable que la restricción se encuentre provista de una serie de garantías que la hagan constitucionalmente admisible sobre todo cuando se amplía en el tiempo; dicha extensión tiene su límite en el *abuso de duplicidad del término*. Así, por ejemplo, existe uso arbitrario en la duplicidad del término de retención, cuando una vez reunidos los elementos para ejercer acción penal o vincular a proceso, el Ministerio Público haciendo uso de sus facultades legales amplía el plazo, incluso sin la existencia de indicios, para realizar diligencias *ex post*. Algo que en la práctica sucede con frecuencia, pues, en realidad, el propósito de limitar el derecho a la libertad es garantizar la investigación, la comparecencia del imputado en proceso, o bien, el impedimento de sustracción a la justicia, evitando con ello la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la investigación, como respuesta a una contravención normativa, o como mecanismo de protección social e individual.

Dado el derecho que se encuentra en juego, es evidente que los límites temporales de la duplicidad no tienen que ser agotados necesariamente, ya que la prolongación de la figura es permitida sólo en casos donde concurran circunstancias especiales que importen una específica dificultad en la investigación criminal, para reunir indicios/pruebas que vinculen de manera correcta a proceso. La existencia del abuso en la privación de la libertad personal debe tener como consecuencia la invalidez de las actuaciones realizadas o pruebas obtenidas, principalmente declaraciones rendidas ante el órgano acusador cuya obtención no se aparte de lo ilícito.

En este escenario, la materia en análisis se ve rodeada de reglas especiales como señalo en párrafos antecedentes. Las excepciones, inicialmente encaminadas a hacer efectiva la investigación, persecución y procesamiento de organizaciones criminales, comportan la quintaesencia normativa del crimen organizado, además de reinterpretar en base a su objeto y calidad de los infractores, los principios penales de garantía y los Derechos Humanos, reformulación que sustenta la excepcionalidad en la materia.

Hasta aquí muestro ejemplos adeptos a la práctica sistemática existente en el marco de la delincuencia organizada donde el equilibrio procesal encuentra consecuencias de deterioro a causa de la laxa comprensión del concepto, además de conducir a una

interpretación extensiva del mismo que genera inconvenientes en el mantenimiento de las garantías constitucionales²¹⁷ y de los Derechos Humanos, por no ajustar el diseño de los medios de investigación y el empleo de herramientas extraordinarias a los principios marco determinados por los instrumentos internacionales que operan como un límite importante en el desarrollo jurídico de la disciplina y que, hasta hoy, no consigue conciliar las excepciones penales (materiales y procesales) circunscritas al crimen organizado con los Derechos Humanos. Esta falta de correspondencia supone un “conflicto entre los derechos atacados por el delito y los derechos del delincuente. Aunque este se resuelva a favor de los primeros, no puede dejar de suponer una cierta consideración de los segundos. El mismo reconocimiento de la existencia del conflicto ha de conducir a la búsqueda de una fórmula de compromiso entre los derechos contrapuestos, que garantice un mínimo equilibrio entre ellos”²¹⁸.

Finalmente, la persona física es el referente de los Derechos Humanos en la imposición de límites al Derecho penal. Lo contrario sucede en el espacio de las personas jurídicas donde aquellos prescinden de su eficacia, pues no alcanzan la protección que los instrumentos internacionales brindan debido a la reserva que la materia guarda frente a la persona humana, aunque ciertamente puede existir un quebrantamiento de derechos fundamentales. En otras palabras, toda vez que los Derechos Humanos no pueden ser atribuidos a personas jurídicas en tanto carecen de dignidad, elemento que opera como el principal inconveniente en la contextualización del crimen organizado bajo el prisma de la persona natural, en este sentido, los entes colectivos se sitúan en un cuerpo de garantías de diferente cuño, situación que sirve como parteaguas en la orientación del concepto crimen organizado a partir de una versión elaborada desde la persona jurídica como sujeto de derecho.

²¹⁷ DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad organizada*, op. cit., p. 35-36.

²¹⁸ MIR PUIG, Santiago, “Derechos Humanos y Límites del Derecho penal”, en *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho penal*, Instituto Vasco de Criminología, IV curso de verano, Donostia, (1985), p. 463. Disponible en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2019658/19+-+Derechos+humanos+limites.pdf>.

III. SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL CRIMEN ORGANIZADO. ASPECTOS TEÓRICOS-FILOSÓFICOS

1. Modernidad penal. Consecuencias.

Últimamente, diversos aspectos de la ciencia penal son calificados de *modernos* como forma de distinguirlos del Derecho penal de la Ilustración²¹⁹, lo cual ha dado lugar a particularidades positivas y negativas. El desarrollo de nuevas formas de atribución y la creación de tipos penales inexistentes, integran principalmente la vertiente útil/válida de la modernidad dada la evolución social que permite que “al menos, algunos objetos y enunciados político-criminales y policiales de la Ilustración, ya no puedan ser tomados hoy como modelo de referencia ni como medida de lo accesible a la intervención penal legítima”²²⁰; por otro lado, se han roto aspectos que ponen en situación de confronta la renovación penal con las exigencias ético-políticas y de justicia, cuyo ejemplo más representativo lo encuentro en el ámbito de la delincuencia organizada frente a los Derechos Humanos. En este entendido, la ciencia penal se sitúa entre dos modelos diferenciados, que –desde luego- no deben ser excluyentes de los postulados que el Estado democrático de Derecho circunscribe²²¹.

Lo anterior no ha sido obstáculo para que el concepto de modernidad haya sido reinterpretado en la elaboración de la norma penal vinculada al crimen organizado, que plantea como forma de solución a la problemática del tema la transformación del principio de *ultima ratio* en *prima ratio*²²². Siendo ello así, la solución brindada deja al margen

²¹⁹ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático)”, *RDPC*, n° 3 (2010), p. 29.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, 2002, pp. 49 y ss. El autor, representante de la corriente dogmática que aboga por una modernización del Derecho penal, deja claro que cualquier intento de modernización del Derecho penal debe tomar siempre en consideración el principio de *última ratio*. En el mismo sentido HERZOG, Félix, “Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)”, (trads. Elena Larrauri Pijoan/Fernando Pérez Álvarez), *ADPCP*, n°46 (1993), p. 320-321, quien destaca que la desintegración del Derecho se genera por las excesivas demandas regulatorias que sobrecargan los programas del derecho con ponderaciones de intereses y, generalmente, orientadas a sus consecuencias (regulación y ejecución); por lo tanto, la Ciencia penal no se dirige por la legalidad sino por la oportunidad de la intervención jurídica. [...] Por ello, el Derecho penal del riesgo, al formar parte de una política que pretende controlar las situaciones de riesgo de la moderna civilización mediante la regulación jurídica, resulta incompatible con la tradición liberal del Derecho penal e, incluso, puede repercutir negativamente

otros medios menos lesivos (como el derecho administrativo sancionador) que pueden/deben hacerse cargo de la prevención o sanción de atentados contra bienes colectivos, por encontrarse estos recursos más próximos al mantenimiento de los principios del Derecho penal liberal. Así, con la reinterpretación del concepto modernidad, en ciertos casos, transita de una forma eficaz de hacer política-criminal a un deterioro del Derecho penal²²³, pues su injerencia resulta casi automática. En este sentido, HASSEMER estima que el Derecho penal y la política-criminal perciben plenamente el problema, sin embargo su falta de respuesta se debe a la conciencia del Derecho penal que, siendo fiel a sus principios, no puede incumplir sus funciones de represión y conducción eficiente de la violencia²²⁴, convirtiéndose la ausencia de límites del poder estatal en uno de los pilares de análisis crítico de la ciencia penal.

Un ejemplo paradigmático de la concesión al Estado para regular sin restricciones ha sido y es la delincuencia organizada, figura que no sólo se aleja de las tradicionales descripciones típicas que define en gran medida los parámetros del moderno Derecho penal²²⁵, sino que abre camino a otras áreas donde la punición de amenazas son su principal soporte, esto es, se prolonga el *ius puniendi* a la creación de *tipos penales de riesgo* que suponen no sólo el atropello a la intervención mínima, sino el incremento extremo de normas que representan –como lo manifestó Radbruch– una relativa sustitución del Derecho penal²²⁶, pues dadas las características del derecho donde permea la inexistencia de principios restrictivos quizá nos encontramos frente a un sistema distinto al punitivo, partiendo del hecho de que cualquier régimen jurídico se circunscribe a demarcaciones como forma de contención al ejercicio del poder; de otra forma, las manifestaciones no conciliadas bajo parámetros condicionantes se traducen en un simple ejercicio del poder público, desestimando su consideración como derecho.

en la autorregulación social de las situaciones riesgosas, dañando la autoridad social del Derecho penal, pues atenta contra los principios fundamentales del derecho. Siendo ello así, uno de los límites al control penal de los riesgos es, por consiguiente, también un límite a la Política.

²²³ HERZOG, Félix, “Límites al control penal de los riesgos sociales...”, op. cit., p. 317 y ss. El autor explica las teorías sobre la politización del Derecho penal, basándose en los estudios de Naucke y Stangl.

²²⁴ HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Ed. Universidad Externado de Colombia (trad. Patricia S. Ziffer), Bogotá, 1998, pp. 55 y ss.

²²⁵ HASSEMER, Winfried, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *RP*, n° 1 (1998), p. 37 y ss. Disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/12>

²²⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 17.

En este escenario, determinados fenómenos sociales de difícil justificación (penal) son reconocidos con base en la influencia del derecho de excepción, donde su uso desmesurado se antepone de manera tal que anula al derecho; siendo ello así, la intervención punitiva que deriva del moderno Derecho penal se aparta del *principio de hecho*, pues su elaboración doctrinal en muchas ocasiones obedece a la teoría del riesgo (no siempre penalmente relevante) para poder atribuir el elemento de la tipicidad a una acción fundada en cuestiones funcionales²²⁷. Así, el resultado se constituye como una expresión del riesgo y fruto de conductas o eventos ajenos al mismo, aspectos que simbolizan la falta de conexión entre conducta-afectación; ello se puede considerar una carga lesiva nula dada la lejanía que el futuro daño mantiene respecto a la acción. De esta manera, consigo afirmar que la probabilidad lesiva se sustenta en aspectos funcionales de la política-criminal, pero no penales²²⁸. Sobre esta situación me referiré más adelante, toda vez que constituye uno de los ejes argumentales de importancia en el cariz de la delincuencia organizada, y no parto de considerar llanamente cualquier forma de asociación delictiva, por el contrario, intentaré aproximarme a un desarrollo del injusto dogmático y político-criminalmente razonable que otorgue legitimidad al tipo penal asociado a las organizaciones criminales.

En este contexto, si la delincuencia organizada comporta una afectación indirecta del bien jurídico (seguridad pública) su grado de desvalor debe ser necesariamente inferior que el comportado por sus manifestaciones (delitos-fines), pues cuanto más alejada se encuentra la lesión menor debe ser el merecimiento de pena²²⁹; no obstante, se ha situado al tipo penal en los delitos de riesgo que anticipan su protección a estadios previos a la efectiva lesión del bien jurídico, llegando al extremo de sancionar actos generadores de acciones eventualmente peligrosas, criterio que indefectiblemente nos conduce a un orden penal que pierde su coherencia (interna) y, en consecuencia, su credibilidad, pues poco tiene que ver con el modelo de Estado democrático de Derecho.

²²⁷ Esta clase de ilícitos penales son aquellos que se fundan en la “contingencia” de un peligro o en la “probable contingencia” de la lesión al bien jurídico. En este sentido, contingencia significa la materialización probable del daño que puede realizarse en cualquier momento o no hacerlo nunca. Por ejemplo prácticamente todos los días corremos el riesgo de morir en un accidente de tránsito, pero bien puede ser que muramos en otra circunstancia. Cualquier cosa que pueda provocar probables daños es un riesgo.

²²⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *Iustel*, n° 8 (2007), p. 5. Disponible en http://ilecip.org/site/foto/files/PDF/Ilecip_Rev_004-08.pdf.

²²⁹ La SCJN ha confundido los términos entre riesgo y peligro, pues les otorga un tratamiento análogo. Al respecto cfr. TCC, tesis P X.3o.27, SJF, T. XIV, diciembre de 2001, p. 1752.

Planteada esta problemática, me parece oportuno referir el modelo mexicano donde las últimas reformas penales, además de sugerir formas especiales de atención al delito durante la investigación y procesamiento, determinan una laxa percepción del sentido de la pena. Así, por ejemplo, en materia de secuestro la sanción privativa de libertad alcanza hasta ciento cuarenta años. Esto evidencia la errónea idea sobre el concepto de pena que con notoriedad anula los principios de necesidad y proporcionalidad y que, hasta hoy, causan más perjuicios que beneficios, sobre todo en un país obligado a disposiciones internacionales en materia de Derechos Humanos.

Lo anterior es resultado de la apreciación sobre el hecho antijurídico, de tal suerte que las catástrofes sociales incluso pueden ser vistas como delito²³⁰ –sin víctimas o con víctimas difuminadas- que obligan a la búsqueda de un tercero al cual atribuirle el hecho y sus consecuencias, esto es, se parte de la idea del responsable necesario²³¹. De cara a la apreciación moderna del delito resulta posible constatar que la tendencia normativa-penal queda reducida a la elaboración/introducción de singulares tipos penales, agravación de penas, restricciones a los Derechos Humanos, suspensión de límites penales, ampliación de espacios de riesgo, relativización de principios político-criminales de garantía, flexibilización de reglas de imputación, características culturales de la sociedad contemporánea²³² que han llenado de contenido una tendencia general a la que cabe referirse con el nombre de modernidad²³³.

2. Mandato de determinación e imprecisión de los elementos del tipo penal de delincuencia organizada.

Particularmente, países que aceptan la autonomía penal del crimen organizado destacan como una peculiaridad en la materia la imprecisión de los elementos del tipo, singularidad que deriva en la infracción al mandato de determinación, en la medida que recurre a una formulación legal amplia e indeterminada que impide precisar con suficiencia la conducta

²³⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 47.

²³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico penales”, en MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.), *La Política criminal en Europa*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004, p. 93.

²³² *Ibidem*, p. 48.

²³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p.18 y ss.

prohibida. Este mandato, como parte del derecho a la exacta aplicación de la ley penal, expresa que la obligación de las leyes de contenido sancionador sean formuladas de modo preciso, claro y unívoco de tal suerte que el ciudadano pueda discernir, *ex ante* y de forma cierta, las conductas prohibidas así como la sanciones dispuestas para quienes incurran en ellas²³⁴. En otros términos, la ley penal debe especificar suficientemente la conducta delictiva, de forma que la persona pueda saber con anterioridad el ámbito de lo punible²³⁵; de ahí que se afirme que se “trata del último y más refinado fruto de la evolución del principio de legalidad”²³⁶.

Bajo este contexto, al no respetarse las exigencias del mandato de determinación, los tipos penales prescriben conductas indefinidas o confusas como la norma vinculada a la delincuencia organizada que se sitúa en una posición de impedimento, en cuanto a la legitimación de su sanción, dado que la vigencia del mandato lleva como primera consecuencia el rechazo de las descripciones típicas que no precisen con suficiencia el hecho punible, pues la taxatividad y plenitud hermética, procedentes del principio de legalidad, forman la base de la tipicidad²³⁷ derivada del aforismo *nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege*, al que me refiero con mayor detenimiento en el apartado III.3, pues la dogmática jurídico-penal entiende su importancia por tratarse de la constatación plena del exacto encuadramiento entre los componentes de la hipótesis normativa y el hecho concreto. La tipicidad, entonces, se constituye como un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal, entendido como la desvaloración de un hecho sin ponderar aun el posible reproche a su autor, y la base fundamental del principio de legalidad que rige con todas sus derivaciones como pilar del sistema penal en un estado democrático. En este entendido, del principio de legalidad derivan la taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación legal que impide descripciones típicas vagas, imprecisas, abiertas o amplias al grado de permitir la arbitrariedad; y el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en aplicación de la norma penal, lo que se traduce como la exigencia de exacta aplicación de la ley.

²³⁴ INZUNZA CÁZARES, Enrique, “El mandato de determinación de las leyes penales”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, (2009), p. 111. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2653/8.pdf>.

²³⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 306-315.

²³⁶ ROMANO, Sergio, *Comentario sistemático al código penal*, Ed. Guiffré, Milán, 1995, p. 41.

²³⁷ TCC, tesis II.2o.P.187 P., SJF, T. XXIII, febrero de 2006, p. 1879.

Lo anterior, no significa que el mandato de determinación rechace el recurso a ciertas técnicas de tipificación que faciliten la adaptación penal a la multiformidad y dinamismo de la realidad²³⁸; sin embargo, solo consiente el establecimiento de disposiciones generales “cuando no exista otra manera de realizar una tipificación mínimamente eficaz de las conductas delictivas”²³⁹. En este escenario, diversas normas en materia de delincuencia organizada recurren a la elaboración de cláusulas genéricas fundamentadas en razones utilitarias, criterio que por mucho no constituye un argumento válido de justificación en la elaboración normativa sobre preceptos que conducen a encontrar – inadmisiblemente- en la eficacia su carácter vinculante, pensar de esta forma conlleva a establecer que todo canon “eficaz” tendría naturaleza penal sin contar con el mínimo de seguridad jurídica, impactando en la credibilidad del sistema punitivo. El mejor ejemplo de lo manifestado son los cánones normativos de la delincuencia organizada en México, El Salvador, Honduras y Venezuela, cuya indeterminación de sus elementos típicos permiten considerar ilegítimo el recurso a la sanción debido al quebrantamiento que supone la *taxatividad*, principio que protege la seguridad jurídica e impide el uso de descripciones imprecisas, abiertas o amplias. Por ello, ante la ponderación entre taxatividad y eficacia opto por la primera, que funge como uno de los pilares dentro del sistema de Derecho penal en un Estado democrático.

3. Personas físicas versus personas jurídicas. Necesaria referencia al principio de legalidad penal.

En párrafos precedentes aludí la importancia que el principio de legalidad tiene en el plano de los Derechos Humanos de cara a la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas. Y es que en nuestros días queda claro que el tema de los derechos inherentes a la persona humana tienen una influencia cada vez más significativa en las diversas disciplinas jurídicas; así, por ejemplo, la materia Constitucional observa una clara coincidencia sin mayores dificultades, debido a que los distintos textos legales supremos

²³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 306 y 315. El autor además establece como ejemplos dentro de las técnicas de tipificación que admiten limitación al mandato de determinación a las leyes penales en blanco, la accesoria administrativa y las cláusulas generales o indeterminadas.

²³⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 318 y ss., quien cita a LENCKNER, Theodor, *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht un der Satz, nullum crime sine lege*, 1968, p. 255; NAUCKE, Wolfgang, *Über Generalklauseln und Strafrechtanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973, p. 15; JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª. Ed., Berlin, 1993, p. 24.

de cada país consagran un amplio catálogo sobre estos derechos, a los cuales se les confiere la más alta jerarquía normativa dentro del propio ordenamiento jurídico, por lo que su respeto se hace ineludible. El tema se complica cuando se pretende la salvaguarda de aquellos frente al Derecho penal, específicamente cuando se vincula al campo del crimen organizado, donde se visualizan oposiciones antagónicas entre ambas materias, siendo necesario, aun incurriendo en el riesgo de ser reiterativos, el estudio de la especial vinculación existente entre los Derechos Humanos y el Derecho penal.

Resulta indispensable mencionar que tanto los Derechos Humanos como el Derecho penal buscan la protección de la persona en distintas connotaciones pero siempre bajo el amparo del principio de legalidad recogido en los arts. 9 CADH y 7 CEDH, que de forma genérica garantizan el actuar de la autoridad estatal con fundamento en algún precepto legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), y por otro lado, prohíben que el Derecho penal sea interpretado extensivamente en detrimento de la persona humana (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*).

El principio de legalidad constituye uno de los referentes más importantes en el contexto penal como de los Derechos Humanos, consagrándose como el “cause para el desempeño de la autoridad y garantía para el desenvolvimiento del ser humano”²⁴⁰, ante ello las cortes de DDHH aceptan el imperio de este principio como un “ejercicio razonable de la discrecionalidad, restricciones, limitaciones, suspensiones en el ámbito de los derechos y libertades”²⁴¹ de la persona. En este sentido, la legalidad se constituye como una forma de vigilancia sobre la autoridad cuya actuación devine de la ley que dispone los límites en su actuar, es decir, aquella determina el curso libre y responsable del actuar de la autoridad.

En este contexto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos trata de establecer instrumentos para determinar límites sobre la libertad de actuación estatal, para ello, las cortes de la materia han desarrollado una doctrina jurisprudencial apegada al principio de legalidad, especialmente relacionada a cuestiones de tipificación, penalización,

²⁴⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Consideraciones sobre el principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, n° 24 (2011), p. 196.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 48.

enjuiciamiento y ejecución de pena. Criterios que contribuyen a los fines de protección de la persona humana, cualidad requerida y reconocida por la CADH desde su preámbulo, señalando sus atributos como fundamento de los derechos esenciales²⁴², justificando en esa condición su protección. Si bien, resulta cierto que los derechos mínimos de los que debe gozar cualquier persona (física y jurídica) devienen de la misma norma constitucional, también es cierto que los tratados internacionales de la materia garantizan un marco de protección para la persona natural, esto es, dirigen su tutela a sujetos que guardan la cualidad de humana.

Pese a ello, la doctrina jurisprudencial nacional parece no terminar de distinguir entre sujetos de Derechos Humanos y de derechos fundamentales, pues se muestra conforme con la titularidad de las personas jurídicas sobre derechos inherentes a la persona humana²⁴³. En realidad, nos encontramos ante dos situaciones claramente diferenciadas; por un lado, ciertamente existe el reconocimiento de inviolabilidad de derechos compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas como el acceso a la justicia, seguridad jurídica, legalidad, propiedad, tributos, entre otros que se encuentran protegidos por la propia Constitución, como derechos fundamentales que son su violación debe reclamarse. Por el otro, una cuestión distinta, es la ampliación del sujeto de protección que realiza la SCJN mexicana al conceder/transferir la titularidad de los derechos humanos a los entes colectivos. En este sentido, sostener, por ejemplo, que el juicio de amparo es procedente en las personas jurídicas por ser un derecho legitimado bajo el principio de protección más amplia en el marco de los Derechos Humanos, conduce a una interpretación –constitucional e internacional- extensiva que encamina el alcance de la norma a supuestos no comprendidos en la misma, en cuyo caso habría que limitarlo a una perspectiva restrictiva sin sujetarse al mandato de buscar la protección más amplia en materia de Derechos Humanos, ello comporta dejar a salvo la vía de protección que la Constitución y los instrumentos internacionales confieren a los sujetos colectivos, sin quebrantar los principios limitadores de los derechos inherentes a la persona natural. Esto en razón de que los Derechos Humanos y los derechos mínimos de protección de las personas jurídicas son condicionados, precisamente por el sujeto al cual se destinan.

²⁴² Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁴³ TCC, tesis VII.2o.C. J/2 (10a.), SJF, T. 3, Abril de 2013, p. 1902.

Dada la situación que actualmente guarda la doctrina jurisprudencial nacional, en relación a los Derechos Humanos, es dable advertir el significado del principio de legalidad y su relación con los entes colectivos; para ello, los próximos apartados los dedicaré al breve desarrollo del aforismo "*nullum crimen, nulla pœna sine lege*", que permitirá, en principio, distinguir la zona de protección de los Derechos Humanos y del Derecho penal, además de desestimar la reciente idea de la SCJN que extiende los derechos inherentes a la persona natural al plano de las personas jurídicas. Siendo ello así, trataré las distintas garantías derivadas del principio de legalidad penal: criminal, penal, jurisdiccional y ejecutiva.

3.1 Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*).

La garantía criminal *nullum crimen sine lege* consagrada en el art. 9 CADH, se encuentra íntimamente vinculada a la exigencia de la *lex prœvia*. El precepto establece la prohibición de condena por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho aplicable, e impide la imposición de pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, asimismo decreta el principio de retroactividad penal favorable, esto es, si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone como exigencia una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello²⁴⁴.

Al respecto, la jurisprudencia de las Cortes Europea e Interamericana, al igual que los órganos internacionales de Derechos Humanos, han reiterado ampliamente este principio y la prohibición de irretroactividad de la ley penal en perjuicio vinculado a la pena, o bien, cuando existan disposiciones restrictivas de Derechos Humanos; consagrándose como derecho inderogable en los principales tratados de la materia²⁴⁵. Ante esta situación, y en aras de la seguridad jurídica, la CoIDH de forma insistente cita lo indispensable que resulta la existencia previa de la norma punitiva y ésta sea conocida, antes de acontecer la acción u omisión que la contravienen, objeto de la pretensión sancionatoria. En otros términos, la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto (infractor), ya que antes de que una

²⁴⁴ Ver arts. 9 CADH y 15 PIDCP; 75 numeral 4 inciso c) del Primer Protocolo Adicional y 6 numeral 2 inciso c) del Protocolo Adicional II.

²⁴⁵ Cfr. ANDREU GUZMÁN, Federico, *Retroactividad Penal de Crímenes Internacionales*, Ed. Comisión colombiana de juristas, Bogotá, 2012, p. 13.

conducta sea tipificada como delito, la misma no reviste aún el carácter de ilícita a efectos penales. Si esto no fuera así, los particulares se encontrarían impedidos para orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresa el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva²⁴⁶.

Por lo tanto, en un sistema democrático resulta indispensable extremar precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas, previa verificación cuidadosa de la efectiva existencia de la conducta ilícita.

Las pautas expresadas resultan ser una salvaguarda esencial del Derecho internacional y una defensa del individuo contra la arbitrariedad, consecuencia del principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*), constituyéndose como elemento esencial del Estado de Derecho como señala la CoIDH, pues se trata del reconocimiento de las libertades de la persona frente al poder sancionatorio del Estado. En este contexto, la fórmula empleada por la normativa internacional en materia de Derechos Humanos establece no sólo la prohibición sobre la irretroactividad legal, sino también la extensión del contenido de tipos penales con efecto retroactivo.

Por otro lado, del principio de legalidad deriva la exigencia de la *lex stricta* que comporta la prohibición de sancionar conductas que no estén estrictamente contenidas en la ley penal. Así, se exige la prohibición al juzgador de evitar la manipulación legal por analogía o similitud en conductas que puedan constituir delitos, esto es, impide la aplicación de una norma a casos similares no incluidos en su tenor literal, de forma que no se les puede dar igual tratamiento jurídico. La CoIDH ha desarrollado doctrina jurisprudencial al respecto. En el caso Castillo Petruzzi, entendió que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal, ello implica una clara definición de la conducta incriminada que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales, debido a que la ambigüedad en la formulación de tipos penales genera dudas y abre el

²⁴⁶ Ver Sentencias CoIDH casos De la Cruz Flores c. Perú, 18 de noviembre 2004; Ricardo Canese c. Paraguay, 31 de agosto 2004; García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, 25 de noviembre 2005; Fermín Ramírez c. Guatemala, 20 de junio 2005 y Almonacid Arellano y otros c. Chile, 26 de septiembre de 2006.

campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable, cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y su respectiva sanción con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad²⁴⁷. En este sentido, normas como la relacionada a la delincuencia organizada que no delimitan estrictamente las conductas delictivas, resultan ser violatorias del principio de legalidad reconocido en el art. 9 de la Convención Americana²⁴⁸.

3.2 Garantía penal (*nulla poena sine lege*).

Entre las nociones fundamentales del proceso penal que son reconocidos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos se encuentra el principio *nulla poena sine lege*, aforismo relacionado con la exigencia de la *lex certa*, cuya inclusión en los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos sugiere que los delitos deben tipificarse en términos precisos e inequívocos delimitando con precisión el delito sancionable, lo que requiere, a su vez, de una clara definición de la conducta penalizada que establezca sus componentes y factores como elementos de distinción frente a comportamientos no considerados delitos o que sean sancionados por otras medidas²⁴⁹, instando a los Estados miembros a tomar acciones legislativas que aseguren los principios fundamentales de la pena, me refiero a la proporcionalidad y necesidad cuyo el objeto es conceder a los jueces discreción para considerar las circunstancias de la persona (transgresor) y sus infracciones al dictar sentencia²⁵⁰. El TEDH confirma lo aquí sostenido, afirmando que el art. 7 primer párrafo del Convenio Europeo no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del Derecho penal en detrimento del acusado, sino que además consagra -de forma genérica- el principio de legalidad de las penas (*nulla poena sine lege*), consistente en que la infracción debe encontrarse claramente definida por la ley.

Siendo ello así, la noción de legalidad de la pena, además de su base normativa, debe responder a las condiciones de accesibilidad y previsibilidad. De esta manera, en los casos *Kokkinakis*²⁵¹ y *Gragnic*²⁵², la Corte estima que el hecho de existir una jurisprudencia

²⁴⁷ Ver Sentencia CoIDH, caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú, 30 de mayo de 1999.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ En este sentido, el art. 5, párrafo 6 CADH dice: “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación (hoy reinserción) social de los condenados”.

²⁵¹ Ver Sentencia TEDH, Caso Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993.

²⁵² Ver Sentencia TEDH, Caso Gragnic c. Francia, 27 de septiembre de 1995.

constantemente publicada (por un lado, la de los tribunales griegos y, por el otro, la de la Corte de Casación) cumple con el carácter de accesible, pues como lo entiende BURGORGUE-LARSEN, la *accesibilidad* en realidad es un acercamiento práctico-físico al sostén escrito de la ley que se materializa por la publicación de la base legal, muy a menudo de la jurisprudencia. Respecto a la exigencia de *previsibilidad*, la Corte de Estrasburgo afirma que el principio de legalidad penal tiene como meta la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, considerando además cumplido el requisito de previsibilidad cuando "el individuo puede saber, con lo dispuesto en la cláusula pertinente y, si resulta necesario, merced a su interpretación por los tribunales, cuales son los actos y omisiones que ponen en marcha su responsabilidad"²⁵³.

En síntesis, las cortes de Derechos Humanos en su doctrina jurisprudencial refieren de forma amplia el concepto nuclear de la legalidad: previsión del delito y sanción penal, al amparo de la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, dando por sentado que si la conducta no se halla prevista en la ley y/o si la sanción no se encuentra definida con precisión, entonces existe un claro quebrantamiento a la legalidad y, en consecuencia, a la exigencia de la *lex scripta*²⁵⁴.

3.3 Garantía jurisdiccional (*nullum crimen, nulla poena sine iudicium legale*).

Se trata de una garantía acogida en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁵⁵. Hace referencia al juicio previo con todas las garantías esenciales del procedimiento, esto es, reconoce el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial. Además de éstos parámetros, la CADH²⁵⁶ adiciona como elementos las debidas garantías y el plazo razonable, figuras que forman parte amplia en la doctrina jurisprudencial de las cortes de Derechos Humanos.

²⁵³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal", *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 21 (2005), p. 339. Disponible en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/23569/1/ADI_XXI_2005_11.pdf.

²⁵⁴ La *lex scripta* es una exigencia que deriva del principio de legalidad que insta que ley que sea escrita y describa el delito y su consecuencia jurídica, con el propósito de que la persona conozca los alcances de su actuar.

²⁵⁵ Ver art. 10 DUDH. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>.

²⁵⁶ Ver art. 8 CADH. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

Por su parte, el PIDCP a través de su art. 14 párrafo primero, fortalece la garantía jurisdiccional ya que suma la excepción sobre la publicidad de los juicios cuando existan consideraciones de índole moral, orden público, seguridad nacional, cuando lo exija el interés a la vida privada de las partes, o bien, cuando resulte estrictamente necesaria en opinión del tribunal por circunstancias de carácter especial que pudiera perjudicar los intereses de la justicia²⁵⁷.

En este escenario, la CoIDH en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* (párrafo 75 de la sentencia) reconoce el derecho a ser juzgado por “un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”²⁵⁸, disposición vinculada a las garantías del debido proceso, concretamente al concepto de juez natural, lo que significa que “las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”²⁵⁹. Además la misma corte establece que las garantías judiciales contempladas en el art. 8 CADH “no se limitan a los recursos judiciales en sentido estricto, sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”²⁶⁰. De esta forma, las actuaciones u omisiones de los órganos estatales dentro de un proceso administrativo o jurisdiccional, deben respetar el debido proceso derivado de la garantía jurisdiccional contemplada por el principio de legalidad penal. Esta perspectiva la hace notar la Corte Europea quien se manifiesta en los siguientes términos: “... los principios enunciados en el párrafo 2 (art. 6-2) y 3 (incisos a, b y d) [... de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican *mutatis mutandis* a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1 (art. 6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal”²⁶¹. De esta manera se aprecia el alcance del debido proceso, de ahí que se constituya como Derecho Humano, dada su actuación como límite a la discrecionalidad de la autoridad administrativa o jurisdiccional con el propósito de “obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas”²⁶².

²⁵⁷ Ver art. 14 PIDCP. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

²⁵⁸ Ver art. 8.1 de la CADH. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

²⁵⁹ Ver Sentencia CoIDH, caso Barreto Leiva c. Venezuela, 17 de noviembre de 2009.

²⁶⁰ Ver Sentencia CoIDH, caso Baena Ricardo y otros c. Panamá, 2 de febrero de 2001.

²⁶¹ Ver Sentencia TEDH, caso Albert y Le Compte C. Bélgica, 10 de febrero de 1983.

²⁶² Ver Sentencia CoIDH, caso Baena Ricardo y otros c. Panamá, 2 de febrero de 2001.

Por cuanto hace al plazo razonable, la CoIDH retoma lo ya establecido por el TEDH, quien para determinar la extensión prudente en el desarrollo del proceso, considera “a) la complejidad del caso; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”²⁶³.

- a. Complejidad del caso. Las cortes de Derechos Humanos estiman características que justifiquen la prudencia en la extensión del proceso o su indebida extensión, para ello, aprecia como parte de la complejidad del caso la extensión en la investigación, ampliación en la prueba, incidentes e instancias²⁶⁴. Si los elementos descritos no se documentan positivamente, nos situamos frente a una vulneración de garantías judiciales y, concretamente, del debido proceso que opera como garantía en la correcta aplicación y vigencia de otros derechos.

- b. Actividad procesal del interesado. Este elemento trata de evitar obstáculos a la justicia a través de actos que retrasen la actividad procesal. A la luz de lo establecido por la CoIDH “de ninguna manera los interesados en sus actuaciones pueden desplegar acciones o conductas incompatibles con los fines de la justicia o estar dirigidas a entorpecer la tramitación del proceso”²⁶⁵.

- c. Conducta de las autoridades judiciales. Pretende evitar actos dilatorios excesivos por parte de la autoridad judicial²⁶⁶. De esta manera, en el desarrollo del proceso habrá que diferenciar entre los actos tardíos justificables (realizados con reflexión y cautela) de aquellos que expresen una tardanza suficiente por el “excesivo formalismo que guarda la norma interna, la complejidad del régimen procedimental, su antigüedad o la abundante carga de trabajo que puede afectar

²⁶³ Ver Sentencias TEDH, casos Motta, 19 de Febrero de 1991 y Ruiz Mateos c. España, 23 de junio de 1993.

²⁶⁴ Ver Sentencia CoIDH, caso Genie Lacayo Vs Honduras, 13 de septiembre de 1997.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Como ejemplo, la CoIDH en el caso López Álvarez c. Honduras, 1 de febrero de 2006, señala la falta de diligencia en la prontitud de los actos al manifestar lo siguiente: “[...] 134. [...] en el proceso penal se dictaron por lo menos cuatro nulidades debido a diversas irregularidades procesales: una parcial, el día 25 de julio de 1997 y, tres absolutas los días 9 de septiembre de 1998, 10 de marzo de 1999 y 2 de mayo de 2001”, haciendo alusión a los actos dilatorios.

a tribunales y autoridades”²⁶⁷, cuestiones que deben ser analizadas para evitar un quebrantamiento a la razonabilidad del proceso. Al respecto, resulta ilustrativo el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* (Sentencia de 29 de mayo de 1999) donde la CoIDH al realizar el análisis global del procedimiento, incluyendo los recursos de instancia, precisó que se superó la razonabilidad del plazo en que la persona debía/podía ser juzgada, pues éste se excedió por un periodo mayor a 50 meses, siendo que el principio de *plazo razonable* referido en los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana, tiene como finalidad evitar la permanencia de los acusados por lapsos prolongados, asegurando con ello una decisión pronta y expedita. Siendo ello así, el criterio de lo sensato debe comprender no solo la etapa de cargo sino todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse²⁶⁸.

En consecuencia, las cortes de Derechos Humanos no optan por precisar un periodo determinado en días calendario o naturales como máximo de duración aplicable a un proceso, pero brindan criterios a ser evaluados por la autoridad para precisar si se afecta o no el derecho a la duración del proceso en un tiempo prudente, según las características de cada caso.

En este tenor, la vulneración de Derechos Humanos asociados al plazo razonable, encuentra su agotamiento en los tiempos establecidos a los recursos internos, quedando a merced de la naturaleza de cada uno de ellos, y aunque las cortes “ofrecen una relativa precisión, los mismos demandan un examen cuidadoso en la tarea de determinar las circunstancias propias de cada caso, las cuales son diversas o heterogéneas para todos los asuntos”²⁶⁹. Para ello, es necesario el análisis de cada elemento que en conjunto logran obtener una razonabilidad temporal que “sirve de apoyo a la autoridad para evaluar las condiciones de *jure* y de *facto* que convergen en la posible y eventual violación del derecho a un proceso en un término prudente”²⁷⁰.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ BEJARANO, Carolina, “El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia, Memorando de Derecho”, Ed. Universidad Libre Seccional Pereira, n° 2 (2011), p. 119. Disponible en <http://unilibrepereira.edu.co/publicaciones/index.php/memorando/article/view/69/0>.

²⁶⁸ Ver Sentencia CoIDH, caso Suárez Rosero c. Ecuador, 29 de mayo de 1999.

²⁶⁹ RODRÍGUEZ BEJARANO, Carolina, “El Plazo Razonable...”, op. cit., p. 116.

²⁷⁰ *Ibidem*.

Un segundo criterio determinado por la Corte Interamericana consiste en que el proceso de investigación y sentencia de los hechos (incluidos los recursos de instancia que pudieran presentarse eventualmente) se deben computar bajo el criterio límite a la razonabilidad de cinco años²⁷¹. En suma, la idea es evitar tiempos prolongados en la duración del proceso.

3.4 Garantía ejecutiva (*nulla executio sine lege*).

Esta garantía establece la inexistencia de la ejecución de pena por falta de legislación que la regule, concepto considerado por la doctrina de los tribunales como limitado toda vez que no se consideran las condiciones de su ejecución²⁷², ampliando su interpretación normativa a estos supuestos para garantizar el cumplimiento de una condena sin declinar en sufrimientos y/o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuya prohibición forma parte de la jurisprudencia dominante de la CoIDH por cuanto al derecho a la vida e integridad personal, que no solo implican el deber estatal de respetarlos (obligación negativa) sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva). Pese a lo anterior, ello continuaba representado un grave problema en el terreno de los Derechos Humanos debido a que la exigencia no versaba sobre la condena *per se*, sino a su ejecución. Dados los inconvenientes presentados, la Corte Interamericana estableció como obligación ineludible para los Estados en su posición de garantes, como forma de protección a los derechos asociados con la vida e integridad personal (de personas privadas de la libertad), procurar condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención²⁷³.

Un ejemplo emblemático, relacionado con el quebrantamiento de la garantía de ejecución, es el caso del Instituto de *Reeducación del Menor vs. Paraguay* (Sentencia de 2 de septiembre de 2004), que no contaba con una infraestructura adecuada para albergar a los menores internos. Dada su sobrepoblación carcelaria se encontraba en situación de apilamiento permanente que obligaba a las personas a dormir en el suelo, hacer turnos

²⁷¹ Sentencia CoIDH, caso Las Palmeras c. Colombia, 26 Noviembre de 2002.

²⁷² SALAZAR, Alfonso, “Las garantías en la ejecución de la pena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Judicial de Costa Rica*, n° 109 (2013), p. 157. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31081.pdf>.

²⁷³ Ver Sentencia CoIDH, caso Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay, 2 de septiembre de 2004.

con sus compañeros o compartir las pocas camas y colchones. A estas condiciones de sobrepoblación y hacinamiento se suman las escasas instalaciones higiénicas (cuestiones de insalubridad en las celdas), mala alimentación, escasas oportunidades para ejercitarse o realizar actividades recreativas y la falta de atención médica, dental y psicológica adecuada y oportuna. Aunado a lo dicho, en el Instituto eran utilizados métodos de castigo como el aislamiento, maltratos e incomunicaciones, cuyo propósito era imponer disciplina sobre la población interna, modelo disciplinario prohibido por el art. 5 CADH. En este sentido, las condiciones de detención infrahumana y degradante que expusieron a los internos, conllevó a la afectación en su salud mental, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal. Además, se documentó que los internos procesados sin sentencia no se encontraban separados de los ya condenados, en consecuencia, todos los internos eran sometidos al mismo trato sin distinción alguna. Esta situación coadyuvó a que en el Instituto existiera un clima de inseguridad, tensión y violencia. El propio Estado reconoció la ausencia de clasificación entre procesados y condenados, señalando como motivo la falta de disponibilidad de medios institucionales²⁷⁴.

Lo anterior llevó a la Corte Interamericana a determinar la prohibición universal de ejecución de pena que vulnere la dignidad de humana, particularmente cuando se reduce o anula la personalidad del privado de la libertad. En este sentido, queda claro que el impedimento no se limita a la imposición de una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito en sentencia, sino tal prohibición se extiende a su etapa ejecutiva. Pese al mandato señalado, la disminución y supresión de la personalidad continúa operando en el espacio del crimen organizado clásico.

La Corte ha sido consciente de la creciente tendencia hacia la prohibición de actos crueles, inhumanos y/o degradantes en la ejecución de penas, de tal suerte que cualquier Estado miembro de la CADH en cumplimiento a sus obligaciones derivadas de los arts. 1.1, 5.1 y 5.2 adquiere el deber *erga omnes* de abstenerse en imponer y ejecutar penas que conlleven, bajo cualquier circunstancia, a un detrimento en la vida o integridad física o psicológica de la persona. Cabe destacar, que resulta igualmente obligatoria la

²⁷⁴ Ver Sentencias CoIDH casos Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay, 2 de septiembre de 2004; Tibi c. Ecuador, 7 de septiembre de 2004 y De la Cruz Flores c. Perú, 18 de noviembre de 2004.

prevención²⁷⁵ de estos actos en la ejecución de la sanción, por considerarse elementos que anulan oportunidades reales y efectivas en la reinserción social y formación de los internos.

Expuesto lo anterior, el quebrantamiento al principio de legalidad penal se manifiesta como consecuencia necesaria a la violación del debido proceso, que de acuerdo con el art. 8 CADH es el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera. En otros términos, el principio de legalidad constituye un marco de premisas que garantiza la aplicación del precepto normativo, pues como cita la propia Corte Interamericana –en voto razonado– “los Derechos Humanos confieren legitimidad a la norma punitiva y, al mismo tiempo, limitan su espacio y operación. El Derecho penal ocupa un lugar de “frontera” entre el reproche público legítimo y la incriminación excesiva, que significa el desbordamiento de la función punitiva. Nada de esto es ajeno a las reflexiones en torno a la legalidad penal, que no es apenas recepción literal de cualquier conducta, a discreción del legislador”²⁷⁶.

Llegados a este punto es preciso acoger las demandas internacionales en la disputa contra la delincuencia organizada, pues siendo la norma penal una valoración que pretende incidir en el comportamiento de la persona, el análisis del tema no puede quedar estático en la interpretación del derecho positivo, por el contrario, debe trascender necesariamente a la dimensión crítica de la norma penal y sus soluciones, cuestionándola bajo el prisma del propio sistema jurídico en cuanto a coherencia y coordinación con otras ramas del derecho²⁷⁷, principalmente constitucional y Derechos Humanos, debido al notorio sustento que el principio de legalidad (penal) encuentra en la plataforma de los derechos

²⁷⁵ En este sentido se ha pronunciado la CoIDH en la sentencia del 2 de septiembre de 2004, vinculada al caso del Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay, en la que ha sostenido que la mera amenaza de una conducta prohibida por el art. 5 CADH, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con la norma de que se trata. En otras palabras, crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, al menos en algunas circunstancias, un tratamiento inhumano.

²⁷⁶ Cfr. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tristán Donoso c. Panamá, 27 de enero de 2009, parágrafo 9, p. 2.

²⁷⁷ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 34.

mínimos de los cuales debe gozar toda persona, quedando claro que éstos son considerados humanos en tanto son referenciados a la persona natural. En este entendido, las medidas excepcionales adoptadas en el marco del crimen organizado deben ser replanteadas al esquema de las personas jurídicas, pues en tanto la figura siga asociada únicamente a la persona física, como hasta ahora sucede, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos continuará siendo letra muerta.

4. Bien jurídico e injusto penal. Acerca de su función legitimadora en el tipo penal de delincuencia organizada.

Indudablemente la doctrina centra el interés de la propia organización en su estructura, jerarquía, temporalidad, empleo de la violencia y adaptación al medio, entre otros, manteniendo al margen cuestiones de importancia como el cambio de sujetos de derecho, su impacto en otras materias y la conceptualización del injusto. Por ello, en este apartado me dedicaré al último de los puntos. En párrafos antecedentes insistí en la importancia que los límites jurídicos y político-criminales representan para el Derecho penal; restricciones que poco a poco se han difuminado debido a la creación de tipos delictivos sustentados en aspectos principalmente de funcionalidad. En este sentido, el utilitarismo no solo favorece el desvanecimiento de aquellos límites sino la desaparición del significado que tradicionalmente han tenido los intereses susceptibles de protección penal, trayendo como consecuencia la reinterpretación sobre el alcance de lo injusto, componente especialmente importante para sustentar la legitimidad del tipo penal de delincuencia organizada. Al respecto, bien jurídico y crimen organizado constituyen actualmente el binomio de debate más polémico en torno a los límites materiales del *ius puniendi*, especialmente desde la perspectiva del Derecho penal liberal.

Inicialmente la doctrina se encontraba sujeta a diversas definiciones en torno al “orden público” reconocido como bien jurídico universal. Posteriormente, con el diseño de la anticipación penal, atribuido a RUDOLPHI²⁷⁸, referida a las consecuencias jurídico-punitivas derivadas de los primeros actos terroristas de la Fracción del Ejército Rojo (RAF), se experimentó un crecimiento constante de la figura, a pesar de las declaraciones

²⁷⁸ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, pp. 129.

dominantes que favorecían al orden público²⁷⁹. En el sistema mexicano no es posible visualizar un retrato al respecto debido al desinterés mostrado sobre el significado de la anticipación, no solo desde el dominio doctrinal sino jurisprudencial; tanto es así que se puede afirmar la escasa interpretación judicial relacionada con el objeto de protección que salvaguarda el delito de delincuencia organizada y que pone de relieve el abandono de la corte suprema sobre el tema, omisión que justifica el discurso legislativo sostenido en aras de la prevención.

Sin embargo, ello no se ha limitado al ámbito nacional, el derecho comparado también muestra opciones divergentes en el argumento respecto al bien jurídico en delitos de asociación/organización. En este sentido, CANCIO MELIÁ, al analizar la jurisprudencia española, advierte que frente al delito de asociación ilícita, el TS se limita a manifestar que el interés merecedor de protección penal no es el orden público (particularmente la institución estatal, su hegemonía y poder) ni el derecho de asociación como garantía constitucional, sino un interés jurídico distinto del protegido en la posterior acción delictiva, esto es, la realización de la actividad ilícita para lo cual la asociación se constituyó²⁸⁰; situación que deja claro que los supuestos de orden público y derecho de asociación, si bien se están familiarizados a los delitos de asociación ilícita y, por ende, a grupos y organizaciones criminales, no forman parte de su injusto, pues, incluso, la configuración de la asociación ilícita como manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación no responde ni a la letra ni al espíritu de su propia regulación²⁸¹, desestimando con ello el argumento legislativo.

En Alemania resulta igualmente complicado definir la postura del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof* –BGH–), quien pese a sus interpretaciones no establece con nitidez la situación. Y es que en el ámbito de los delitos circunscritos a la anticipación penal no resulta fácil evidenciar el injusto; es por ello, que en delincuencia organizada la protección del bien jurídico al presente se justifica en expresiones posteriores a la conformación de la estructura criminal, lo que motiva a dar una respuesta sobre el

²⁷⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 254, quien cita a MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 13; también LANGERSTEIN, *Legitimation und Interpretation*, p. 30; FÜRST, *Grundlagen und Grenzen*, 55; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, p. 50; OSTENDORF, § 129 n.m. 4; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Barbero Santos, p. 675.

²⁸⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 9.

²⁸¹ Cfr. STS 1745/2014 de 16 de abril.

fundamento de injusto, figura que puede explicar lo ilícito de la organización *per se*, y por lo tanto, posibilitar “la definición de organización operativa en el plano de la tipicidad”²⁸².

Es dable señalar que bien jurídico e injusto versan sobre cuestiones distintas; así, mientras el primero se vincula a los valores/intereses susceptibles de protección, el segundo se orienta a exponer la conducta o materia de prohibición. Partiendo de ello, los acercamientos contemporáneos sobre el bien jurídico en materia de organizaciones ilícitas, propuestos primordialmente por las doctrinas española y alemana, consideran tres vías para abordar el contenido de injusto.

Un primer punto de vista, extendido en la doctrina más clásica, considera al ejercicio abusivo del derecho fundamental de asociación como elemento esencial del injusto. Esta posición considera como bien jurídico merecedor de protección al recto ejercicio del derecho de asociación. Una segunda perspectiva afirma que el delito es un supuesto de anticipación de punibilidad, incluso antes de cualquier acto preparatorio concreto, postura que justifica el adelantamiento con base en la especial peligrosidad de las organizaciones y, en ese entendido, sólo puede ser alcanzada por sus manifestaciones. El tercer grupo apoya el injusto en ataques a determinados bienes jurídico-colectivos como el orden público, seguridad pública o paz jurídica, principalmente²⁸³. En realidad este pronunciamiento opera sobre aspectos funcionales del bien jurídico, que más allá de matizar sobre el *harm principle* destaca el derecho de los sentimientos y el paternalismo jurídico como doctrinas eficaces en el discurso político-criminal. Respecto a estas formas de concebir el injusto en los delitos de organización me referiré en los próximos párrafos de manera enunciativa, para a continuación fijar mi postura.

²⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 1.

²⁸³ *Ibidem*, p. 9-10.

4.1 Derecho de asociación. Primera aproximación.

La primera de las vías justifica los delitos de organización en el reconocimiento del derecho de asociación²⁸⁴ (facultad de autoconformarse y autorregularse). El discurso aquí sostenido parte de la idea de las excepciones que guarda el derecho de asociación, que si bien encuentra amparo en las normas nacionales (constitución) e internacionales (instrumentos de Derechos Humanos) también contiene sus límites en los mismos ordenamientos que autorizan la imposición de restricciones normativas cuando sean indispensables, mínimas y proporcionales a la finalidad que se persiga, con el propósito de garantizar seguridad nacional, orden, salud o moral pública, así como cualquier otra finalidad estimada como esencialmente valiosa. Desde esta primera perspectiva doctrinal, las organizaciones criminales representan supuestos de abuso de aquél derecho que ponían en peligro el aspecto institucional del Estado, afirmación que, en mi opinión, puede resultar correcta desde el punto de vista del bien jurídico; sin embargo, nada dice sobre el contenido de lo injusto (infracción), limitándose a referir formalmente el modo de comisión previsto en el tipo²⁸⁵. En este contexto, el alcance del delito de delincuencia organizada no coincide con la incriminación penal de forma que la simple referencia a la prohibición (penal o constitucional) de organizarse, desde la óptica del ejercicio del derecho de asociación, no identifica el injusto frente al cual el Estado reacciona²⁸⁶.

4.2 Anticipación penal y delitos de organización. Segundo acercamiento.

El modelo de anticipación penal procura la adopción de una política criminal que pretende dar respuesta a riesgos generados principalmente en los ámbitos social y económico, ahí donde las organizaciones delictivas incrementan sus comportamientos delictivos. Esta criminalización, realizada sobre estructuras típicas de simple actividad, abre camino a la punición de comportamientos con base en el principio de precaución, generando un cambio de paradigmas en los modelos de intervención penal que con claridad tienen una repercusión en el ámbito de las libertades de la persona humana²⁸⁷, dado que la imposición

²⁸⁴ El derecho de asociación ha sido contemplado en los arts. 16 CADH y 9 CPEUM.

²⁸⁵ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 13.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 13.

²⁸⁷ En derecho comparado, el Tribunal Supremo Español, en su STS 510/2005 de 22 de abril, ha establecido que el fundamento de los tipos penales de simple actividad y de peligro abstracto -como es el caso del delito de delincuencia organizada- consiste en la especial relevancia constitucional de los bienes jurídicos protegidos (la vida, la seguridad de las personas, la paz social), por lo que el legislador se ve forzado a

de sanción en estadios previos al daño del objeto de protección es el punto de partida de doctrina de la anticipación. Por otro lado, si el injusto se determina sobre la base de este sistema, se corre el riesgo de proyectar la figura sobre las expresiones de la organización, como sucede en los casos donde el crimen organizado guarda autonomía normativa.

De acuerdo a lo señalado por RUDOLPHI, principal impulsor de la anticipación, “la sola existencia de la asociación criminal, o más exactamente, la intervención en ella, constituye 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 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”²⁸⁸. De esta forma, el autor justifica la sanción de la organización con base al especial riesgo que representa tanto para la persona como para el Estado²⁸⁹, esto es, evidencia la pena en el campo de la preparación.

En la parte introductoria mencioné que la actual política criminal se sustenta fuertemente bajo el sistema de anticipación, tanto en normas procesales como materiales. Lo preocupante surge cuando este adelantamiento se establece en normas de investigación utilizadas para evitar la materialización de delitos mediante el logro de datos, a través de un conjunto sistematizado de acciones y procedimientos encaminados a la planeación, obtención, procesamiento y aprovechamiento de esa información obtenida bajo criterios de desconfianza o sospecha de la persona. Esto ha dado lugar a la llamada investigación preventiva, modelo que se diferencia con la investigación criminal ordinaria porque reconduce la pesquisa a estadios anteriores, esto es, sin la mínima verosimilitud o solidez²⁹⁰ por practicarse sobre una mera finalidad criminal que opera como garantía en las personas relacionadas con el objeto de averiguación, quedando, de esta manera, la sospecha como el principal indicador en la comisión delictiva.

anticipar la barrera de protección penal, recreando una figura delictiva en la que no se exige un resultado o modificación del mundo exterior, por cobrar un especial desvalor el acto en sí (Cfr. SSTS del 24 de enero de 1992 y 29 de noviembre de 1997).

²⁸⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 12.

²⁸⁹ En este sentido Manuel CANCIO remite para el estudio detallado de la especial peligrosidad al análisis de Langerstein, *Legitimation und Interpretation*, pp. 157 y ss.

²⁹⁰ En Derecho comparado se ha establecido que la figura de la sospecha, para operar como un elemento de investigación penal, debe contener una mínima probabilidad o solidez sobre la participación de los sujetos en relación con los hechos que se investiguen. Ver STC 22/1997, F.8.

El Derecho comparado establece determinadas características para que la sospecha sea viable y pueda entenderse fundada la investigación penal, destacando la apreciación no sólo del aspecto anímico sino de datos objetivos que proporcionen una base real para poder inferir la materialización criminal o la posibilidad real de su ejecución, evitando la simple valoración acerca de la persona²⁹¹. Esto se refleja en algunos criterios del TEDH quien exige, además, la concurrencia buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse²⁹².

En el plano local las normas van más allá, reconocen el tratamiento de la investigación anticipada en la esfera de los actos preparatorios no punibles. Un ejemplo manifiesto es el segundo párrafo del art. 48 LPF que en materia de intervención de comunicaciones destaca textualmente: “[...] en caso de que durante la investigación preventiva se advierta que alguno de los actos preparatorios sea punible en sí mismo, se dará vista de inmediato al Ministerio Público”. Esta fórmula se muestra conforme con la orientación de la investigación adelantada al ámbito interno del sujeto, ya que al realizarse la pesquisa no se encuentran en el medio externo, esto es, actos preparatorios punibles, sino que se apoya en la deliberación, siempre interna, de la idea delictiva. Esto da lugar a reconsiderar la legitimidad del modelo propuesto desde el punto de vista de la infracción al principio de acto, toda vez que sin acción no hay delito, y para que exista acción no basta el elemento psíquico (actos internos) sino también se requiere el elemento físico (actos externos). Otra de las cuestiones a sopesar es la presunción de inocencia, que sólo puede ser alejada cuando la parte acusadora produzca pruebas de cargo sobre la responsabilidad penal del imputado. Siendo ello así, la investigación anticipada no se constituye siquiera sobre el paso inicial del *itercriminis* como primera manifestación o exteriorización de la acción, o sea, de los actos preparatorios.

Lo anterior, representa un problema mayor cuando de correspondencia con la autonomía normativa de la delincuencia organizada se habla, pues al concurrir una investigación anticipada sobre un tipo penal que por su propia naturaleza adelanta las barreras de

²⁹¹ STC 261/2005, versa sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y supuesta vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: intervención telefónica autorizada y prorrogada mediante autos mal motivados, así como de la prueba de cargo independiente de la ilícita. En el mismo sentido la STC 165/2005 de 20 de junio, FJ 4.

²⁹² Cfr. Sentencias del TEDH, casos Klass, 15 de junio de 1992 y Lüdi, 6 de septiembre de 1978.

protección, entonces se dispone de un doble adelantamiento en la tutela. Y es que, aunque pudiera parecer legítima la restricción de derechos y garantías en la materia, el problema de aceptación a los postulados del doble adelantamiento comporta la imposibilidad de identificar con claridad si estamos ante un verdadero miembro del grupo delictivo o ante un ciudadano que no ha renunciado a la observancia de la norma.

En este sentido, el modelo normativo de investigación anticipada frente a la consumación del ilícito de organización criminal guarda una remota relación de carácter subjetivo, dado que sólo el autor conoce que sus preparativos son para consumir el delito, momento generalmente no considerado punible por el derecho. Y es que en la esfera del crimen organizado la doctrina del adelantamiento se encuentra ya en la propia norma que regula la materia, pues considera ilícitas las etapas anteriores a la ejecución de sus manifestaciones.

Ahora bien, si se considera que la organización con intención criminal constituye un supuesto de consumación delictiva, entonces se afirma la presencia de fases previas a una efectiva lesión del bien jurídico y, por lo tanto, la existencia de un interés tutelado, a mi juicio, difícilmente identificable en la norma que regula el crimen organizado, dado que la *ratio* del tipo radica en la inobservancia de normas organizativas, esto es, la protección de condiciones o estándares de seguridad y la evitación de perturbaciones sociales, aunque sobre esto me ocuparé más adelante. Bajo este escenario, se aprecia un sistema penal sobre actos no representativos de una concreta puesta en peligro o una efectiva lesión, sino de eventos situados en periodos preliminares. Esto es reiterado por la jurisprudencia mexicana, que en su opinión, “para configurar el delito de delincuencia organizada resulta irrelevante que se logre o no la consumación, materialización o simplemente la exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización”²⁹³. En otras palabras, el Estado reprocha penalmente conductas que, en principio, pertenecen aún al marco de libertades de la persona (actos preparatorios) o, bien, tiene por consumadas conductas que sólo podrían haberse encuadrado en el estadio de la tentativa.

De esta forma, la ciencia penal moderna sustituye el paradigma tradicional de lesión o

²⁹³ TCC, tesis II.2o. P.J/22, SJF, T. XXIV, 9ª época, Septiembre de 2006, p. 1194.

peligro concreto de bienes jurídicos por un modelo con predominio en la probabilidad de peligro o lesión como contenido material de los tipos, penándose la desviación de reglas, el estándar de funcionamiento de los subsistemas sociales, la infracción de deber, la desobediencia normativa y/o la violación de expectativas. Entonces, el derecho adelanta la tutela penal al comprender la finalidad delictiva de la organización como elemento de igual o mayor perjuicio que la efectiva lesión al bien jurídico. No obstante, desde mi perspectiva, esta anticipación renuncia a la sanción sobre la comisión del hecho antijurídico o del intento comisivo para penar el mayor grado de probabilidad delictiva, haciendo de lado la conformación de la organización criminal como ilícito consumado (dada su especial peligrosidad) para estimar su expectativa o probabilidad delictiva.

Y es que el ilícito ocupa una posición peculiar en el catálogo de los delitos autónomos pues, como bien señala parte de la doctrina, “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, esto es, desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyen supuestos de pre-preparación o proto-participación”²⁹⁴. Pese a ello, las penas en conductas perceptiblemente lejanas al daño concreto, son comparativamente más elevadas con respecto a los delitos de lesión.

Dada la particularidad del mecanismo, es de advertir el conflicto que la figura manifiesta en relación al *principio de lesividad*, cuya función es limitar la actuación del Derecho penal a través de la categórica exigencia de daño o, cuando menos, la puesta en peligro de un bien jurídico para lograr la imposición de pena. En este contexto, el discurso sostenido sobre la autonomía penal de la delincuencia organizada resulta inconsecuente al disponer, en principio, la finalidad delictiva como elemento base del injusto. Abandonando con ello el principio de lesividad y haciendo subsistentes los actos preparatorios no punibles, que indudablemente repercuten negativamente en el área de las libertades de la persona y, por ende, de los Derechos Humanos.

²⁹⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 1.

En este contexto, si se sigue de forma estricta la exigencia del principio referido difícilmente se puede legitimar la anticipación penal²⁹⁵ en la materia, pues la imposición de pena sobre una idea antepuesta a la materialización del delito resulta improbable por la función propia de los principios limitadores que apalean al establecimiento de una frontera en la construcción del Derecho penal cuyo propósito es la evitación de excesos. Luego, en supuestos como la delincuencia organizada donde existe una representación y concurre –de igual manera- la ausencia de daño, toda vez que la sola idea criminal no representa un peligro especialmente relevante ni mucho menos un acto materialmente negativo, cabe la posibilidad de estar sancionando en el entorno de las libertades de la persona cuya protección se supedita a instrumentos normativos en materia de Derechos Humanos.

En mi entender, la estructura del tipo penal reconduce a la figura de la accesoriedad, pues en realidad se trata de una acción dependiente de sus expresiones (ilícitos penales) que llenan de contenido la norma de referencia, pues de constituir la sola organización con fines criminales una acción independiente de sus manifestaciones, no alcanzaría a ser –al menos- un acto preparatorio punible; ello, sin tomar en consideración que el tipo penal se circunda bajo el elemento de la reiteración que se encauza al delito-fin, como se desprende de los diversos criterios jurisprudenciales²⁹⁶, y no propiamente a la constitución de la organización criminal ni a su finalidad, que constituyen –según la propia redacción del tipo- los elementos materiales-subjetivos del injusto.

²⁹⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., pp. 102 y ss.

²⁹⁶ Las diversas resoluciones en materia de delincuencia organizada, insisten en encontrar el fundamento del delito en sus manifestaciones. Así se observa en uno de los más recientes criterios emitidos por la doctrina jurisprudencial nacional (noviembre de 2014) que establece lo siguiente: “DELINCUENCIA ORGANIZADA, DELITO DE. PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o. DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, SE ACTUALIZA NO SÓLO CON LA ORGANIZACIÓN DE TRES O MÁS PERSONAS PARA COMETER ILÍCITOS, SINO QUE DEBEN DEMOSTRARSE LOS ELEMENTOS CONSISTENTES EN LA REPETICIÓN DE CONDUCTAS ILÍCITAS EN FORMA PERMANENTE O REITERADA. Si bien es cierto que del artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se advierte que se comete ese delito cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos señalados en sus diversas fracciones; también lo es que para que se actualice debe demostrarse el otro elemento objetivo claramente definido, consistente en la permanencia o reiteración de esas conductas, a través de la constatación de la previa materialización de cuando menos un comportamiento ilícito anterior de los organizados para delinquir, que tipifique alguna o algunas de las diversas figuras delictivas contenidas en el precepto legal citado, cuya acreditación sea susceptible de justificarse con pruebas fehacientes, y no inferirse con base en los medios materiales vinculados con el diverso o diversos delitos con los que se realice el de delincuencia organizada atribuida”.

Aquí, cabe destacar que entre la agrupación y su programa de actuación existe una diferencia que posibilita el análisis del injusto de la organización por sí mismo. Así, mientras que el primer elemento se reduce al solo hecho de prepararse o constituirse para un determinado fin (delictivo); el segundo componente se refiere a las etapas ejecutivas de la organización, es decir, los diversos delitos que integran su contenido. En este sentido, la noción de organización permite trabajar en su espacio material –según criterios de capacidad/idoneidad- para articularse de conformidad a roles y competencias; facilitando evaluar la idoneidad ofensiva que ésta tiene respecto al bien jurídico protegido. En otras palabras, es a partir de la noción de organización que debe valorarse si la agrupación en sí misma tiene aptitud de afectación al bien jurídico colectivo. Para ello, debe tomarse en consideración el vínculo colectivo/acuerdo previo de los integrantes que reclama la figura de la permanencia en la condición de organización como tal, no en sus manifestaciones.

De esta forma, el carácter abstracto que la figura representa (en el sentido de delito autónomo) implica una ponderación sobre el aspecto de la tipicidad, e incluso político-criminal, al considerar como unitaria la acción cuando en realidad concurren actos independientes entre sí, de modo que el sustrato material exigido en el art. 2º LFDO puede apreciarse cuando los delitos relacionados a este ámbito forman su contenido tangible, de tal suerte que éste solo puede llegar a concretarse en un acto lesivo cuando se lleve(n) a cabo otro(s) ilícito(s) de distinta naturaleza, cuestión íntimamente relacionada con el elemento de la reiteración cuyas inconsistencias se encuentran en su propio contenido, más allá de estar orientada hacia las manifestaciones de la delincuencia organizada.

En este sentido, la reiteración constituida como elemento indispensable del tipo, muestra entre sus principales inconvenientes una configuración integrada a partir de –cuando menos- un ilícito materializado más otro no necesariamente consumado o *half crime*, como se desprende de los criterios jurisprudenciales²⁹⁷ y de la propia estructura normativa del tipo, encontrándonos en presencia de un precepto atípico. Ello es así, porque la propuesta legislativa reconduce a considerar que el *half crime*, visto *ex post*, opera como una especie de permisión en la realización del primer ilícito desplegado por la organización criminal, cuya consecuencia es su irresponsabilidad penal, pese a que el

²⁹⁷ Cfr. SCJN, amparo directo 88/2014, Tesis, 10ª época, 21 de noviembre, p. 25.

grupo en sí mismo cumple con todos los elementos para ser considerado delictivo. Como resultado de lo anterior, el hecho de organizarse para intentar concretar delitos, en realidad no constituye el injusto penal, cuando menos desde la perspectiva de la reiteración. Lo que sí supone esta exigencia normativa es un mayor sustento a la dependencia o accesoriedad de la materia frente a sus derivaciones.

Pese a ello, la exposición de motivos de la ley argumenta –de manera más retórica que real- el adelantamiento de la punibilidad a través del empleo de figuras como los intereses difusos (seguridad pública), fórmula que en principio suena convincente, pero cuyas críticas se han orientado a la escasa claridad del objeto de protección, así como a la indefinición de sus titulares²⁹⁸, elementos que hacen una figura poco plausible. En concreto, el contexto del crimen organizado (en México) se apoya en la seguridad pública como elemento a preservar. Siendo ello así, cualquier conducta puede justificarse desde esta perspectiva existiendo, de esta forma, una reinterpretación al concepto de lesividad y de intervención mínima que permiten justificar en la LFDO un adelantamiento de las barreras de protección penal en actos donde no existe un peligro penalmente relevante ni lesión al interés individual o colectivo. Lo que importa aquí no es determinar si la seguridad pública constituye o no un bien jurídico (colectivo/difuso), sino definir el contenido del tipo penal de delincuencia organizada mediante el análisis de los principios limitadores del Derecho penal así como de los criterios existentes en materias vinculadas, como los Derechos Humanos a los cuales la norma se circunscribe, y que permiten el estudio de “fórmulas de protección que se caracterizan como una especie de ámbito previo de tutela”²⁹⁹.

Resulta evidente, en opinión de GARCÍA ORTÍZ, “que la justificación del adelantamiento de las barreras de punición no puede discurrir con éxito por esta vía, sino que la única alternativa científicamente posible sería reinterpretar el propio concepto del delito y, por lo tanto, de lesividad. En efecto, si el delito deja de entenderse como una lesión de

²⁹⁸ GARCÍA ORTÍZ, Lourdes, “Introducción al estudio de los intereses difusos en el código penal”, Ed. Instituto superior de economía local, Málaga, (2001), p. 1. Disponible en http://isel.org/publicaciones/cgpl_2001/Legislacion/l_garcia.htm. Si bien la autora establece dos críticas en las que se ha fundado los llamados ‘intereses difusos’, en realidad alude que dicho término se refiere a “bienes jurídicos concretos pertenecientes a colectivos de personas delimitables, tratándose de bienes de titularidad colectiva, cuya tutela resulta necesaria para el desarrollo del individuo”.

²⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, p.196-197.

intereses empíricamente individualizables y pasa a ser interpretado como la defraudación de expectativas sociales respecto de bienes jurídicos, donde las cosas adquirirán evidentemente otro cariz³⁰⁰, pues aquella (la defraudación normativa) no precisa necesariamente de la lesión empírica de un interés individual, sino que se sustenta en lo socialmente perceptible, es decir, en la perturbación social del hecho punible³⁰¹. Así, desde la perspectiva de la defraudación normativa, la formación en sí del grupo con finalidad delictiva puede resultar completamente justificada; sin embargo, ello no es posible desde la óptica de la ciencia penal que se circunscribe a principios limitadores, principalmente cuando destaca el de lesión.

La anticipación penal, como segundo acercamiento a la justificación en los delitos de organización, plantea como su principal objeción la reducción innecesaria de la perspectiva de análisis, pues se contiene exclusivamente sobre el aspecto de la punición adelantada sin identificar el bien jurídico merecedor de protección en la delincuencia organizada, más allá de sus exteriorizaciones, es decir, de los tipos penales afectados por las infracciones instrumentales del conglomerado³⁰². Al margen de lo anterior, cabe señalar que la preponderancia sobre la evitación del futuro delito frente aquello que ha sido materializado/concretado puede conducir a acentuar como fuente riesgo al sujeto, como ha sucedido no solo en el discurso sino en diversas sentencias judiciales donde la definición del injusto en los delitos de organización cae en un juego incontrolable derivado del contenido de su tipificación; que además, impide identificar su objeto de protección específico³⁰³, sosteniendo una identidad del bien jurídico entre la organización (en sí) y sus manifestaciones; inconveniente que se ve reflejado en las libertades de la persona, pues como bien lo destaca CANCIO MELIÁ: “quien [...] pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos”³⁰⁴.

³⁰⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 306 y 315.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 15.

³⁰³ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 15 y ss., quien cita la tesis de la anticipación, introducida por Rudolphi y, posteriormente, García-Pablos, menciona que 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”.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 16.

4.3 Bien jurídico colectivo. Tercera justificante.

El tercer camino seguido por la doctrina se suma a la anticipación penal y consiste en el ataque directo a la seguridad pública (interna/externa) y el orden estatal. Esta idea surge de los postulados liberales del Derecho penal que aportan una función protectora a los bienes jurídicos, garantizando una zona de libertad y amparo a los intereses más significativos del sistema social. No obstante, la teoría del bien jurídico exhibe una orientación que en los últimos años ha transformado aquellos postulados. GIMBERNAT atribuye parte de las fisuras que presenta esta doctrina a autores como Jakobs, Stratenwerth, Von Hirsch, Frisch o Wolter quienes niegan, en mayor o menor medida, la protección de intereses o valores como finalidad del Derecho penal. El ejemplo más representativo se encuentra en los razonamientos de JAKOBS, que ubica como espacio de protección la vigencia normativa. Los inconvenientes no se limitan al nacimiento de propuestas doctrinales, los propios defensores de la teoría del bien jurídico reconocen que el concepto carece de contornos precisos, aunado al hecho de que en algunos tipos penales resulta difícil determinar el interés jurídico a tutelar³⁰⁵.

La razón de los últimos postulados (precisión y determinación del bien jurídico) se debe, en gran parte, a la aparición de su reconocimiento como forma supraindividual, característica que presenta dificultades en la delimitación de su contenido. Ello no significa la invalidez del concepto de bien jurídico, pero sí el riesgo de que los valores/intereses se conviertan en una disculpa a la intervención arbitraria del Estado, sea por su ampliación o por la generación de nuevos objetos de protección.

En este sentido, las normas que operan emancipadamente en materia de crimen organizado son el reflejo de un Derecho penal que, so pretexto de combatir de manera eficaz requerimientos sociales, amplía su campo de acción excediendo su función protectora de bienes jurídicos con motivo del riesgo que genera un grupo de personas organizadas. Así, la teoría del bien jurídico, en tanto instrumento supra-positivo de legitimación, halla su principal inconveniente en los delitos de organización que tienen su impulso en la falta de claridad sobre el objeto de protección, por lo que su legitimidad

³⁰⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, p. 11.

se obliga a sustentarse en las diversas manifestaciones que la organización tiene, y ello debido a la ausencia del concepto de injusto que, en todo caso, le corresponde delimitar el bien jurídico que se afecta.

4.3.1 Aspectos funcionales del bien jurídico.

Dada la utilidad práctica que representa el tipo penal de delincuencia organizada, cada vez es más frecuente orientar la figura a otros delitos. El propósito ha sido dirigir la represión de agentes colectivos (especialmente peligrosos) sobre el marco de prevención³⁰⁶, cuyo consenso teórico se halla asentado en la existencia de una “legitimación especial”³⁰⁷ que conduce a concebir los delitos de organización desde la perspectiva de su funcionalidad, esto es, como forma de contención/neutralización de peligros. Es su sentido utilitario donde se centra el debate sobre el bien jurídico en la materia.

Pese a lo anterior, la ciencia penal insta al mantenimiento de un derecho acorde a los principios de un Estado democrático. En este contexto JAKOBS –con base en su criterio funcionalista- elabora una crítica relacionada con las tendencias sistemáticas que adelantan la punibilidad de los actos preparatorios a la consumación. Así, al margen del discurso tendente a justificar las anticipaciones, considera que existen motivos preventivo-policiales que dan lugar al adelanto (de la consumación) ofreciendo ello –a la policía- la posibilidad de intervenir en el momento preciso, ampliando, de esta manera, los límites y la represión³⁰⁸. Siendo ello así, según el autor, el discurso con mayor dificultad en su explicación lo constituye el principio de protección de bienes jurídicos, pues con base en ese amparo se induce a creer en la legitimación de todo aquello que guarda relación positiva con los intereses. Por esa razón, todo lo que se pueda calificar como un ataque peligroso a un bien (jurídico), tiende a declararse susceptible de represión

³⁰⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 16, cita que ya “Maurach establecía que el delito de asociación ilícita tenía un marcado carácter preventivo policial. Treinta años más tarde, Naucke 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”.

³⁰⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 16 y ss.

³⁰⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (trad. Enrique Peñaranda Ramos), en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, (trads. Enrique Peñaranda Ramos/Carlos J. Suárez González/Manuel Cancio Meliá), Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, pp. 293-324.

penal. Bajo este escenario JAKOBS determina que acogerse exclusivamente –como único punto de partida- a la figura del bien jurídico lleva a un desbordamiento que conduce a excluir la esfera jurídica del autor, quien queda definido solamente por el hecho de constituir un peligro para el bien jurídico³⁰⁹. Sobre esto se permite y evidencia la anticipación penal ilimitada, es decir, desde el comienzo de un peligro, de manera que se puede llegar al extremo de considerar peligroso el pensamiento (de autores potenciales) o, incluso, las fuentes de donde surjan esos pensamientos³¹⁰.

Aquí toma vigencia la regla *cogitationis poenam nemo patitur*, en la medida en que los asuntos exclusivamente internos no pueden constituir delito; pauta que impide al Estado intervenir en el aspecto intrínseco de la persona, *ergo* no debe/puede quedar incluido dentro de su esfera de control, de modo que el espacio interior debe interesar sólo para la interpretación de fenómenos externos que lleguen a ser perturbadores socialmente. Este sustento ha servido como base en la controversia de la punibilidad del pensamiento, manifestada en el acuerdo previo, que constituye el sostén en la conformación de la organización (criminal). Consecuentemente, la técnica de tipificación utilizada en delitos de peligro abstracto implica criminalizar una conducta en circunstancias de probabilidad, esto es, sin la concurrencia de un resultado material, en el sentido de un efecto exterior, sino en la posibilidad de que ello concurra. Para JAKOBS este método no puede ser justificado dado que la responsabilidad penal del sujeto se aparta de las reglas generales de lesividad y se ajusta a las de peligro del comportamiento futuro, propio o ajeno, principio establecido como límite frente a la actitud peligrosa y que permite al mismo tiempo confirmar el principio de responsabilidad por el hecho³¹¹.

En tal virtud, la conducta abstractamente peligrosa pretende legitimar la perturbación externa de “posibles sucesos dañosos”³¹², que justificada en un contexto interno suscita una intromisión en la esfera privada, ahí donde el autor no está obligado a dar explicación alguna. Es por ello que –incluso en el espacio de lo abstracto- se llega al extremo de que

³⁰⁹ *Ibidem.*

³¹⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit., p. 16 y ss., quien cita a JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, pp. 751 y ss.

³¹¹ *Ibidem.*

³¹² *Ibidem.*

una conducta no peligrosa puede ser punible dado que “un riesgo puede ser solamente pretexto, y no razón, para imponer al autor la constatación del contexto de sus planes”³¹³.

Siendo ello así, el fundamento funcional del bien jurídico en el entorno de la delincuencia organizada permanece en las normas colaterales cuya función es garantizar las posibilidades de vigencia de las principales, concretamente su base cognitiva³¹⁴, legitimando de esta forma sólo un injusto parcial que –en opinión de JAKOBS- es posible sancionar, dado que no se vulneran normas principales (de lesión), sino normas de flanqueo cuya validez no se circunscribe a la figura del bien jurídico, sino a cuestiones diversas a éste³¹⁵. En consecuencia, ésta perspectiva constituye una reinterpretación sobre el crimen organizado que intenta adaptar la definición de injusto a un marco del que por naturaleza carece: la legitimidad.

4.3.2 El principio de daño.

En párrafos anteriores, referí la indiferencia que el moderno Derecho penal, concretamente en el ámbito de la delincuencia organizada, observa frente al principio de daño. Y es que, el tratamiento ofrecido hasta ahora en el contexto nacional refiere una confusión entre el concepto de bien jurídico y el principio de daño (*harm principle*), este último empleado por la doctrina angloamericana, que si bien parten de la idea de deterioro difieren en su amplitud. Partiendo de ello, el bien jurídico se considera como “el medio o capacidad que posee un cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida”³¹⁶, mientras que el daño –esencial en el principio de lesividad- es apreciado como “el menoscabo [en sí mismo] de un recurso con respecto al que una persona tiene una pretensión o un derecho”³¹⁷; en consecuencia, el bien jurídico no es el fin de protección,

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del “delito económico”, *RP*, nº 21, Universidad de Huelva, enero (2008), pp. 17-21. Además el autor cita que JAKOBS en su exposición de 1985, señaló como punto esencial de análisis crítico, sobre determinados tipos penales, la anticipación punible en estadios previos a la lesión del bien jurídico, aspecto característico de los tipos penales de organización o asociación. En JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo...”, op. cit., pp. 751 y ss..

³¹⁵ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 278, quien refiere a JAKOBS, Günther, *Stafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., 1991, p. 2-25.

³¹⁶ VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio de daño”, en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, p. 41 y ss.

³¹⁷ *Ibidem*.

sino aquello que se localiza detrás, en otras palabras, no se trata de un concepto primario sino secundario³¹⁸. Pese a ello, normativamente se ha conceptualizado al bien jurídico desde la influencia de lesividad, de modo que su contenido se colma con los elementos circunscritos al principio de daño; no obstante, las últimas disposiciones tienden a extender el concepto de bien jurídico al daño sobre otros que, en opinión de VON HIRSCH, representa un esfuerzo de su ampliación al menoscabo de los derechos ajenos³¹⁹.

En este contexto, el principio de daño contribuye al establecimiento de un doble enfoque respecto al bien jurídico: por un lado, la construcción y, por otro, los límites del concepto, ideas que si bien encaminan –siguiendo a VON HIRSCH- la lesividad hacia otras personas debe contemplarse el daño desde lo individual, pues en realidad este principio contiene lesiones de carne y hueso³²⁰. Sin embargo, el *harm principle* no desestima la prohibición de conductas colectivamente lesivas, pero exige que la *ratio* de los bienes colectivos radique en la protección de intereses personales³²¹.

Visto de esta forma, bien jurídico y principio de daño quedan fuera del alcance en la legitimación de la delincuencia organizada, pues niegan como *ratio* la protección de intereses colectivos; incluso las aportaciones más contemporáneas que extienden el principio lesivo plantean reconsiderar la finalidad/objeto del Derecho penal, particularmente cuando existen conductas (inmorales) que carecen de víctima, como el caso de los intereses colectivos³²². Ello es así, porque si se toma en consideración que el deber del Estado es la promoción de condiciones idóneas para que las personas puedan llevar una vida libre y autónoma (bien común) y que solo la coacción penal puede ser utilizada para prevenir la violación de esa libertad y autonomía cuando ocasione daños a terceros; luego, dicha coerción no se debe utilizar con el sólo propósito de hacer cumplir

³¹⁸ AMBOS, Kai, “Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho penal internacional”, *RDPC*, UNED, 3ª época, n° 10 (2013), p. 349.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico...”, op. cit., pp. 44-45.

³²² La exposición de motivos de la iniciativa de la LFDO establece que “...la delincuencia organizada atenta contra los principios básicos de la vida comunitaria y de la esencia estatal, generando descomposición social e inestabilidad política. Lo anterior debilita al Estado de Derecho y la capacidad efectiva de las instituciones públicas para defender los derechos fundamentales del ser humano. Por tal razón, resulta incuestionable que no puede tratarse igual a las personas que cometen delitos ocasionales por razones de orden pasional, circunstancial, de apremio económico, etc., que a quienes asumen patrones de conducta profesional para atentar contra el Estado y la sociedad.”

ideales morales³²³, cuya expresión más sólida se encuentra bajo la inclusión del *riesgo de daño*.

En forma más precisa FEINBERG dispone del principio de lesión (*offense principle*). En su opinión, sólo las lesiones ilícitas deben ser prohibidas por el Derecho penal, esto es, cuando el derecho de otro resulte desplazado por la conducta ilícita del agente³²⁴. A su juicio, toda formulación normativa aceptable debe realizarse bajo el criterio de la ilicitud, elemento que suma peso normativo al modelo instrumental y naturalista del principio del daño, vinculado a acciones que conducen a la lesión³²⁵.

Bajo este escenario, el argumento de la *seguridad pública*³²⁶ como elemento legitimador de la delincuencia organizada resulta forzado. En un primer acercamiento, porque el bien jurídico no puede extenderse a estadios no comprendidos por el propio concepto, es decir, no se puede comprender el menoscabo propio del *harm principle*; en un segundo plano, el principio de daño sólo reconoce lesiones ilícitas (en su sentido material). Pero más allá de lo citado, la figura no puede inferirse como fundamento autónomo, dado que cada delito representa por definición un ataque contra el orden jurídico y, por lo tanto, contra la seguridad pública. De este modo, una definición del fin de protección que se limita a puntualizar el estado que debe protegerse simplemente como una *no realización de delitos*, carece de contenido semántico independiente, pues solo produce el objetivo que deben seguir todas las normas penales³²⁷, dejando a salvo únicamente los daños causados por los asociados a la delincuencia organizada (secuestro, salud pública, falsificación de moneda, entre otras); orientando de esta forma su legitimación a intereses individuales, razón suficiente para prescindir de la reacción penal frente al mero acto de organizarse.

³²³ RAZ, Joseph, "El principio del daño", en AMBOS, Kai, "Una segunda contribución...", op. cit., p. 358.

³²⁴ AMBOS, Kai, "Una segunda contribución...", op. cit., p. 358.

³²⁵ AMBOS, Kai, "Una segunda contribución...", op. cit., p. 361.

³²⁶ En México, se ha sostenido que el bien jurídico en el tipo penal de delincuencia organizada radica en la *seguridad pública*. El argumento acerca del derecho ciudadano de contar con una seguridad pública que garantice su tranquilidad, se ha elaborado de forma simplista, sin establecer las bases jurídicas o, al menos, político-criminales que fundamenten la cuestión. En sentido opuesto se ha pronunciado Tatjana Hörnle quien rechaza todo discurso que se limite a reinterpretar como bien merecedor de protección penal la finalidad perseguida por toda norma jurídica: la seguridad pública.

³²⁷ HÖRNLE, Tatjana, "La Protección de Sentimientos en el StGB", en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 383-402.

Más allá de lo anterior, la penalización de la organización en sí misma no puede fundamentarse exclusivamente en la identificación de un bien jurídico posiblemente amenazado; por el contrario, el carácter criminal sobreviene esencial e irrenunciablemente del análisis sobre la imputación que consigue explicar el nexo del reproche entre conducta y potencial riesgo y, por lo tanto, justificar el ámbito de responsabilidad penal del agente: la organización. Esta es la base que se aproxima a la distinción entre el bien jurídico y nexo de imputación, es decir, entre conducta y riesgo.

En este contexto, los intentos de legitimar tipos penales bajo la idea de *seguridad pública* carecen de convicción, por cuanto la figura parece ser una reformulación de lo prohibido³²⁸. Esto es, si la conducta se funda en una concepción meramente subjetivista no puede calificarse como injusta; en consecuencia, la criminalización que carezca de un contenido material de injusto (aun quedando solo su contenido formal) debe ser excluida, pese al repudio público considerablemente intenso y socialmente extendido. La razón es que al sancionarse una conducta riesgosa considerada como un estadio previo a la peligrosidad, a criterio de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, se excluye la real eficiencia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuridicidad material³²⁹, quedando ausente el desvalor del acto y, por lo tanto, del resultado.

Lo dicho evidencia la incompatibilidad entre riesgo y daño, siendo éste último el referente legitimador en la atribución criminal de conductas donde el menoscabo resulta excluido. De forma restringida o amplia el *harm principle* continúa fuera del alcance penal, particularmente en el entorno del crimen organizado en tanto no surja la elaboración de su injusto. En este sentido, ambas teorías (bien jurídico y principio de daño) encaminan el tipo penal hacia la tutela del interés que no siempre resulta equivalente al bien jurídico.

4.3.3 El interés y el derecho de los sentimientos.

Una característica típica de la literatura sobre el sentido y fin del Derecho penal es el postulado de que sus normas sólo sirven para proteger bienes jurídicos. En este sentido, no es posible justificar prohibiciones penales que sirvan en la protección de

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 247.

sentimientos³³⁰. A pesar de lo sostenido, no es infrecuente encontrar en la normativa penal esta clase de salvaguarda, por el contrario, el legislador a menudo recurre a reflejar la tutela de los sentimientos en delitos donde –por ejemplo– la acción típica consiste en promover, incitar o provocar emociones o efectos negativos hacia terceros, tal es el caso de los ilícitos asociados a ideologías religiosas, origen nacional, orientación sexual, entre otros. Sin embargo, en casos como los mencionados, de acuerdo con HÖRNLE, “es obvio que, cuando se trata de normas penales que protegen bienes jurídicos “consistentes” [*handfest*], no es necesario argumentar con sentimientos heridos”³³¹. Frente a ello, los fenómenos psicológicos pierden importancia en la valoración penal, al resultar indiscutible que la lesión de derechos de la víctima y daños causados son decisivos en el fundamento e imposición de pena³³².

Lo anterior no es tan evidente cuando se trata de menoscabos inmateriales. En este sentido, es cuestionable si la norma relacionada a la delincuencia organizada (LFDO) es una prohibición que protege sentimientos. Al respecto, no parece insensato tratar de esa forma a la materia, ya que los motivos de las numerosas leyes que regulan esta infracción determinan al miedo social como elemento legitimador de la norma. Siendo ello así, la mención legislativa se adecúa a los sentimientos, lo cual permite discutir la delimitación del bien jurídico merecedor de protección en el área del crimen organizado, sobre todo cuando la referencia al temor se presenta como el objeto anhelado por la organización, esto es, atemorizar y crear inseguridad en el colectivo social. En efecto, toda vez que lo mencionado no puede operar como bien jurídico merecedor de protección dada la alta influencia que los sentimientos tienen, su tutela se encauza a la seguridad pública que opera como bien jurídico. Es aquí donde la protección de los sentimientos queda evidenciada, pues si contemplamos sus definiciones habituales la seguridad pública se remite al “estado de seguridad jurídica general así como del sentimiento de seguridad de la población basado en la confianza en la seguridad jurídica general”³³³. De la definición proporcionada, no puede inferirse que la seguridad pública guarde un espíritu autónomo,

³³⁰ HÖRNLE, Tatjana, “La Protección de Sentimientos en el StGB”, en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 381.

³³¹ *Ibidem*, p. 384.

³³² *Ibidem*.

³³³ HÖRNLE, Tatjana, “La Protección de Sentimientos en el StGB”, op. cit., p. 386.

pues cada delito constituye en sí mismo un ataque contra la seguridad pública, reiterando el objeto que persigue cualquier norma penal³³⁴.

En el mismo sentido, el discurso político-criminal en el área de la delincuencia organizada pone en la mira la protección del interés ciudadano, y es que la ausencia del bien jurídico sitúa a la figura (interés) como componente de legalidad y legitimidad en la disciplina que busca mantener inalterable el sentimiento ciudadano³³⁵. Pese a la buena voluntad de contener las agresiones sobre ese sentimiento, éste sólo puede quedar llanamente en el espacio de los intereses sin poder llegar a su valoración como bien jurídico, pues –de acuerdo a la opinión de SEELMANN- difícilmente los bienes colectivos comprendidos por el concepto de derecho subjetivo, en casos límite, sobre todo cuando se lesionan sentimientos como en el supuesto de los delitos de organización, se vuelven hacia la noción de protección a la norma que históricamente no ha prosperado. Así, FEUERBACH consideró penalmente relevante la sola lesión de derechos subjetivos, atribuyendo la lesión de otros mandatos a las meras infracciones de policía; posteriormente, BINDING elaboró, en un primer plano, la distinción entre infracciones penalmente relevantes y peligros concretos, y en un segundo momento, los peligros abstractos propios del Derecho de policía. En ambos casos nos hallamos frente a un grado considerable de abstracción del bien jurídico donde cualquier hecho puede ser clasificado como delito de lesión³³⁶. Ello evidencia un problema de legitimación y, en particular, de imputación, que da lugar a imposibilitar el interés como bien jurídico. Ante esta perspectiva, todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico³³⁷, para ello requiere ser valorado positivamente por el ordenamiento normativo.

En el mismo sentido, el criterio de HÖRNLE confirma el rechazo categórico sobre la idea de protección normativa de los sentimientos, al considerarlos fenómenos psicológicos secundarios en la valoración penal, pues se trata de menoscabos inmateriales donde el

³³⁴ Cfr. HÖRNLE, Tatjana, “La Protección de Sentimientos en el StGB”, op. cit., p. 386-387.

³³⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, op. cit., en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico...*, op. cit, p. 11.

³³⁶ Cfr. SEELMANN, Kurt, “El Concepto de Bien Jurídico, el *harm principle* y el Modelo de Reconocimiento como Criterios de Merecimiento de Pena”, en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 379 y 380.

³³⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, op. cit., p. 11.

desvalor del hecho se constituye sobre la causación de sentimientos negativos, como la ofensa o el miedo³³⁸. Con arreglo a esta postura, la construcción del bien jurídico seguridad pública resulta inviable como alternativa que haga necesario el recurso penal a reacciones emocionales. Por el contrario, solo consigue una fachada de falsa racionalidad³³⁹.

Como afirma la referida autora, si nos ocupamos de cuestiones de criminalización, desde la consideración de una determinada prohibición penal como norma legítima, la referencia a la seguridad pública resulta problemática al difuminar la diferencia entre delitos de riesgo y acciones sin un serio peligro potencial, además de desvanecer la frontera entre los genuinos/puros delitos contra los sentimientos y aquellos que protegen sentimientos no exclusivos o indirectos, cuya base se encuentran los derechos de otras personas³⁴⁰. Es así como la delincuencia organizada se asocia a los delitos contra los sentimientos, pues su acción en sí misma puede considerarse objetivamente inofensiva, pues refiere riesgos lejanos o amenazas vacías que resultan adecuadas para desencadenar un atentado contra las emociones ciudadanas como el miedo, inseguridad, indignación o ira social³⁴¹. Frente a ello, resulta complicado considerar al fenómeno crimen organizado como delito de riesgo, pues no se requiere de una llamada a la realización de acciones violentas, sino del reconocimiento material de la asociación en sí. De ahí que la *ratio* de las normas de delincuencia organizada no deben sopesar su fundamento racional-instrumental en el riesgo futuro, pues para su aparición se requiere la realización de hechos punibles adyacentes a la organización, aspectos que hasta ahora determinan lo esencialmente normativo en la materia y justifican a la seguridad pública como centro de tutela³⁴², pero que en realidad son el fruto de una decisión conjunta y responsable de sus integrantes, faceta distinta a la conformación de la entidad que, a juicio de la Convención de Palermo, es el motivo del reproche.

³³⁸ Cfr. HÖRNLE, Tatjana, “La Protección de Sentimientos...”, op. cit., p. 389.

³³⁹ *Ibidem*, p. 387.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 388.

³⁴¹ Cfr. HÖRNLE, Tatjana, “La Protección de Sentimientos...”, op. cit., p. 390.

³⁴² En este sentido ver la discusión revisora del proceso legislativo en la Cámara de Diputados (28 de octubre de 1996), que consideró como uniforme el criterio de considerar como bien jurídico tutelado en el ámbito de la delincuencia organizada a la seguridad pública.

4.3.4 Paternalismo jurídico.

Otra de las figuras a prestar atención en la disciplina es el paternalismo *presumiblemente no censurable* de FEINBERG, que fundamenta la defensa de personas relativamente desamparadas o vulnerables de daños externos, incluyendo los provenientes de otras personas cuando el riesgo no haya sido consentido³⁴³. Con ello, se hace una analogía de la protección paterno-filial.

El paternalismo es adoptado por el derecho angloamericano bajo la figura del *parents patrie*, cuyo objeto radica en la toma de decisiones por parte del Estado cuando la persona no puede hacerlo por sí misma, es decir, “para cuidar los intereses de aquellos que son incapaces de protegerse por sí mismos”³⁴⁴. No obstante ello, según FEINBERG, existe otro criterio que ejerce el paternalismo jurídico: el *presumiblemente no censurable injustificado*, que refiere la ayuda estatal impuesta a personas no voluntarias, suficientemente capaces de decidir por sí mismas³⁴⁵.

Es posible que, bajo esta perspectiva, se encuentre la base político-criminal de genuinidad de la delincuencia organizada (en México). Y es que la discusión revisora del proceso legislativo en la Cámara de Diputados del 28 de octubre de 1996 desprende como argumento central en la creación autónoma del tipo penal garantizar la seguridad y el bienestar ciudadano/social, argumento que implica necesariamente la individualización del bien jurídico y reconduce al paternalismo jurídico de la doctrina angloamericana, cuyo mayor inconveniente se presenta en la restricción a las libertades de la persona. En palabras de FEINBERG, la imposición del paternalismo estatal puede conducir a que “una vez que se ha comenzado a prohibir ciertas actividades que implican un daño o que conllevan riesgos de daño, es difícil detenerse en un punto determinado y no caer en una pendiente resbaladiza que nos conduzca a un Estado totalitario, donde no quepa un espacio de libertad negativa para los individuos”³⁴⁶.

³⁴³ Cfr. FEINBERG, Joel, *Harm to self (The moral limits of the criminal law)*, Ed. Oxford, New York, 1986, p. 5.

³⁴⁴ FEINBERG, Joel, *Harm to self...*, op. cit., p. 6.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ *Ibidem*.

Como es de observar, las particularidades de las tesis desarrolladas y discutidas, especialmente en la doctrina alemana, si bien ofrecen una explicación acerca de los vicios contenidos en el fundamento y estructura del bien jurídico en el crimen organizado, también ponen de manifiesto elementos que permiten extraer conocimientos instructivos acerca del mismo. Pese a ello, la explicación político-criminal mostrada por el legislador se aparta de las figuras que circundan la teoría del bien jurídico limitándose a reinterpretarlas, llevando a confusiones en su justificación dados los diferentes matices que la doctrina nacional le asigna al bien jurídico para caracterizar el objeto de protección colectivo que solo abre las puertas a una criminalización ilimitada. Desde el punto de vista práctico, la reinterpretación y confusión se destina al daño que puedan detentar los bienes jurídicos asociados al espacio del crimen organizado.

Si algo debe quedar claro en los delitos de organización es que el bien jurídico por sí solo no puede conformar una teoría adecuada de criminalización, dado que –de acuerdo con VON HIRSCH- los criterios de legitimidad van más allá de la llana noción del objeto de protección. De momento, queda incluir en el discurso la función simbólica del Derecho penal hasta en tanto no se resuelva la parte de injusto, que sirve como punto de partida en la elaboración del bien jurídico.

5. Aproximación al contenido de injusto.

Pese a la explicación político-criminal ofrecida en el entorno de los delitos de organización, particularmente la delincuencia organizada, destaca la ausencia sobre el fundamento del injusto como elemento legitimador. Frente a ello, es dable destacar dos posturas que nos aproximan a su contenido.

Un primer acercamiento es desarrollado por JAKOBS, cuya concepción rechaza tanto la anticipación punible como la definición puramente social-psicológica o generalizadora y difusa de la *paz jurídica*³⁴⁷, resistiéndose a la idea de establecer como componente de legitimidad el menoscabo posterior o futuro de bienes jurídicos, por comportar una condición que puede acaecer en una actitud ilimitada sobre la criminalización.

³⁴⁷ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 16, quien cita a JAKOBS, Günther, ZStW 97 (1985), pp. 762 y ss.

Y es que, para el autor, el carácter ilimitado sobre la criminalización permanece en la absolutización de la protección de bienes jurídicos, pues –a su juicio- el bienestar social se intenta definir siempre en aras de la integridad/incolumidad de los mismos³⁴⁸. De esta manera, destaca la falta de justicia frente a la posición jurídica del ciudadano cuyo albedrío debe encontrarse en “una esfera libre de control”, excluyendo así el reproche penal por meros pensamientos, esto es, el Derecho penal de la actitud interna³⁴⁹ que desobedece el principio del hecho. En otras palabras, la atribución de responsabilidad no puede quedar limitada al ámbito del pensamiento, pues se atenta contra las libertades del ciudadano.

De esta forma, JAKOBS vincula el injusto al estatus ciudadano. Al respecto, resulta suficiente el respeto a las libertades para legitimar la criminalización. Siendo ello así, la persona abandona su esfera de libertad a través de la arrogación de organización ajena actual y externalizada³⁵⁰. Con ello, propone una redefinición sobre la *seguridad pública* bajo el presupuesto de admitir la anticipación penal, en tanto supone el objeto base del bien jurídico merecedor de protección y representa su parte cognitiva. De esta suerte, -menciona el autor- lo que no puede existir como anticipación de la protección de bienes jurídicos puede resultar admisible en cuanto anticipación del objeto de protección³⁵¹, impidiendo con ello justificar la criminalización, exclusivamente bajo la idea del adelanto penal en la protección de bienes jurídicos.

En razón de lo expuesto, JAKOBS determina que la conducta en cuestión (organización ilícita) no infringe una norma principal pero sí una norma de flaqueo, toda vez que se trata de un *fragmento de injusto* que eventualmente debe ser susceptible de legitimación a través de un *injusto parcial*. Ello porque, si bien, la norma de flaqueo no protege al bien principal (al no detectarse arrogación alguna), sí salvaguarda las condiciones de vigencia de la norma principal, esto es, su base cognitiva³⁵². Partiendo de la concepción sobre teoría de la pena y definición del injusto de autor mencionado, donde la norma también se relaciona a nivel sociedad, esto es, no se limita al vínculo entre autor-norma, ya que genera una mínima confianza en la colectividad que constituye el presupuesto de

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 753.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 261.

³⁵⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 261.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*.

su vigencia que, a su juicio, se vulnera con la “elevación drástica del riesgo”³⁵³. Frente a ello, el anuncio masivo de la comisión futura de hechos punibles –considerado como la amenaza o arrogación de organización- supone su parte negativa (ausencia de confianza) dado que la elevación del riesgo causa “efectos de desorientación”, y en consecuencia una conmoción sobre la base cognitiva de la confianza en la norma: la *paz social*³⁵⁴.

Este enfoque, sitúa al centro de la legitimidad en la criminalización sobre los delitos de organización a las normas de flaqueo, en tanto suponen una protección al soporte de los bienes jurídicos, quedando vinculada la especial peligrosidad al ámbito estrictamente jurídico-penal: la vigencia normativa.

Un segundo planteamiento acerca del injusto de la organización (ilícita) lo proporciona CANCIO MELIÁ, quien considera como puntos de apoyo en la construcción de su propuesta la utilización de una noción coherente de organización y conducta de integración en ella³⁵⁵. En su opinión, es la incorporación misma en la asociación criminal lo que constituye el proceder objetivo, condicionado a la adaptación del comportamiento del sujeto físico para conferirle relevancia penal. Siendo ello así, la integración a la organización resulta imputable, ya que lo decisivo es la actuación colectiva que hace partícipe al sujeto de la organización. Frente a los elementos objetivos proporcionados en la elaboración del concepto de injusto, resulta innecesario el recurso al espacio interno del autor³⁵⁶. Por otra parte, el autor, distingue la incorporación (participación interna) de la colaboración (participación externa) en/con la organización, siendo ésta última la que cobra especial importancia de cara al nivel de riesgo permitido, en atención a la adecuación social³⁵⁷.

La organización así vista no se limita a la perspectiva del mecanismo de peligrosidad que tradicionalmente ha representado, lejos de ello la dota de autonomía. Este enfoque abre camino a la elaboración del concepto de injusto que se ampara principalmente en la noción de Estado de Weber (como única fuente del “derecho” a la violencia), así como en la distinción que BERNER realiza entre organización y banda, estimando la

³⁵³ *Ibidem*, p. 262.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 273.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*.

desorganización de la vida estatal como elemento que confiere personalidad autónoma a la organización³⁵⁸ pues, en su criterio, la organización ilícita procura “generar un organismo lo más cerrado en sí mismo posible dentro del organismo del Estado”³⁵⁹. Bajo estos presupuestos CANCIO MELIÁ afirma que el injusto de asociación permanece en la ocupación ilegítima de la vida pública³⁶⁰ pues, a su parecer, se trata de una “*arrogación de organización [colectiva]* no sólo en el sentido de que se arroga una organización ajena, sino, además, que es una organización quien se la arroga”³⁶¹. Siendo ello así, la organización delictiva se atribuye el ejercicio de funciones estatales, específicamente el *monopolio de la violencia* que representa y confirma una falta de respeto al Estado³⁶², adquiriendo, de esta manera, un significado distinto la composición colectiva de las organizaciones criminales: la desvinculación de sus expresiones.

A mi juicio, se continúa con elementos que matizan el injusto penal, toda vez que la apropiación de facultades del Estado alcanza al proceso de inversión de valores y principios del sistema establecido, y que se relacionan con el deterioro de las estructuras estatales y/o sus instituciones, quedando limitado a ciertos grupos generalmente subversivos como las FARC (Colombia), TEI (Argentina), ETA (España), ERPI/EPR (México), entre otros, dejando al margen colectivos que no siempre tratan de atribuirse aquellas facultades, tal es el caso de personas jurídicas, grupos políticos, económicos, religiosos y demás a quienes no les interesa el ejercicio material de la violencia, sino la adquisición de capital.

6. El injusto de la organización ilícita. Toma de postura.

Frente a la diversidad teórica sobre el bien merecedor de protección no se ha logrado especificar con claridad el injusto en los delitos de organización; pese a ello, cabe

³⁵⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 274.

³⁵⁹ *Ibidem*. Para el análisis reflexivo sobre aparatos organizados de poder ver ROXIN, Claus, “La teoría del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder”, en *Goltdammer's archiv* (1963). Vid. también ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *RP*, n° 18, (2006), p. 242 y ss.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 274-275. El menciona a Max Weber como el creador del término monopolio de violencia, que refiere su definición de Estado como “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.”

reconocer que las propuestas hasta ahora realizadas abren un camino importante hacia la construcción del mismo. Ya en el planteamiento general refería la necesidad de su determinación dada la tensión político-criminal (y legal) que concurre en el tipo penal, principalmente por su amplia formulación normativa que, además, ha tenido un efecto inoculante/contagioso³⁶³ favoreciendo el advenimiento de otros ordenamientos legales “especiales” de anticipación como las leyes de la Policía Federal (LPF), para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de secuestro (LGPSDMS), sobre Precursores Químicos (LPQ), Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI), entre otras, cuya legitimidad se establece a la luz de la anticipación por advertir un potencial riesgo extraordinario que origina una incriminación peculiar³⁶⁴. En consecuencia, es oportuno establecer con urgencia restricciones a través de la elaboración del injusto. Para ello, inicialmente, adopto la referencia teórica de sistemas de LUHMANN, concretamente del modelo social, por ser el que se perpetúa a través de la comunicación, elemento que juega un papel indispensable para el desarrollo del tema que me ocupará los siguientes párrafos.

Desde el punto de vista sistémico, LUHMANN recuerda que la organización (como estructura) representa algo más que una red o conjunto de personas, pues constituyen y orientan la única comunicación que hace ser algunas acciones más probables que otras, dado que un sistema no es una entidad estable o estática por componerse de eventos que generan decisiones-selecciones-decisiones. Esto es, la organización se desarrolla en un flujo continuo y auto-referencial³⁶⁵ que establece la vía en la regulación de las acciones humanas. De esta manera, la organización “no existe en sí misma”³⁶⁶ como bloque o unidad sobre el que recae una consecuencia jurídica, de manera que su existencia debe expresarse en un sentido unificado que subsista tras la comunicación del colectivo.

³⁶³ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 8.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 264.

³⁶⁵ Inicialmente, LUHMANN ha utilizado la noción de auto-referencia para intentar aprehender esta propiedad de los sistemas que consiste en crearse ellos mismos, para proponer una definición de los sistemas como entidades constituidas por operaciones. Desvinculado de su soporte tradicional, el concepto de auto-referencia se refiere a la unidad que un elemento, un proceso o un sistema, es para sí mismo, es decir independientemente de los cortes que pueden ser realizados por la observación de los demás. El concepto contiene también la idea de que la unidad solo puede venir de una operación, que debe estar producida, que no preexiste y que está vinculada a un individuo, una sustancia o una idea de su propia operación. Ver LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, (trads. Silvia Pappe/Brunhilde Erker), Ed. Anthropos, Barcelona, 1998, p. 36.

³⁶⁶ URTEAGA OLANO, Eguzki, “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Dialnet*, n° 15 (2010), p. 303. , Disponible en Dialnet-LaTeoriaDeSistemasDeNiklasLuhmann-3283017.

Si bien, según el autor, las sociedades modernas se caracterizan por subsistemas positivos que dotan de contenido al sistema (político, económico, artístico, religioso o educativo)³⁶⁷, en mi opinión, también es proveído de subsistemas antagónicos como el criminal, pues, tomando como pauta la analogía de Luhmann entre moral y salud, estos sistemas, al igual que las bacterias en el cuerpo humano, juegan un papel importante en los sistemas funcionales³⁶⁸, y toda vez que su doctrina resulta del comparativo de sistemas no puede rechazarse la idea del crimen organizado como tal, pues conserva idénticas características que el resto de los sistemas como su límite, función, formas, cierre operativo y, principalmente, su característica autopoietica, elementos que identifican y pueden tratarse en relación a cualquier sistema positivo o negativo.

Visto así, el crimen organizado no puede ser considerado sólo como un conjunto ordenado de elementos determinados, como tradicionalmente señala la doctrina penal e incluso los instrumentos internacionales en la materia (Convención de Palermo). Esto es, no se puede estimar sólo como un grupo estructurado de personas (con finalidades delictivas), en la medida que se caracteriza por ser un modelo cerrado con operaciones propias³⁶⁹ que hace notar su carácter autopoietico que prescinde de la idea simplista de estructura o conjunto ordenado de elementos, orientando el injusto penal más allá de la unidad material-estructural del colectivo criminal. De ahí que, con razón MATURANA y VARELA intentan explicar la forma de acuerdo a la que un sistema se auto-reproduce, pues es la *autopoiesis* el elemento que designa la realización de la perpetua auto-afirmación de facto/material de la organización frente al entorno³⁷⁰.

Luego, al concebir la *autopoiesis* como una actividad concreta con el fin de significar claramente que el sistema es obra de su propio trabajo, éste se vincula a la noción de *cerradura operativa*, que no se asocia propiamente al conjunto de elementos o agentes que cierra el sistema y traza sus límites, sino que se corresponde a una cadena de

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 304.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 311.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ URTEAGA OLANO, Eguzki, “La teoría de sistemas...”, op. cit., p. 305, quien refiere que el vocablo *poiesis* de origen griego, fue adoptado por Maturana como forma de concebir la actividad concreta, con el fin de significar claramente que el sistema es la obra de su propio trabajo. Al respecto, ver MATURANA, Humberto/VARELA, Francisco, *Autopoiesis and Cognition*, Ed. Reidel, Boston, 1980.

operaciones³⁷¹ evidentemente vinculadas por la comunicación. De esta suerte, la idea de sistema social se aplica igualmente, aunque de manera secundaria, a las organizaciones y sus interacciones por considerarse sistemas autopoieticos, en cuyo seno las únicas operaciones posibles son las decisiones secuenciales, es decir, forman acontecimientos que permiten la siguiente decisión; por ello, no puede hablarse de una finalidad de la organización a la cual quedaría subordinada, pues como sistema autopoietico el colectivo no cuenta con datos objetivos sino con productos propios³⁷², de ahí la crítica a la figura de la anticipación punible: se pena antes de la producción del hecho ilícito. De esta forma, cualquier interacción puede constituir un sistema social cerrado (operativamente) que subsiste de una retroalimentación (*feedback*) entre los integrantes de la organización a través de eventos comunicativos.

Bajo este escenario, los actos comunicativos producen y reproducen a la organización (lícita o ilícita) por constituir una operación sistémica que implica cuando menos dos agentes, cuyas acciones solo pueden ser constituidas por la comunicación³⁷³ que obra como fundamento de su identidad e integración como colectivo, pues la persona –a juicio de LUHMANN- no constituye el conjunto del *sistema psíquico y orgánico* que compone el ser humano sino un punto de identificación en la comunicación y, por lo tanto, una unidad a la que se le puede atribuir ciertos actos³⁷⁴. En consecuencia, la organización ilícita se considera un reflejo del sistema social en la medida que reproduce la comunicación, y pese a que en diversas ocasiones ésta no es exitosa ello no significa la salida o disculpa del grupo, pues la incompreensión también forma parte del proceso de comunicación³⁷⁵, y en el caso específico, es indispensable para atribuir formas de colaboración externa a la organización. En este aspecto, si la función del sistema criminal organizado radica en la producción de decisiones colectivamente ilícitas traducidas en elecciones, su capacidad de producir esas preferencias se vincula a la ocupación de cargos y roles dentro del colectivo, a causa de la comunicación programada desde el interior³⁷⁶.

³⁷¹ URTEAGA OLANO, Eguzki, “La teoría de sistemas...”, op. cit., p. 305.

³⁷² *Ibidem*, p. 306.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 303.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ Cfr. URTEAGA OLANO, Eguzki, “La teoría de sistemas...”, op. cit., p. 313.

Concretada la comunicación de la organización es preciso referirla al interior del grupo con el objeto de constatar el rol que ocupa en la estructura y su relación con los agentes. A efectos de nuestra exposición es poco operativo analizar en detalle cada una de las corrientes desarrolladas en el tema, por ello parto del concepto de comunicación organizacional en su aspecto más amplio, por ser el que se dirige al entorno donde la organización realiza su actividad y cuyo objetivo es el establecimiento de relaciones entre ésta y sus integrantes³⁷⁷.

Esta visión nos ayuda a comprender que, en principio, se comunica de forma unitaria integrando a los sujetos del grupo; en segundo término, propone una estrategia adecuada de comunicación que determina los ilícitos a concretar, pues, desde mi punto de vista, no es lo mismo equiparar un mensaje orientado al robo de un vehículo que al lavado de activos (ambas expresiones del crimen organizado); y, en tercer lugar, parece ineludible detectar el grupo de personas susceptibles de relacionarse con la organización: físicas y/o jurídicas (empresas, comunidades, instituciones públicas, ONG's, entre otras). En este sentido, la comunicación organizacional se constituye como la identidad del conglomerado³⁷⁸ que, si bien no aplica al contenido de sus manifestaciones, sí al ente criminal, pues en él se concentra el conjunto de técnicas comunicativas cuya esencia es la búsqueda de la constancia en la actitud lesiva. En mi opinión, esto último conforma el fundamento del injusto del crimen organizado, toda vez que no precisa de la reproducción de afirmaciones ajenas o accesorias (otros delitos) como tradicionalmente lo muestra el aspecto normativo, sino el aprovechamiento de redes estructuradas y persistencia de la conducta dañosa del propio grupo, algo independiente de la materialización de sus operaciones, es decir, indistintamente si los delitos circunscritos a la materia son ejecutados y si éstos son o no homogéneos.

De esta forma, la constante actitud lesiva reflejada en los patrones repetitivos del comportamiento grupal en las relaciones interpersonales, expresan el significado de la vida organizacional y su identidad. Esta última, tiene su importancia en dos aspectos, el

³⁷⁷ Cfr. LA PORTE, José María, "Potencialidad creativa de la comunicación interna en el tercer sector", *Realidades Comunicativas*, Buenos Aires, n° 12 (2005), p. 134. Disponible en <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2104472.pdf&ei=uIzVVLCWK8eigwSnr4HYAg&usg=AFQjCNE3NBf3KzIgwRrZN39jwpKxawmlRMA>.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 137.

primero es que la identidad se encuentra influenciada por el pensamiento consciente, pues la forma en que los sujetos se vinculan al grupo criminal, en principio, se hallan motivados por tendencias lúcidas. Y el segundo, es que la identidad tiene un papel significativo en el fenómeno de transferencia de información bajo la estructura organizada, de tal suerte que su equilibrio y vida dependen de las conexiones o desconexiones como formas de transmisión de información, resultado del entendimiento compartido entre integrantes (superiores y subordinados) y del reconocimiento de sus expectativas y deseos conscientes. Siendo ello así, la identidad representa el medio por el cual el ente organizado se orienta a sí mismo y mediante la cual los integrantes adquieren su propio sentido e identidad como miembros.

Estos aspectos son importantes para determinar la comunicación interna que, según LA PORTE, en el fondo es una parte estratégica comunicativa centrada en la relación con los agentes internos para crear una atmósfera de confianza adecuada en la promoción de hacer más eficiente su desempeño en el colectivo y anular sus voluntades en torno a la información emitida³⁷⁹. En este sentido, la comunicación interna se constituye de acciones encaminadas a estimular o motivar a los integrantes en la comisión de ilícitos, permitiendo al mismo tiempo la construcción en la identidad del colectivo dada la consciencia o conocimiento del vínculo íntimo generado entre los objetivos personales y los del ente, originando una alineación de metas entre la persona y la organización que se refleja incluso en la socialización de los logros alcanzados, favoreciendo la concepción de vínculos eficientes entre integrantes (compuesto interno de la organización) que generan la confianza necesaria para coordinar todos los recursos disponibles en la consecución de la misión compartida³⁸⁰: la ejecución delictiva a cambio de algún beneficio. Su objetivo, entonces, es realizar con la mayor perfección su cometido.

Esta visión aborda conceptos claves que garantizan una óptima gestión de comunicación al interior: relaciones eficientes, confianza, coordinación, consecución de objetivos y su perfeccionamiento; además, aporta la motivación radicada en el logro de intereses personales. Tal enfoque constituye el ideal de comunicación interna de las organizaciones

³⁷⁹ Cfr. LA PORTE, José María, “Potencialidad creativa de la comunicación interna...”, op. cit., p. 142.

³⁸⁰ Cfr. LA PORTE, José María, “Entusiasmar a la propia institución. Gestión y comunicación interna en las organizaciones sin ánimo de lucro”, Ed. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, (2001), pp. 365. Disponible en http://www.unav.es/fcom/communication-society/es/resena.php?art_id=131.

criminales, así como la vía para alcanzar el desarrollo eficiente de sus procesos e incluso proyectar una imagen temible hacia el entorno en el que se desenvuelven.

En este sentido, todo espacio organizado existe en base a informaciones que promueven la toma de decisiones como producto de intercambios o diálogos que no se limitan a la reciprocidad verbal, sino que se complementan con la extraverbal o *silent communication*³⁸¹ como son los signos expresivos, señales y señas que ayudan en su construcción y, por consiguiente, a la cultura criminal de la organización.

De esta manera, la comunicación interna resulta ser un instrumento que facilita la gestión organizacional, al mismo tiempo que actúa como herramienta al servicio de la dirección quien forma el vehículo de la cultura criminal vinculada estrechamente a la comunicación externa, de suerte que se hace eficiente cuando la organización (emisor) tiene detectado el objeto, lenguaje, contenido correcto, conoce previamente quién es el perceptor y prevé cuál será su reacción. Así, las organizaciones criminales desarrollan *ex ante* esta tarea dado que el objeto en su conformación y permanencia radica en el incremento de la eficiencia en sus comunicaciones al interior, pues una parte importante de su diseño operacional consiste en definir los canales de comunicación, a través del establecimiento de mecanismos que amplíen los vínculos o tiendan puentes que hagan más dinámicos los espacios de participación en la toma de decisiones, siempre coherentes con sus objetivos generales.

Según lo dicho, el crimen organizado extiende su espectro en la comisión delictiva por los vínculos que tiene frente a otras personas. Esto es, amplía sus expectativas en la obtención de objetivos ilícitos debido al auxilio recibido, el cual es generado por actos comunicativos entre las partes. Así, por ejemplo, al interior de un banco existen numerosas instancias para velar por el buen gobierno corporativo, fomentar un clima de control interno y asegurar el cumplimiento de la normativa vigente. Para cumplir con sus propósitos finales, el grupo financiero cuenta con la asistencia de diversas personas que desempeñan distintos roles fundados en actos de comunicación, de suerte que mientras una persona realiza tareas de reclutamiento, selección, contratación y recepción de

³⁸¹ GUNAWAN, Muhammad Handi, "Non-Verbal Communication: The 'Silent' Cross-Cultural Contact with Indonesians", Ed. Lembaga Bahasa Internasional, Universitas Indonesia, Indonesia, (2001). Disponible en <http://www.ialf.edu/kipbipa/papers/MuhamadHandiGunawan.doc>.

trabajadores (gerente de recursos humanos), otros se dedican a la evaluación del desempeño (director de gestión), al establecimiento de funciones y responsabilidades en dicho departamento (jefe de operaciones), al control del presupuesto de ingresos y gastos (administrador de finanzas), a la producción de sistemas operativos de procedimientos bancarios (director de sistemas), a vigilar la correcta formación de los asientos contables (encargado de auditoría), al control del encuadre de la caja (cajero), etc. Este modelo evidencia una logística de auxilio por personas vinculadas a actos comunicativos, que hacen que todas las actividades se encuentren relacionadas entre sí, ya que al tener un fin específico se conectan y, por lo tanto, son consecuentes. En el mismo sentido, la organización ilícita amplía sus posibilidades delictivas a través de idénticos lazos de comunicación, donde, inicialmente, la persona cuenta con una circunferencia límite en el logro de sus metas criminales, pero al encontrarse unida a otras personas (incluidas las jurídicas) sus límites se ven desvanecidos acrecentando sus expectativas en la concreción del hecho ilícito. En este caso, un sujeto puede allegarse de dinero obtenido ilegalmente pero no lo puede ocultar, para ello se vale de otro que disimula su origen ilícito quien, a su vez, se encuentra impedido para aplicar sus frutos, razón por la que se sirve un tercer sujeto para su aprovechamiento. Ambos ejemplos (lícito e ilícito), nos ayudan a comprender mejor las motivaciones colectivas e individuales que gobiernan el comportamiento y nos permite percibir de distinta forma organizaciones similares. Siendo ello así, la comunicación no solo sirve en la creación y aprovechamiento de redes estructuradas, sino para permanecer y prolongar la actitud negativa de la organización.

En este aspecto, la circulación de la información es lo que contribuye a aumentar la eficacia en el cumplimiento de tareas criminales. Así, la comunicación interna se convierte en un proceso de coordinación fundamental en el desarrollo organizativo-delictivo, de manera que tener la información exacta en el momento indicado es un elemento de primer orden para la confección en la toma de decisiones ilícitas.

Bajo esta perspectiva, parte de las propuestas de responsabilizar personas jurídicas se dirigen a problemas de comunicación detectados al interior de las organizaciones producidos por decodificaciones deterioradas, esto es, por el mal entendimiento del mensaje que realizan los sujetos integrantes, relacionado con sus percepciones y conductas personales. Por tal motivo, resulta necesario para el Derecho penal calificar como indebida la comunicación orientada a la formación de una actitud criminal, con el

objeto de evitar una postura inadecuada de la organización, pues al fragmentarla se coartan los lazos delictivos que son, precisamente, el fundamento de la actitud negativa en el crimen organizado. Lo anterior permite la justificación criminal del grupo sin intervenir sobre sus manifestaciones o en la anticipación delictiva, dando pauta a la construcción propia de un injusto para la organización criminal *per se*.

Dado que el grupo delictivo crea una cultura lesiva en sus integrantes, que por sí solos (individualmente) no podrían conseguirla, el riesgo de daño sería considerablemente menor. De esta manera, la comunicación negativa resulta ser una posible solución al problema del injusto en los delitos de organización; ello, porque al identificarla evita la producción de información o mensajes defectuosos que permiten la concreción de otros hechos ilícitos y, por lo tanto, la expansión del espectro criminal. En este sentido, si lo que se desea es el buen desarrollo social y la protección a la seguridad pública (como finalidad de toda norma) es necesaria la protección penal de la comunicación, que incluso los instrumentos internacionales establecen como un derecho no sólo fundamental, sino humano merecedor de amparo. En vista de ello, y dado que la organización se constituye por comunicación, es en ese plano donde debe radicar lo injusto del delito en análisis, pues, además de generar especiales vínculos entre los miembros de la organización, aseguran la adaptación de los componentes del colectivo al grupo criminal y a sus ideales, ayudando a la integración del grupo en el entorno social.

En otras palabras, la comunicación es el medio que permite encausar la conducta de la organización a la comisión de delitos, toda vez que tiende puentes para establecer relaciones interpersonales funcionales que ayudan a desarrollar un trabajo delictivo. De ahí que la comunicación favorezca a las partes del grupo organizado en el desarrollo de información relevante que desmitifica o encauza actividades que facilitan el alcance de objetivos tanto individuales como de la organización misma, al tiempo que los anima a coordinar la satisfacción de necesidades personales con el cumplimiento de sus responsabilidades específicas con la estructura, las cuales son siempre cambiantes³⁸².

En este escenario, el tratamiento penal sobreviene al concurrir una comunicación que desvíe a otros de lo normativamente correcto, generando así una actitud negativa. Esto no

³⁸² Cfr. LUCAS MARÍN, Antonio, *La comunicación en la empresa y en las organizaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 163.

es ajeno a la ciencia penal, ya que, por ejemplo, la figura del inductor a través de la comunicación viciada hace nacer en otra persona una actitud y decisión delictiva. En el fondo, el injusto no versa solo sobre la peligrosidad futura que generan los vínculos, más bien, se trata de la comunicación formada en los mismos; por ello, lo injusto radica en el desarrollo inadecuado de la comunicación entre integrantes y organización que, como he advertido, desarrolla información relevante para la consecución de otros ilícitos penales.

Dando cuenta de ello, esta óptica sitúa lo injusto en la organización misma y no en sus manifestaciones, como tradicionalmente se ha venido haciendo. Y es que el proceso de comunicación entre los integrantes-organización es el mecanismo por excelencia de adaptación y, por ende, de pertenencia al grupo criminal, que orienta el establecimiento de acciones concretas para su desarrollo con base en la interdependencia de sus partes que abre y amplía el espacio en la comisión del delito. De acuerdo a lo expuesto, la organización transporta informaciones no sólo en sí misma sino en relación con sus componentes, permitiendo con ello la perpetuidad comunicativa y, en consecuencia, la permanencia de la actitud criminal, fundamento de la organización.

7. Legitimidad del crimen organizado desde la posición de la persona física.

Hasta ahora he señalado algunas consideraciones críticas sobre los puntos que la norma penal vinculada al crimen organizado contempla, cuestiones de las que prescindí la reforma al sistema de justicia penal del 18 de junio del 2008 y que siguen constituyendo el principal inconveniente del modelo, precisamente porque la legitimidad de la figura normativa delincuencia organizada se sitúa sobre criterios excepcionales que apoyan su modelo de imputación criminal³⁸³.

Si nos apegamos al Estado democrático el *juicio de legitimidad* adquiere un papel fundamental en el enfoque, pues, si se entiende que el Derecho penal no es solamente lo convencionalmente establecido por el Derecho positivo, sino que existen ciertos principios limitadores que no pueden ser desconocidos como parámetros de orientación para el legislador, ya que su aislamiento deja a la regulación positiva en un estado

³⁸³ Precisamente, desde esta perspectiva es la crítica realizada por Manuel Cancio al planteamiento de Jakobs. Ver JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2006, p. 61.

cuestionable puesto que en esos principios se contiene la legitimidad de la regulación. Siendo ello así, la legitimidad no se reduce al procedimiento formal de creación normativa pues también incluye la correspondencia con el conjunto de principios que condicionan al Derecho penal que, al igual que su forma de producción, resultan ser igualmente vinculantes.

De esta manera, la referencia material de los principios limitadores se encuentra en la persona misma quien cuenta con un reconocimiento expreso y mecanismos de protección en materia de Derechos Humanos, tanto en el aspecto nacional (a través de la constitución) como internacional (instrumentos supranacionales), normas que, por un lado, conceden una serie de garantías y libertades, y por otro, limitan la actitud punitiva del Estado.

Actualmente, no puede negarse la existencia tanto del reconocimiento expreso de la vigencia de principios normativos de protección a los Derechos Humanos y fundamentales, como de la implementación de diversos procedimientos legales para hacer efectivo ese reconocimiento.

A partir de las ideas expuestas, el crimen organizado al positivizar criterios de excepción debe ser sometido a un control sobre su compatibilidad con los estándares de garantía que brindan aquellos postulados y que reconocen al individuo como persona susceptible de protección frente al abuso del derecho. Esta situación de amparo y su parte antagónica (normas de quebrantamiento) colocan a la materia en una posición de falta sobre la correspondencia normativa, que impide afirmar la legitimidad del tipo toda vez que no se ajusta a los postulados marco que pueden imposibilitar la actuación legislativa desviada relacionada con la producción normativa; de esta forma, solo se vislumbran contravenciones que el mismo proceso de elaboración legal guarda. Siendo ello así, un sistema democrático no puede aceptar la legitimidad en incumplimiento a las restricciones normativamente establecidas (nacional y supranacionalmente), aun cuando las excepciones se encuentren previstas en la norma secundaria (ley penal)³⁸⁴. La cuestión de la legitimidad ha quedado sujeta tanto al frágil y escaso debate doctrinal como a los criterios jurisprudenciales que, indudablemente, se limitan a salvaguardar el tipo penal

³⁸⁴ JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 89.

mediante la reinterpretación de figuras y principios marco del Derecho penal³⁸⁵, entre ellos los principios de taxatividad, intervención mínima, prohibición del *non bis in ídem*, entre otros.

Para sustentar lo expuesto, en los próximos párrafos refiero un breve análisis de las peculiaridades que la delincuencia organizada sostiene; características que se han extendido a otros tipos penales como el tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, por citar algunos modelos donde figuras como el adelantamiento de barreras de protección penal, indeterminación de los elementos del tipo, restricción de garantías (materiales, procesales y penitenciarias) representan un papel preponderante, no sólo en la imposición de pena sino en la restricción de derechos de la persona física, siendo ello el mejor ejemplo al deterioro en los Derechos Humanos.

Inicialmente, la legitimidad del tipo penal de delincuencia organizada se fundamentó como una forma de reacción institucional frente a las ofensas que el Estado podría recibir de una delincuencia distinta a la común, obligando a establecer métodos y técnicas que se asemejaban a un estado de excepción, donde la aplicación de reglas especiales era el argumento principal para su combate eficaz³⁸⁶. Esta explicación resultó ser insuficiente para justificar la estructura de un derecho y proceso penal restrictivos de Derechos Humanos, dejando abierta la posibilidad de continuar la construcción de un régimen diferenciado caracterizado por el uso de medidas fragmentarias sobre las libertades de las personas naturales, así como por la ausencia de razonamiento legislativo e interpretación judicial restrictiva.

Debido al endeble argumento político-criminal y la ausente interpretación restrictiva de las excepciones se promovieron diversos amparos que argumentaban la inconstitucionalidad de la ley, impugnando el quebrantamiento de las obligaciones contraídas por México en materia de Derechos Humanos como la libertad personal, legalidad, presunción de inocencia y garantías judiciales (debido proceso y tutela judicial efectiva). Esta situación llevó a generar cambios normativos en el régimen del crimen

³⁸⁵ Baste ver los diversos criterios jurisprudenciales emitidos por la SCJN en México. Disponibles en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>.

³⁸⁶ Ver Exposición de motivos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (19 de marzo de 1996). Disponible en <http://es.scribd.com/doc/87249947/Expo-Sic-Ion-de-Motivos-Ley-Delincuencia-Organizada>

organizado ya por la *emergencia* procesal o por lo *anormal* del tipo, destacando la *constitucionalización* del delito como discernimiento de legitimidad, esto es, el legislador se limitó a transferir la incorporación del tipo penal a la carta fundamental. Pese a ello, el derecho muestra con claridad que constitucionalizar no es el acto de establecer figuras en el ordenamiento supremo sino respetar los principios marco que la misma ofrece y evitan la intromisión en las libertades, Derechos Humanos y fundamentales de la persona, garantizando con ello un Estado liberal y democrático. En este entendido, la “legitimidad” legal de la delincuencia organizada resulta ser un planteamiento normativo aparente que deriva de penalizar la Constitución y no de constitucionalizar el Derecho penal³⁸⁷, con ello se demuestra la incapacidad parlamentaria en el establecimiento del adecuado acometimiento contra el crimen organizado, extendido hasta nuestros días.

Y es que los argumentos utilizados por el legislador confieren a las doctrinas justificadoras de la pena funciones de apoyo al Derecho penal existente, lo que es grave, toda vez que estos razonamientos son responsables de la presencia de legislaciones que establecen un exceso del *ius puniendi* y, en consecuencia, una serie de limitaciones a los derechos inherentes de la persona humana, constituyéndose como una estrategia político-criminal expresada bajo la forma de proposiciones normativas fundamentadas en un Derecho penal del enemigo, aceptadas y axiológicamente válidas en el Estado mexicano, revelando la falta de reciprocidad con el Estado democrático de derecho.

En efecto, se puede argumentar que la política-criminal adoptada en el contexto de la delincuencia organizada se fundamenta –específicamente- en dos principios: *utilidad penal* y *dañosidad social*. Estas manifestaciones, conformes con las doctrinas utilitarias, son retomadas por el actual sistema criminal orientado a modelos correccionalistas e intimidatorios los cuales van desde la *investigación preventiva* hasta el incremento de pena, expresiones que surgen como mecanismos de “actuación eficaz” de los órganos persecutores y que se hallan materializadas en diversos ordenamientos positivos, ello nos da una idea sobre las exigencias en la adopción de juicios de excepción adoptados por las normas constitucional y secundarias. Desde esta perspectiva, se desestima la relación entre los Derechos Humanos y el Derecho penal, al mantener éste último una restricción

³⁸⁷ Cfr. KALA, Julio César, “El Derecho penal del Enemigo y el Derecho penal del Ciudadano”, en *Sistema Penal. La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas*, Ed. Instituto de formación profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2007, p. 489.

de libertades y derechos reflejados no sólo en las herramientas de investigación sino en la forma de imputar la materia.

Para que la doctrina de la justificación³⁸⁸ –legitimadora de la aceptación normativa- sea una constante, es necesario que los fines sean homogéneos con los medios, es decir, que el mal procurado con la pena sea congruente con el bien perseguido como fin. Del mismo modo, se debe observar, además de la necesidad, la naturaleza de la medida (como mal o costo menor) en relación con la fallida satisfacción del fin. Este fundamento distingue la doctrina de la justificación de un esquema explicativo, pues la primera indica la idoneidad de las condiciones en las que el Derecho penal puede interpretarse³⁸⁹. A pesar de ello, los esquemas de explicación permanecen como sostén legitimador de la norma en el espacio de la delincuencia organizada, circunstancia que fortalece los argumentos de las doctrinas abolicionistas de la ciencia penal, las cuales apuntan a la disminución del sufrimiento humano derivado de prácticas punitivas que comprometen aspectos humanitarios por imposición de ley, tal como lo hace notar la regulación del crimen organizado a través del endurecimiento de su política restrictiva, resultado de los procesos de criminalización, cimentada en la prevención delictiva.

Frente a la postura revocatoria, se encuentran las doctrinas justificadoras del Derecho penal, entre las cuales destaca el utilitarismo que se constituye como una premisa para legitimar o deslegitimar la sanción y los límites a la potestad punitiva del Estado, mediante el ajuste del fin de la pena bajo los parámetros de la *máxima utilidad posible* (para los ciudadanos no desviados) y *mínimo sufrimiento necesario* (para personas desviadas), principios que en conjunto sortean los excesos de la materia, debido a que

³⁸⁸ La doctrina de la justificación consiste en la noción que se efectúa con relación a reglas de la razón, fundamento o garantía del conocimiento, como requisitos indispensables para que las teorías jurídico-sociales constituyan un conocimiento legítimo y normativamente correcto.

³⁸⁹ En la base de estas concepciones de la pena existe siempre una confusión entre Derecho y moral, manifestado en la actual política-criminal adoptada por el Estado mexicano, que deriva de la doctrina kantiana de la “retribución ética” justificada como el valor moral del imperativo violado y del castigo consecuentemente aplicado. Esto también se revela en las doctrinas de ascendencia hegeliana de la pena como «retribución jurídica», justificada por la necesidad de reintegrar con una violencia opuesta al delito el Derecho violado, el cual, a su vez, es concebido como valor moral o «substancia ética». En todos los casos el medio punitivo resulta identificado con el fin, mientras la justificación de la pena, definiéndose como legitimación moral apriorística e incondicionada, se reduce a una petición de principios. Las doctrinas retribucionistas son, ideologías naturalistas, puesto que valoran el carácter retributivo de la pena, substituyendo la motivación con la justificación y así deducen el deber ser del ser. Al contrario, las doctrinas correccionales de la prevención especial son ideologías normativistas, dado que asignan a la pena un fin ético, asumiéndolo apriorísticamente como satisfecho no obstante que de hecho no se realice o quizá sea irrealizable; así pues, es como estas doctrinas deducen el ser del deber ser.

excluye las penas que se explican sobre razones morales, inoperantes en un sistema legal³⁹⁰.

En este entendido, se trata de una disciplina de la cual se pueden extraer tres versiones de acuerdo a la finalidad asignada al Derecho penal. Por un lado, si el propósito es la prevención delictiva, la materia se explica en la *máxima utilidad posible* que pueda asegurarse a la mayoría de los ciudadanos (no desviados). Esta concepción exhibe la prevención delictiva a través del incremento de pena, exponiéndose a experimentar la autolegitimación, así como a desarrollar modelos de Derecho penal máximo. De esta suerte, la prevención únicamente sirve para justificar la prohibición penal y el límite mínimo de las penas (umbral por debajo del cual carecen de capacidad disuasoria), por lo que no se está en condiciones de exigir ningún límite ni garantía a la intervención punitiva del Estado³⁹¹. Por otra parte, si el fin se confronta con *el mínimo sufrimiento necesario* a infligirse a la minoría ciudadana (desviados), entonces se relaciona con los intereses de los destinatarios de la pena, quienes en ausencia de ésta podrían sufrir los severos males extrapenales, pues permite la comparación entre sus intereses y los medios punitivos adoptados. Al respecto, MIR PUIG destaca que se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo. Así, la *máxima utilidad posible* debe combinarse con el *mínimo sufrimiento necesario*, lo cual conduce –a juicio del autor– a una fundamentación utilitarista del Derecho penal proclive al mínimo de prevención imprescindible y no a la mayor prevención posible. En consecuencia, considera al fin de la pena como la *máxima seguridad social* alcanzable contra la repetición de futuros delitos, la cual sirve para legitimar razonablemente los máximos medios, como ocurre con las penas más severas y los procedimientos antigarantistas, antiliberales e invasores³⁹².

De acuerdo a lo mencionado, la LFDO no se justifica en su exposición de motivos, pero deja claro que la norma encuentra su apoyo en la *teoría del infortunio* o *del mayor*

³⁹⁰ Motivo por el cual dicho utilitarismo ha resultado ser un elemento constante de la tradición penalista laica y liberal que se ha desarrollado por obra del pensamiento dominante en los siglos XVII y XVIII, el cual echó las bases del Estado de Derecho y del Derecho penal moderno. Desde Grozio, Hobbes, Locke, Puffendorf y Thomasius Hasta Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Filangieri, Bentham y Pagano, todo el pensamiento penal reformador está de acuerdo en considerar que las aflicciones penales son precios necesarios para impedir daños mayores a los ciudadanos, y no constituyen homenajes gratuitos a la ética o a la religión o al sentimiento de venganza.

³⁹¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, op. cit., p.105.

³⁹² *Ibidem*.

sufrimiento, pues atribuye a como único fin de la pena la prevención de delitos futuros y, en ausencia del mínimo sufrimiento, puede concebir los mayores males extrapenales. Esto vale en el actual sistema penal como acto legitimador para el establecimiento y aplicación de una ley considerada como norma contraria a la dignidad humana.

Al respecto, puede argumentarse la existencia de una asimetría entre justificación y fin perseguido (que lesiona intereses de las personas), convirtiendo en arbitraria la aplicación de la pena³⁹³, que obvia los defectos en la justificación de la delincuencia organizada pues, en opinión de FERRAJOLI, la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos, por lo tanto, la pena no es solamente amenazada e infligida *ne peccetur* sino también *ne punietur*, pues no tutela solamente a la persona ofendida por el delito, del mismo modo protege al delincuente de las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la “*pena mínima necesaria*” de la cual hablaron los iluministas, no es únicamente un medio sino un fin: minimizar la reacción violenta contra el delito. Este fin, a diferencia del de la prevención criminal, es también idóneo para indicar el límite máximo de la pena³⁹⁴.

Lo anterior obedece a la imposibilidad de justificar medios violentos alternativos al Derecho penal, que imposibilitan el desarrollo de los Derechos Humanos. También refleja, ciertamente, que el Derecho penal no es el único medio de prevención delictiva y reducción de la violencia. Existen otros como la capacidad del sistema político de tolerar y prevenir sin medios punitivos la desviación (como un signo o producto de tensiones y disfunciones sociales irresolutas), tal es el caso de una adecuada política social. Según esta perspectiva es posible la revocación de la pena gravemente aflictiva, inútil y hasta criminógena aplicada a la persona³⁹⁵. De manera general, resulta francamente favorable la reducción cuantitativa y cualitativa del ámbito de intervención penal en materia de delincuencia organizada, pues el reconocimiento parlamentario sobre la ineficacia

³⁹³ Tales justificaciones pueden ser calificadas bajo el principio de la universalidad de los juicios morales expresados por la primera ley kantiana de la moral, como justificaciones amorales. Además, contraviniendo la segunda ley kantiana de la moral, según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son extraños, aunque sean sociales y recomendables, las penas pueden ser también calificadas como justificaciones inmorales.

³⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (trad. Andrés Ibañez), Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 332 y 399.

³⁹⁵ *Ibidem*.

normativa y la relativa laxitud del sistema de procuración de justicia³⁹⁶ ponen de manifiesto la reducción de derechos.

Pese a lo establecido por la doctrina, la nota distintiva en la materia es la tendencia de introducir normas que a través del adelantamiento punible, severidad de las penas y criterios de peligrosidad fundan sus excepciones para lograr el reproche penal. Consecuentemente, la LFDO deviene de la impotencia estatal frente a ciertas circunstancias y fenómenos complejos³⁹⁷ que aceleran la invasión a la democracia, además de propagar una sensación de miedo y victimización, introduciendo mecanismos como el chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos, como señala GARAPÓN³⁹⁸.

Lo anterior, determina que el sistema penal se organice sobre criterios de peligrosidad por presión social, creando una *sociedad de “inseguridad sentida”* o *“sociedad del miedo”* cuya consecuencia lógica es la valoración penal se fundada en orientaciones de peligrosidad carentes de parámetros objetivos, que se convierten en juicios de valor totalmente subjetivos y arbitrarios basados en meros cálculos de probabilidad³⁹⁹.

La doctrina filosófica sugiere que la peligrosidad es en realidad la “declaración de una determinada persona indeseable o directamente declarada fuera del Derecho y, por tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos los Derechos que le asisten y que son garantizados por la Constitución [...], así como por los instrumentos internacionales. Luego, se declara a un individuo, en razón de sus múltiples reincidencias, como un ser humano peligroso, pero no porque se hubiera verificado previamente su peligrosidad, sino simplemente porque se le considera fuera del Derecho, al que resulta conveniente contener por tiempo indeterminado”⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Ver Exposición de motivos de la iniciativa que reforma el art. 73 CPEUM, así como los arts. 2 y 3 LFDO (23 de noviembre de 2004).

³⁹⁷ Cfr. BARATTA, Alessandro, “La política criminal y el Derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 26-2, Venezuela, (1998), p. 29-32.

³⁹⁸ GARAPON, Antoine, *Juez y democracia*, (trad. Manuel Escrivá), Ed. Flor del Viento, Barcelona, 1997, p. 94.

³⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 32.

⁴⁰⁰ GARAPON, Antoine, *Juez y democracia...*, op. cit., p. 94. *Ibidem*.

De la combinación de criterios de peligrosidad y neutralización, como fundamentos de la pena, no puede extraer otro resultado que la exclusión del sujeto como persona, pues se despoja de sus derechos inherentes a través del trato diferenciado asentado en razones de excepción. Bajo estas premisas, el sujeto es penado en virtud de su condición de ente peligroso, sin ser relevante la privación de los derechos más elementales.

De esta manera, la persona encuentra una amenaza a su seguridad y libertad, no sólo por los delitos que pueda cometer bajo el amparo de la organización, sino también por las penas que extralimitan el principio de proporcionalidad, los arrestos que violentan la presunción de inocencia, los controles de policía que atentan contra su privacidad, así como por la flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, perjudicando a su vez las reglas jurídico-penales del Estado liberal de Derecho. Concepción sustentada en la exposición de motivos de 9 de marzo de 2007, que si bien orienta la esfera de la delincuencia organizada a “*un marco de estricta legalidad*”, sus bases son consideradas bajo un modelo penal peculiar restrictivo de Derechos Humanos y garantías reducidas, que concede casi cualquier mecanismo estatal que requiera ser implementado con el objeto de combatir o enfrentar al crimen organizado⁴⁰¹. Incluso se llega a afirmar, por parte de la doctrina, la inexistencia de “igualdad de armas” en la lucha contra esta clase de delincuencia, toda vez que concurre una especie de permisión a los órganos estatales para utilizar indeterminadamente cualquier medio que se encuentre a su alcance contra las personas. Frente a esta situación, el Estado necesita, de cara a la población, que el fundamento del reproche no sólo sea ideológico o práctico-simbólico, sino también legítimo, dejando de utilizar métodos que hacen perder la prevalencia. De lo contrario se encuentra en peligro la credibilidad y confianza de la población en el orden jurídico estatal, concluyendo que “la mejor política-criminal es una buena política social”⁴⁰².

Lo cierto es que ninguna de las medidas hasta ahora establecidas ha logrado su cometido, lo que hace pensar que tanto la política-criminal, apoyada hasta ahora en estrategias restrictivas de los Derechos Humanos y sus garantías, así como el tipo penal, resultan

⁴⁰¹ Ver Exposición de motivos de la Iniciativa de Reforma a los arts. 16, 17 18, 19, 20, 21, 22 y 122 CPEU (9 de marzo de 2007).

⁴⁰² Entrevista a Winfried Hassemer (28 de febrero de 2005), Nicaragua. Disponible en <http://www.laprensa.com.ni/2005/02/28/nacionales/957317-la-mejor-politica-criminal-es-una-buena-politica-social>.

disfuncionales. En seguida, existe la necesidad de replantear su orientación político-criminal que ha encauzado la aplicación de pautas penales excesivas, lo que no quiere decir favorecer la impunidad sino redireccionar la protección penal a intereses sociales que devienen de otros ámbitos como aquel donde se desenvuelven las personas jurídicas, pues parece dejar entre renglones la inobservancia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y penales, y consecuentemente, el respeto a los límites que el Derecho penal liberal establece. Más aún, se desconoce qué más importante que el *quantum* de la pena es una adecuada política-criminal que inhiba la actuación ilegal de las reales organizaciones ilícitas (personas jurídicas), aspecto que limitaría de forma importante el desarrollo del crimen organizado.

De momento, habrá que revisar la orientación político-criminal en la que se postra y se continúa abatiendo el sistema penal, pues, en mi opinión, resulta necesaria la reconfiguración de la delincuencia organizada a su propósito original: *imputar organizaciones complejas*, toda vez que el delito no ha mostrado ser idóneo en el mero reproche a las personas naturales, dada su falta de justificación jurídica como se confirma en párrafos antecedentes, dejando de alcanzar lo argumentado por la Convención de Palermo, salvo la restricción de Derechos inherentes a la persona humana y sus garantías.

IV. LAS PERSONAS JURÍDICAS. SUJETOS DE DERECHO EN EL ESPACIO DEL CRIMEN ORGANIZADO.

1. La persona jurídica como centro de imputación. Nuevo escenario del crimen organizado.

He señalado la necesidad de establecer un cambio de paradigmas en el concepto de delincuencia organizada, pues éste fue creado con el propósito no sólo de establecer una cooperación internacional más eficaz, sino de reprochar penalmente organizaciones criminales complejas⁴⁰³, ello se torna en una falta de correspondencia respecto a las personas físicas. Esta ausencia de armonía se encuentra en la forma de percibir los instrumentos internacionales sobre crimen organizado y Derechos Humanos, pese a que ambos tienen su fundamento en la dignidad y valor de la persona humana, declarándose partidarios del respeto universal y efectivo de los derechos y libertades así como de los principios fundamentales constitucionales⁴⁰⁴, es decir, se muestran opuestos al concepto restrictivo de libertad⁴⁰⁵. En otras palabras, es el respeto a la dignidad humana constituye el límite al Derecho penal, a través de la configuración de principios marco como la presunción de inocencia, el respeto a su privacidad y libertad⁴⁰⁶.

Distinto es el tratamiento que establecen los convenios internacionales sobre personas jurídicas, pues contienen expresas recomendaciones para establecer medidas eficaces, disuasorias y preventivas sobre sujetos colectivos. Medidas fundamentadas en una política-criminal sobrevenida de la actual tendencia expansiva que, en general, da lugar formalmente a una ampliación en los contornos de intervención penal y, materialmente, en opinión de la doctrina mayoritaria, a un desconocimiento –o por lo menos- a una clara flexibilización/relajación de las reglas de imputación, que dan paso a la relativización de

⁴⁰³ Ver prefacio de la Convención de Palermo que establece la cooperación Internacional y el combate a la delincuencia organizada contra entes complejos, además de considerar a los grupos como empresa de carácter mundial.

⁴⁰⁴ Ver art. 20.1 Convención de Palermo.

⁴⁰⁵ Ver preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, p. 1. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>.

⁴⁰⁶ Ver arts. 9.1, 14.2 y 17 PIDCP, pp. 28-31. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>.

los principios político-criminales de garantía y, por consiguiente, al menoscabo de parámetros y garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho⁴⁰⁷. Precisamente, su deterioro impide emplear figuras excepcionales en torno a las personas naturales pero no imposibilita su empleo en sujetos colectivos, principalmente si la regulación de la delincuencia organizada se encauza sobre agrupaciones que por su complejidad requieren la ejecución normas especiales, como el allanamiento de la personalidad jurídica o la intervención del ente colectivo, para lograr una investigación acertada que consolide la imputación y, en consecuencia, la sanción penal.

Para un mejor proveer de lo expuesto, debo enfatizar que uno de los inconvenientes político-criminales proyectados en el ámbito normativo del crimen organizado es su reserva a las personas físicas. Con ello manifiesto que los compromisos internacionales adoptados por diversos Estados se cumplen parcialmente; así por ejemplo, la producción legislativa en la materia, específicamente en México, surge cuatro años antes de suscribirse la Convención de Palermo e introdujo al caudal jurídico local el término “*delincuencia organizada*”, expresión que desde entonces determina el modelo político-criminal orientado a la producción de un Derecho penal máximo y excepcional que trasciende, en primer orden, a la esfera de las personas físicas como lo demuestra el tipo penal (art. 2º LFDO); orientación que hoy en día se percibe reflejada en diversas normas dado el efecto contaminante que la técnica normativa tiene.

A partir de entonces, México encaminó su atención a la elaboración de normas positivas que parecen distinguirse del Derecho penal general, debido a las particulares características contempladas, las cuales encuentran en su carácter extraordinario una alternativa de justificación que ilustra el legislador en las reformas legales vinculadas a la disciplina, donde matiza –en su exposición de motivos- como principal característica la excepcionalidad de la materia que extiende a los indiciados o sentenciados por delitos relacionados con el tema, así como a personas que requieran medidas especiales de seguridad, tanto en sede de investigación como en proceso⁴⁰⁸, descartando en todo

⁴⁰⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 163 y ss. Ver también, CANCIO MELIÁ, Manuel, “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”, *Dialnet*, n° 44 (2002), p. 20. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=264123>.

⁴⁰⁸ Cfr. Exposición de Motivos de la iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la

momento la idea de ampliar a las personas jurídicas aquellas disposiciones, lo cual determina la creación de un *corpus* punitivo de exclusión que impacta en la esfera de la persona física, oponiéndose tanto a los Derechos Humanos como a los principios liberales del Derecho penal.

Resulta preocupante que el sector judicial, principalmente su doctrina, ve lo dicho como un fenómeno evolutivo y no como mero objeto de descripción por parte de la ciencia penal. Ello debe ser motivo de censura y pugna en la medida que desnaturaliza al Derecho criminal como *ultima ratio* del Estado, convirtiendo su proceso expansivo en un sistema de gestión primaria de los problemas sociales como *prima ratio* o, solamente, *ratio*⁴⁰⁹, debido a que la proliferación de riesgos condujo al cambio paradigmático en la representación penal. Siendo ello así, persona jurídica-delincuencia organizada ofrecen la mejor alternativa como patrones en la construcción legal y representación del modelo de riesgo. A pesar de que las organizaciones complejas forman parte del espacio de la delincuencia organizada, el plano normativo-local continúa reservando la materia sobre las personas naturales, aun cuando ello representa inconvenientes de legitimidad y autonomía, como se ha visto.

2. Expansión penal. Fundamento político-criminal de la delincuencia organizada de entes colectivos.

La ampliación de los planos de riesgo, la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía, son aspectos de la tendencia general identificada –doctrinalmente– con el término de “*expansión*”⁴¹⁰.

Delincuencia Organizada (23 de enero de 2009). La exposición de motivos por la que se reforman diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada dice “[...] existen medidas de excepción, como característica principal del régimen de delincuencia organizada, que además no deben limitarse a la averiguación previa y al proceso, por lo que estas excepciones deben extenderse, además de los indiciados o sentenciados por delitos de delincuencia organizada, a otros sujetos que requieran medidas especiales de seguridad”.

⁴⁰⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre política-criminal a principios del siglo XXI”, *Derecho penal contemporáneo, Revista Internacional*, Ed. Legis, n° 19 (2007), p. 102-103.

⁴¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 20.

Ante la disposición de que los riesgos se concreten en resultados lesivos, los ciudadanos demandan al Estado mayor seguridad, a fin de recuperar la sensación subjetiva de sentirse libres de aquellos⁴¹¹. Principalmente, se ha considerado como destinatario de la solicitud al Derecho penal que poco a poco se ha visto ampliado a sectores de otros ordenamientos jurídicos como el procesal, a los cuales se les ha otorgado relevancia a través del *sentimiento de inseguridad del ciudadano*⁴¹², que en ningún momento puede ser valorado como bien jurídico.

Esta expansión, ciertamente, es una característica innegable tanto de la delincuencia organizada como de la persona jurídica, situando uno de los principales debates dogmáticos y político-criminales sobre los nuevos ámbitos de la protección penal, principalmente, como recuerda ZUGALDÍA, porque el Derecho penal ha sido constituido sobre la base de bienes jurídicos clásicos (vida, salud, honor, libertad o propiedad de las personas físicas) vulnerados por delincuentes tradicionales (seres humanos) capaces de llevar a cabo acciones humanas con una culpabilidad susceptible de ser captada en términos bio-psicológicos⁴¹³.

Sin embargo, actualmente el Derecho penal constata la existencia de una tendencia encaminada tanto a la creación de nuevos ámbitos de protección penal como a la agravación de penas en delitos constituidos sobre la base del crimen organizado, los cuales se establecen en el marco general de una sociedad del riesgo, post-industrial, globalizada/transnacional o de las nuevas tecnologías, que traen consigo distintas formas de delincuencia contra bienes jurídicos hasta entonces excluidos por el Derecho penal, como el medio ambiente o el orden socioeconómico, y cuya naturaleza es distinta –como lo sostiene SILVA- al considerar, en primer lugar, la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían (instituciones económicas del crédito o de inversión); en segundo lugar, el deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como “bienes escasos” a los que se les atribuye ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso

⁴¹¹ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 30.

⁴¹² Al respecto ver ampliamente HÖRNLE, Tatjana, “La Protección de Sentimientos...”, op. cit., pp. 383-402.

⁴¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, op. cit., p. 19.

(medio ambiente); y, en tercer lugar, el incremento esencial de valor que experimentan como consecuencia del cambio social y cultural, realidades que siempre estuvieron ahí sin que reparar en las mismas (patrimonio histórico-artístico)⁴¹⁴.

Esta ampliación penal se ha direccionado, en gran medida, a delitos cometidos por organizaciones ilícitas (delincuencia organizada), o bien, en el seno o bajo el amparo de organizaciones lícitas (personas jurídicas), en ambos casos la persona física juega un rol subsidiario, en tanto las organizaciones pasan a ser la punta de lanza en el reproche penal.

Aunque al Derecho penal (clásico) le resulte difícil considerar la posibilidad de aparición de nuevos bienes jurídicos o el aumento del valor de algunos intereses existentes, al reconocerse, por excelencia, como el instrumento cualificado protector de bienes jurídicos, siempre al margen de los ideales constitucionales y penales, ello no debe obstar, como lo plantea ZULAGDÍA, para que la incompatibilidad existente entre los principios limitadores de la intervención penal (principalmente intervención mínima) y las crecientes necesidades de tutela de nuevos intereses deba resolverse decididamente dando acogida a nuevas formas de delincuencia⁴¹⁵, sin olvidar que los sistemas de Derechos Humanos conformes a los instrumentos internacionales y constitucionales deben ser los mismos para todo el Derecho criminal, pues ambos derechos (nuclear y expansivo o moderno) pertenecen en esencia a la misma doctrina penal, que como cualquier orden jurídico tiene una función configuradora y transformadora del sistema social⁴¹⁶.

Ahora bien, tanto la delincuencia organizada como las personas jurídicas son materias promovidas por la expansión penal, y aunque en ambos casos se consideran organizaciones (lícitas/ilícitas), la ampliación impacta de forma distinta dada la naturaleza de los sujetos que las conforman, pues –como lo manifiesta SILVA- dentro del Derecho penal pueden concurrir dos géneros de expansión: “razonable” o “irrazonable”⁴¹⁷.

⁴¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 25.

⁴¹⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, op. cit., p. 20.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 26.

2.1 Deterioro de los principios constitucionales y de garantía. La inconveniente extensión penal.

Sin duda, el crimen organizado es una manifestación de la expansión penal que ha ido más allá de los límites razonables, ello porque no se puede afirmar en absoluto que la conducta en sí misma ponga en peligro o lesione algún bien jurídico colectivo o individual. En otros términos, la acción aisladamente considerada no representa un hecho penalmente relevante.

Así, la expansión penal como fuente de creación de tipos penales extralimita los principios constitucionales y del *ius puniendi*, lo cual se constata a través del tipo penal en estudio, establecido en una ley especial, como instrumento al servicio de una función de rectificación sistemática de errores o déficits de Estado, la cual asume el control de todos los nuevos riesgos que amenazan a la sociedad liberal. En consecuencia, no puede pasar por alto que la delincuencia organizada derivada de la sensación de riesgo y la expansión penal como nueva forma de agresión autónoma desconocida antes de la década de los noventa en el marco del Derecho penal clásico, parece ser generada como una evasiva para sancionar meros actos programáticos. Esto es, anteriores a la consumación delictiva, especialmente cuando se trataba de tráfico de drogas, ocupándose posteriormente de otros ilícitos graves como el secuestro, robo de vehículos, terrorismo, trata de personas, entre otros, legitimando la protección penal adelantada sobre el riesgo de algún bien jurídico principal asociado a la delincuencia organizada, objetos jurídicos protegidos considerados expresiones del grupo criminal. Con ello, se afirma que la delincuencia organizada es el género y sus manifestaciones la especie, surgiendo inconvenientes relacionados al bien jurídico pues la norma crea una protección indirecta de éste.

Al respecto, se destaca que “parte del problema que presenta la delincuencia organizada radica en el bien jurídico que protege, pues de la diversidad de figuras delictivas relacionadas con aquella, como lo son el terrorismo, narcotráfico, tráfico de armas, tráfico de indocumentados, secuestro, robo de vehículos, falsificación de moneda, lavado de dinero, entre otros, definitivamente no puede hablarse de un solo bien o un solo grupo de bienes jurídicos fácilmente identificables, sino que tendrá que hablarse en abstracto de diversos bienes jurídicos que entran en consideración, pero que en el caso concreto

necesariamente tendrá que individualizarse, dependiendo de la forma en que se manifiesta la delincuencia organizada. La realidad nos muestra qué tanto se puede considerar que la salud pública, la vida, la libertad o la seguridad del Estado han sido afectados, o también, qué tanto alguno de esos bienes solo cumple una función simbólica o de pretexto; e igualmente, podrá determinarse qué tanto hay de cierto en los contenidos de los discursos⁴¹⁸.

Por su parte, RAGUÉS⁴¹⁹ exterioriza que en los últimos años el Derecho penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que surge, en muchas ocasiones, de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En semejante contexto, la labor de la política-criminal como ciencia deviene más compleja, pues trata de valorar un fenómeno de ampliación de los tipos delictivos y de endurecimiento de las penas que, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, recibe su impulso de la opinión pública y es ejecutado por un poder político que cuenta con plena legitimidad democrática. Sin embargo, en la medida que la expansión penal quebrante límites constitucionales resulta necesario desacreditar aquel crecimiento, pese a que sea reclamado por los ciudadanos y otorgado por los legítimos representantes quienes, como sostiene Schulz, comportan una presunción de corrección, pero no la garantizan⁴²⁰.

En relación a lo anterior, la doctrina afirma que la coyuntura en la que se mueve el Derecho penal en los últimos dos lustros es una de las más graves, toda vez que compromete los rasgos definitorios de su propia identidad. Se trata, precisamente, de una crisis derivada de la tensión expansiva a la que se continúa sometiendo al Derecho penal para estar en “condiciones” de afrontar con éxito y de forma expedita la misión de lucha contra una criminalidad organizada, cuyo incremento en cantidad y dañosidad es patente⁴²¹ en tanto se encuentran en juego la reducción de Derechos fundamentales y sus garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito⁴²².

⁴¹⁸ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, Ed. Ius poenale, 1999, México, p. 303 y ss.

⁴¹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal”, *Revista de Derecho Penal Integrado*, Córdoba, año IV, n° 6 (2003), p. 240 y ss.

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Prólogo”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho penal, Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Ed. Comares, 2000, p. XI.

⁴²² RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Retos actuales de la Política Criminal”, op. cit., pp. 240.

Sin duda alguna, el moderno Derecho penal ha sustituido el modelo tradicional de lesión o peligro concreto de bienes jurídicos individuales, por el predominio del peligro abstracto/presunto de bienes jurídicos supraindividuales como contenido material de los tipos penales, patrón que tiene repercusiones en la aplicación de la sanción. No debemos olvidar que el fundamento de la pena en esta clase de ilícitos es la desviación de reglas de funcionamiento de los subsistemas sociales, como la simple infracción del deber y la mera desobediencia a la norma, pautas que tienen su origen en el Derecho penal del enemigo.

De conformidad con lo dicho, la exposición de motivos de la LFDO afirma que la delincuencia organizada afecta la vida de miles de seres humanos y pone en riesgo la propia seguridad de la nación, así como la vigencia del estado de Derecho. Ante la perspectiva de peligros crecientes que se pueden concretar en resultados lesivos considerando la incriminación adicional, el legislador demanda al Estado mayor seguridad para los ciudadanos, a fin de recuperar la sensación subjetiva de sentirse libres de peligro o de riesgo⁴²³ ampliando los intereses de protección. Sin embargo, no se puede perder de vista la función limitadora que el sistema penal tiene en un Estado democrático, pues el Derecho criminal no puede ser utilizado como único instrumento de custodia para todos los males. Por el contrario, su función debe ceñirse a la protección de los ataques más graves e intolerables a determinados bienes jurídicos, individuales o colectivos, permaneciendo fuera de consideración bienes de poca importancia o ataques de menor trascendencia, para lo cual el Estado cuenta con otros recursos menos lesivos que los penales (*ultima ratio*). Este es sólo alguno de los criterios que precisan las fronteras de lo penal, según las exigencias del Estado democrático de Derecho.

En suma, si se admite el recurso al Derecho penal como protector de bienes jurídicos tradicionales frente a agresiones propias de la sociedad moderna, esto es, desarrolladas en contextos de acción colectiva y abstractos, debe considerarse que la única tutela imaginable es acudir a los delitos de peligro (fundamentalmente abstracto) que comporta el empleo de una técnica sólidamente ligada a la protección penal anticipada de bienes jurídicos.

⁴²³ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal...* op. cit., p. 30.

Desde un punto de vista democrático, cualquiera de las soluciones (Derecho penal de segunda velocidad o de intervención) son válidas como formas de sancionar en menor medida conductas que aún no merecen caer dentro del núcleo duro de la ciencia penal. Sin embargo, lo que aquí se pretende es el tratamiento del crimen organizado como un delito autónomo asociado a la persona jurídica, o bien, como agravante respecto a las personas físicas, en razón de que la organización criminal es en realidad un medio, método o forma que incrementa el riesgo de lesividad para los diversos bienes jurídicos de los cuales se ocupa la materia. En consecuencia, el fundamento de la agravación no se encuentra en la relación causal entre el empleo de medios, métodos o formas a que se refiere el tipo y el daño material producido, sino en el incremento del riesgo lesivo que para los bienes jurídicos representa su empleo, se materialice o no⁴²⁴. En definitiva, si lo determinante es el riesgo que la organización representa *ex ante* a la agresión, su tratamiento debe quedar en un segundo plano de intervención (agravante), pues la gravedad de la inclusión de esta conducta como delito autónomo radica en su inexistente justificación normativa, basta con analizar las plataformas políticas y la explicación que dieron origen a la LFDO. Razones limitadas a la exposición de ideologías opuestas a los postulados de *ultima ratio* e *intervención mínima* que inspiraron la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, factor complementado con la confusa técnica de normativización que desvía al tipo penal de la efectiva protección del bien jurídico supraindividual (como lo establecen los motivos que dieron origen al delito)⁴²⁵.

Lo anterior, es una característica del moderno Derecho penal respecto del que, HASSEMER, manifestó sus instrumentos técnicos más representativos. Primero, destacó la orientación institucional en la protección de bienes jurídicos, que posee como consecuencia la tutela de bienes universales y no individuales; en segundo lugar, el recurso a la técnica de los tipos de peligro abstracto, que amplía enormemente el ámbito de aplicación del Derecho penal; y, al tercer (y último) instrumento, lo refiere como lógica consecuencia de los dos anteriores, puesto que el operar con bienes jurídicos universales

⁴²⁴ Ver STS 228/2012 de 27 de marzo de 2012.

⁴²⁵ Esta línea de pensamiento, resultaría imprescindible profundizar en la elaboración de una teoría de la legislación penal y, en concreto, en la caracterización del bien jurídico penal. A tal efecto, no resultará cuestión irrelevante determinar cuál es la concepción metodológica de la que se parte: una concepción democrática y garantista de la imputación penal como la que se deriva de la moderna concepción significativa de la acción, ofrece, un paradigma para la selección de bienes jurídico-penales supraindividuales y para llevar a cabo las adecuadas restricciones en la tipificación penal de tales bienes.

y tipos de peligro abstracto conduce a la construcción de delitos sin víctimas o, cuando menos, con víctimas difuminadas, donde no se exige un daño⁴²⁶.

Concretamente en el caso mexicano, la regulación de la delincuencia organizada fundamentada en la reducción de garantías se caracteriza, entonces, por un trato diferenciado hacia el delincuente otorgándole el carácter de no ciudadano al cual va apartando paulatinamente de la senda del Derecho hasta convertirlo en un *enemigo* social, es decir, se le da un tratamiento de no-persona, pues el Derecho penal ordinario o *de la normalidad* (abandonado definitivamente) se muestra completamente insuficiente e ineficaz, razón por la que el *Derecho penal del enemigo* neutraliza a la persona como permanente fuente de peligro para la sociedad al máximo costo posible⁴²⁷, pero continúa dejando como riesgo latente a la propia organización.

Y es que la expansión penal ha permitido encontrar la autonomía normativa del delito convirtiéndose en la punta de lanza para la tipificación de conductas que *per se* no representan actos penalmente relevantes ni para la colectividad, ni individualmente consideradas, ya que su representación lesiva sólo puede llegar a concretarse si se lleva a cabo otro ilícito de distinta naturaleza, como se desprende de la propia redacción legal⁴²⁸, produciéndose, como sostiene QUINTERO OLIVARES, un efecto de *incriminación adicional*⁴²⁹.

En su forma autónoma, el tipo penal de delincuencia organizada es evidentemente un delito que guarda estrecha relación con la *incriminación accesoria*. Esto lo observamos en el art. 16, octavo párrafo CPEUM y 2º LFDO, que establecen la consumación del delito cuando una pluralidad de sujetos se organiza de hecho con la finalidad de delinquir, por lo tanto se sanciona a quien toma parte en cualquiera de los delitos perpetrados por los sujetos que se organizan con esa finalidad ilícita. Partiendo de la premisa establecida en los preceptos citados, se recoge dos veces una sola conducta bajo diversos títulos penales. En tal virtud, se está sancionando a un sujeto dos veces por el mismo hecho,

⁴²⁶ HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 15 y ss.

⁴²⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo...”, op. cit., p. 20.

⁴²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 102.

⁴²⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVE, Juan Carlos/ANARTE BORRALLO, Enrique (coords.), *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ed. Universidad de Huelva, 1999, p. 185.

quebrantando el principio *non bis in idem*⁴³⁰, pues tanto el delito accesorio como los delitos fines vienen de la misma conducta desplegada por el sujeto activo, pues se trata de manifestaciones de la organización criminal. Esto denota la deficiencia normativa del ilícito que trata de reprochar al grupo delictivo conformado por una pluralidad de sujetos que se reúnen materialmente con un propósito ilícito, por lo tanto, delinque quien toma parte en la organización pero no en los delitos perpetrados por la misma, pues lo injusto es la comunicación que forma el medio o método que incrementa el riesgo de lesividad sobre bienes jurídicos. De ser así, el tipo penal de crimen organizado y su fundamento (expansión penal) permanecerían dentro de los límites razonables.

Aquí es pertinente referir el ejemplo que GARCÍA RAMÍREZ trata a partir de los delitos de falsedad, en la vertiente de falsificación o alteración de moneda, con el propósito de distinguir la dependencia que el tipo de delincuencia organizada guarda: “tres sujetos convienen en actuar organizadamente para falsificar moneda, conducta que realizarán en diversas ocasiones. Acuerdan que uno de ellos dirigirá las operaciones y los otros actuarán bajo sus órdenes, y establecen los medios y las circunstancias conducentes a las operaciones convenidas, que efectivamente realizan. En la especie nos encontramos ante un caso de delincuencia organizada (art. 2º LFDO) y otro de falsificación de moneda (art. 234 CP). Los tres sujetos incurrir en delincuencia organizada por haberse reunido para falsificar moneda en forma reiterada. Los mismos tres sujetos incurrir en falsificación de moneda por haber acordado, preparado y realizado conjuntamente esta actividad punible (art. 13, fracciones II y III, CP). En este supuesto ¿no se está contemplando bajo dos tipos una misma conducta: concretar la falsificación de moneda? Y al condenar a los agentes por delincuencia organizada y por falsificación, conforme al primer párrafo del art. 3º LFDO, ¿no se está castigando dos veces a una persona por la misma conducta?”⁴³¹

Lo anterior se sustenta al amparo de la doctrina de la *acumulación*, donde el denominador común de las conductas delictivas consiste en que individualmente consideradas no representan un peligro especialmente relevante, de modo que éste sólo podría llegar a concretarse en una lesión “si todo el mundo hiciera lo mismo”⁴³². Un ejemplo indudable

⁴³⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, Ed. Porrúa, México, 2005, p. 145.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 102. *Ibidem*

de esta doctrina lo constituye el fenómeno normativo delincuencia organizada, que solo se llega a materializarse cuando existe una *accesoriedad* de intereses jurídico-penales, como se desprende de la propia redacción del art. 2º LFDO⁴³³.

Luego, dentro del tipo penal de delincuencia organizada existe una tipificación de incriminación accesoria que, en principio, resultaría correcta solo cuando el ejercicio de la libertad de un sujeto limita la del otro perjudicándole. Solo entonces el Estado, u otro individuo, en aras de garantizar la protección de la libertad (individual y colectiva), estarán legitimados para intervenir restringiendo la autodeterminación del perturbador⁴³⁴, siempre que no se infrinjan los criterios limitadores del *ius puniendi*⁴³⁵. En este sentido, las advertencias de la Escuela de Frankfurt pueden resultar de utilidad, cuando menos para recordar que un excesivo intervencionismo penal también podría malograr la consecución de su objeto. En un Estado social y democrático de Derecho, como sostiene MIR PUIG, “la materia penal no debe perseguir la máxima eficacia o prevención posible, sino el mínimo de prevención imprescindible. Se trata del principio de intervención mínima o de última ratio del Derecho penal”⁴³⁶.

Por ello, la discusión sobre la autonomía normativa del delito se encuentra desenfocada, pues resulta extraño que los criterios del Derecho penal liberal se involucren con una política criminal reduccionista de libertades, Derechos Humanos y sus garantías; enseguida, la ciencia penal progresista no puede tener como objetivo la consecución del

⁴³³ Al respecto, el art. 2º LFDO ha establecido que “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes (delito accesorio), serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: I. Terrorismo... II. Acopio y tráfico de armas...III. Tráfico de indocumentados...IV. Tráfico de órganos...V. Corrupción de personas menores...; Pornografía de personas menores...; Turismo sexual en contra de personas menores...; Lenocinio de personas menores...; asalto...; secuestro..., y, VI. Trata de personas... (delitos-fines o principales)”.

⁴³⁴ STUART MILL, *Sobre la libertad*, (trad. Pablo De Azcárate) Ed. Alianza, Madrid, 1999, p. 128.

⁴³⁵ Resulta ilustrativo el ejemplo donde a partir del delito de secuestro, tres o más sujetos se organizan (estableciendo sus roles) para llevar a efecto el ilícito en comento, acción que han llevado en diversas ocasiones. En la especie nos encontramos ante un caso de delincuencia organizada y otro de secuestro, uno sancionado por la LFDO y otro por el CP. Efectivamente, los sujetos incurrir en el ilícito de delincuencia organizada por haberse organizado y realizar reiteradamente las conductas delictivas, sin embargo, los mismos sujetos incurrir en el ilícito de secuestro por haber preparado y realizado conjuntamente esta actividad punible. Luego entonces, en este supuesto, desde un punto de vista particular, se está contemplando bajo dos tipos penales una misma conducta, violentando el principio *ne bis in idem*, toda vez que se sanciona a los sujetos tanto por delincuencia la organizada como por el secuestro, con lo que se concreta el principio de incriminación adicional o accesoria.

⁴³⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, op. cit., p. 123.

máximo nivel de eficacia a costa de las libertades de la persona, ya que entonces dejaría de ser liberal para convertirse en autoritario.

De esta forma, los inconvenientes que representa la expansión para la persona física no radican solo en su ampliación relacionada a la creación de nuevos delitos o agravación en la imposición de pena, sino en la flexibilidad de los principios de garantía constitucional y penal dirigidos a personas naturales. Así, el plano de la delincuencia organizada opta por intervenir personas humanas para determinar si pertenecen al grupo criminal, esto puede considerarse hasta cierto punto correcto. Lo insensato radica en que las herramientas especiales de intervención creadas para reprochar a la organización como tal, donde los principios garantísticos se flexibilizan, también se utilizan para reprochar los delitos adyacentes al corporativo, y toda vez que la prueba es obtenida con aquellos medios peculiares de investigación, permitidas *ab initio* en el juicio de atribución al grupo por su formación, son presentadas en proceso para lograr la imputación penal de los delitos que rodean el marco de la delincuencia organizada, es decir, se atribuye un delito diverso a la conformación del grupo criminal.

Ante ello, la especial intervención penal en la materia debe limitarse a reprochar la existencia del grupo, no así los delitos que en su seno se cometan, pues estaríamos hablando de dos formas distintas de imputar el mismo ilícito penal; entonces, ¿qué diferencia existe entre el robo de un vehículo llevado a cabo por dos sujetos y uno realizado por un grupo criminal?, ¿es permitido en ambos casos la flexibilización de reglas de garantía? Al respecto, entiendo que la distinción radica, como lo señalo, en que la organización resulta ser un medio o instrumento en la materialización delictiva que incrementa el riesgo lesivo a bienes jurídicos, lo que puede justificar razonablemente la expansión penal en este ámbito. Lo cierto, es que normativamente la delincuencia organizada mantiene una composición incorrecta que impide distinguir con claridad la conducta típica y el bien jurídico merecedor de protección, lo que resulta inadmisibles toda vez que se encuentran en juego tanto los Derechos Humanos como sus garantías, sea en el plano de lo sustantivo y/o adjetivo.

De cara a los inconvenientes que la actual regulación del crimen organizado representa respecto a la persona física, la solución aquí propuesta consiste en orientar el reproche a la organización como ente colectivo que es, evitando con ello la (sobre)utilización de

medidas penales que exceden el entorno de la persona natural, al tiempo que imposibilita la transferencia de responsabilidad al revés, consistente en trasladar a la persona física la culpabilidad de la organización además de obviar el quebrantamiento de derechos y garantías inherentes a la persona, entre ellas el *non bis in ídem*.

2.2 Ampliación de los sujetos de derecho en el ámbito de la delincuencia organizada. La conveniente expansión.

Mientras que el entorno de la delincuencia organizada dirigida a la persona física se presenta como una manifestación inconveniente de la expansión penal, el espacio de las personas jurídicas representa la expresión de un esparcimiento prudente y positivo que da origen a la protección de nuevos bienes jurídicos, nuevos sujetos de derecho y, por lo tanto, nuevas formas de reproche penal. Lugar donde las personas físicas –recuerda ZULAGDÍA- pasan a ocupar una función secundaria, adquiriendo el papel protagónico los entes colectivos⁴³⁷ quienes componen, en gran medida, la auténtica delincuencia organizada en diversas áreas como la económica, trata de personas, tráfico de drogas, de indocumentados, de armas, delitos ambientales, etc., lo que no quiere decir que la implementación de atribución penal a las personas jurídicas sustituya la responsabilidad individual⁴³⁸.

La ampliación penal aquí referida se dirige al reconocimiento de nuevos sujetos de Derecho así como de recientes intereses que derivan de la progresiva necesidad de tutela penal; algo distinto de la expansión referida en el apartado anterior, vinculada al empleo de técnicas de investigación que por su naturaleza transgreden la esfera de los Derechos Humanos y de los principios restrictivos del Derecho penal. No obstante, la expansión penal opta por ambas opciones al no ser homogénea en sus contenidos, por lo que adquiere diversas connotaciones entre las que destacan: la ampliación sobre la regulación de nuevas conductas, extensión a sujetos colectivos, empleo de técnicas especiales de investigación y la reformulación de la pena, cuya consecuencia necesaria es la creación de otros modelos de imputación. Se trataría entonces, del reconocimiento de una nueva

⁴³⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, op cit., p. 21.

⁴³⁸ NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un Modelo Legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 37.

*especialidad del Derecho penal*⁴³⁹, calificada así por ZULAGDÍA, íntimamente relacionada con la ampliación del sujeto de Derecho, que en el caso de personas físicas evidentemente deja de tener efectos por encontrarse ya reguladas sus acciones, quedando las personas jurídicas como únicos sujetos a los que el moderno Derecho penal da acogida a través de los diversos Convenios Internacionales que proceden de la ONU, OCDE, OEA, Consejo de Europa o de las decisiones directivas marco de la UE, que prevén la necesidad de sanción contra entes colectivos debido a las características que guardan con el objeto de evitar lagunas de impunidad.

Entre los instrumentos internacionales que revelan la necesaria expansión hacia la persona jurídica se encuentra la Convención de Palermo, que explica al crimen organizado de entes colectivos como una de las formas de delincuencia de primer orden a ser considerada. Y es que –expresado en palabras de TIEDEMANN- “aunque la persona física vaya a seguir siendo el sujeto principal del Derecho penal, el Derecho penal de la persona física, por sí solo no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada”⁴⁴⁰, por lo tanto, ante el incremento de ésta clase de delincuencia y la utilización de personas jurídicas por ella resulta necesaria la adopción de medidas eficaces para prevenir y combatir el fenómeno, desarrollando programas que incluyan medidas de carácter penal sobre las actividades o estructura de las personas jurídicas⁴⁴¹ que constituyen legítimos actores en la sociedad de riesgo. El blanqueo de capitales, delitos ambientales, robo de hidrocarburos, estafas colectivas, trata de personas, etc., constituyen ejemplos claros donde las personas jurídicas se vinculan a la delincuencia organizada, hasta el punto de estar cada vez más generalizada la idea en la cual la prevención eficaz de hechos especialmente dañosos no puede llevarse a cabo operando exclusivamente sobre la base de la responsabilidad criminal individual⁴⁴².

Existe entonces, la conveniencia político-criminal de reivindicar el reproche penal a entes colectivos, pues se pone de manifiesto una indiscutible *criminalidad de asociación* donde las complejas estructuras de la delincuencia organizada-personas jurídicas dificultan, en

⁴³⁹ TIEDEMANN, Kalus, “Presente y futuro del Derecho penal Económico” en *Hacia un Derecho penal Económico Europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, UAM, nº 14-17 (1992), p.34.

⁴⁴⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, op cit., p. 25.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 26.

muchas ocasiones, determinar el reproche penal a la persona natural responsable de la comisión del delito en el seno de los entes colectivos, tras los cuales encuentra su protección. Esta dificultad aconseja admitir la criminalidad organizada corporativa.

Es cierto que la persona jurídica ha venido desplegando un papel fundamental en el desarrollo económico y social. Sin embargo, también ha evolucionado en sentido negativo pues, como sostiene NIETO MARTÍN, la propia existencia de una organización genera ya por sí sola factores criminógenos que incrementan las posibilidades de un comportamiento desviado⁴⁴³. Este incremento es mayor cuando los entes colectivos se unen en una especie de *holding*, *trust*, *cártel*, *conglomerdo*, etc. para llevar a cabo determinadas actividades. Ante ello, la expansión en el ámbito de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, hasta hoy solo admite la eficacia del proceso penal e imputación en su forma individual, esto es, los entes colectivos como unidades.

En este contexto, el moderno Derecho penal, a consecuencia del significado que los riesgos generan en los procesos de globalización, opta por ampliar la norma a hechos que devienen de colectividades, en los cuales los instrumentos tradicionales han perdido eficacia tanto para regular conductas como para imponer sus normas⁴⁴⁴. En consecuencia necesario generar otras formas de atribución a propuesta de los instrumentos internacionales que advierten como posible la imputación colectiva, pues en el plano de lo individual pueden presentarse inconvenientes prácticos cuando se actúa a través de entes colectivos, a saber:

a) La imputación como consecuencia de la división de funciones, en los procesos de división vertical y horizontal, que pueden aglutinarse en torno a la conocida expresión de irresponsabilidad organizada⁴⁴⁵. Inconveniente que, a su vez, encuentra dos puntos de distinción. El primero es el relacionado a la localización de la responsabilidad individual en los niveles más bajos de la estructura jerárquica organizada, que deslegitima la intervención y credibilidad penal⁴⁴⁶ al permitir la traslación de responsabilidad de la organización a la persona física, que obedece a la técnica del chivo expiatorio

⁴⁴³ NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...*, op. cit., p. 37.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁴⁴⁶ NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...*, op. cit., p. 39.

(*scapegoating*), reprochando a personas con escaso o nulo poder dentro del grupo o, incluso, aquellas que no guardan una relación con la organización o no son las únicas responsables de la infracción, lo que plantea aún mayores problemas de legitimidad⁴⁴⁷. El segundo postulado es el problema de la *identificación* que, como consecuencia del proceso de división de funciones (estructura jerárquica de la organización), en gran medida no resulta posible encontrar una responsabilidad individual de la persona física o ésta carece del grado necesario para reprocharla penalmente por delincuencia organizada (por ejemplo, una persona externa a la organización que haya colaborado en algún momento con el grupo, pero que no tenga sentido de pertenencia).

b) El segundo supuesto, es la determinación del comportamiento de la persona física por parte de la organización. Esto deviene de la idea de SUTHERLAND quien establece que la inclusión en una organización aumenta la posibilidad de que determinados individuos aisladamente considerados quizás no realizarían ningún tipo de conducta desviada, delincan. Ello se debe al espíritu criminal del grupo que propicia el aprendizaje de conductas delictivas y técnicas de neutralización que hacen que las barreras morales aprendidas por el individuo en el proceso de socialización se debiliten (comunicación)⁴⁴⁸.

Ambos supuestos, sirven como fundamento de la responsabilidad colectiva que no necesariamente requiere de un reproche individual paralelo, pero que tampoco supone la ausencia de responsabilidad individual, no porque resulte más sencillo el procedimiento contra la organización sino para evitar la formación de grupos empresariales criminales que dificultan en mayor medida el reproche a las personas físicas. Más aún, la responsabilidad de los entes colectivos permite al Derecho funcionar con menores niveles punitivos sobre la persona natural evitando, de acuerdo con NIETO MARTÍN, la sobreexplotación del Derecho penal individual y el quebrantamiento a los Derechos Humanos. De esta manera, se impide el allanamiento a las categorías tradicionales del Derecho penal individual, con el fin de satisfacer las necesidades preventivas producidas por la lesión de bienes jurídicos en el desarrollo de la actividad del colectivo criminal. En este sentido, “si la responsabilidad colectiva funciona correctamente, se consigue además tutelar bienes jurídicos con menor incidencia en la libertad de los ciudadanos”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁴⁹ NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...*, op. cit., p. 52.

En efecto, los fenómenos de la globalización y sociedad del riesgo se sitúan como mecanismos de intervención penal que dejan a la persona física en estado de indefensión frente a los ordenamientos jurídicos creados bajo su soporte (Derecho penal de excepción), perdiendo credibilidad el Derecho penal al momento de regular comportamientos colectivos, afectando negativamente la capacidad reguladora del Estado⁴⁵⁰. No es por ello producto de la casualidad que la normativa asociada a la delincuencia organizada afecte principios limitadores del *ius puniendi*, pues se ha llevado el Derecho penal individual a la construcción del Derecho penal colectivo, en que por razones de “eficiencia” se limita a trasladar la sanción del sujeto colectivo al individuo.

En realidad, por un lado, se trata de una acción colectiva donde la organización persigue el mismo objetivo, actuando como una “mente común” mediante el establecimiento de pactos y acuerdos entre sus diversos componentes. Desde esta perspectiva, el interés colectivo se constituye como la síntesis de los intereses particulares⁴⁵¹ generados a través de la comunicación entre los integrantes de la organización, pues pensar en el encapsulamiento y aislamiento del rol que desempeñan es discurrir en la esfera de lo individual, por lo que evidentemente se debe buscar una atribución de carácter colectivo, esto es, en su forma plural, de conglomerado, como lo sugiere la Convención de Palermo.

Lo anterior es así pues, conforme a la teoría de los sistemas de Luhmann, la organización implica una red de interrelaciones entre los distintos integrantes del grupo, vínculo que solo es posible merced a la existencia de comunicaciones en el interior del colectivo (actuación concertada), a través de la cual los miembros del sistema se orientan y posibilitan nuevas comunicaciones que dan continuidad a la organización (autopoiesis), constituyendo la comunicación la esencia o identidad de la misma (autorreferencialidad)⁴⁵². En consecuencia, el grupo delictivo cuenta con capacidad de acción e identidad colectivas al adoptar decisiones propias.

Bajo esta tesitura, la teoría de sistemas citada puede confirmar que en materia de delincuencia organizada el principal objeto de la intervención penal es evitar la comisión

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁵² NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...*, op. cit., p. 77-78.

de delitos por entes colectivos agrupados, al reconocer los instrumentos internacionales (Derecho positivo) la capacidad de acción de las organizaciones (criminales) en que se admite su capacidad subjetiva⁴⁵³ (art. 2.a CNUDOT) e, incluso, consideran su autonomía y responsabilidad colectivas. Desde otra perspectiva, la teoría sistémica también se confirma como uno de los argumentos sólidos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre todo en la escena de la autorregulación-autoresponsabilidad, que sirve para disminuir desde el interior de la empresa su capacidad delictiva y al mismo tiempo para aumentar el riesgo de pena sobre los directivos.

Finalmente, la teoría de sistemas explica el déficit de motivación que tiene el Derecho penal frente a las uniones de entes colectivos, así como la pérdida de eficacia preventiva, algo que probablemente se encuentre unido a las diversas dificultades procesales para investigar y atribuir ilícitos de organización donde la responsabilidad colectiva se hace depender de la culpabilidad de la persona física, provocando que la organización criminal continúe el logro de sus objetivos y asuma el riesgo del *scapegoating*, el cual hace permanecer latente la pregunta sobre la legitimidad de la delincuencia organizada en el ámbito de las personas naturales y, en consecuencia, reflexionar sobre su indispensable cambio de paradigmas.

3. Excurso sobre la persona jurídica en el Derecho penal.

3.1 Responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Estado de la cuestión.

Desde la parte introductoria advertí que el fenómeno de la delincuencia organizada debe extenderse al espacio de las personas jurídicas debido al origen que el propio concepto proporciona: reprochar entes colectivos. Pese a lo establecido por los instrumentos internacionales, resulta sorprendente que esta realidad no haya sido tomada en consideración en el estudio del fenómeno, pues, como lo destaca BAIGÚN, se “prescinde del papel que

⁴⁵³ En este sentido, el art. 2 inciso a) de la Convención de Palermo hace referencia la capacidad de acción y la subjetividad de entes colectivos, al indicar como características de un grupo delictivo organizado (ente colectivo), la actuación concertada del grupo y el propósito del colectivo en la comisión de delitos graves.

juegan las corporaciones no obstante que muchas de las características de su actividad cotidiana sean mencionadas como datos típicos del crimen organizado”⁴⁵⁴.

El escenario descrito abre una vía de especial interés para generar un modelo de imputación en la materia que vincule a los entes colectivos como sujetos activos del crimen organizado, lo que hace aún más atractiva el área de estudio sobre la ya discutida responsabilidad criminal de las personas jurídicas, pues establece el puntero de la *delincuencia organizada de empresa*, ahí donde la persona física ocupa un papel secundario. Sin embargo, pese a que los criterios emparentados con la responsabilidad penal de la persona jurídica resultan ser sobradamente conocidos, e incluso han sido considerados como una temática prácticamente cerrada en cuanto a sus contenidos, resulta necesario para esta investigación realizar un recordatorio sobre los razonamientos formulados por la doctrina penal asociados a la responsabilidad corporativa con el objeto de conocer el estado del arte que actualmente guarda tanto en el derecho interno como en materia comparada, por constituir el punto de partida de cara a futuras tendencias dogmáticas y político-criminales en la materia.

Como es sabido, en nuestros días la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica continúa representando una temática controvertida que despierta la atención de la doctrina penal mundial. Esto se debe principalmente al rol cada vez más relevante que desempeñan los entes colectivos en la sociedad moderna, papel que los vincula de manera decisiva al fenómeno de la criminalidad. Y es que la cuestión sobre el reproche penal de las personas jurídicas se hace notar desde dos perspectivas, en primer lugar, desde el desempeño social que guarda la empresa y, en segundo lugar, por los cambios que el Derecho penal ha sufrido en sus paradigmas, renovación jurídica que se extiende hasta nuestros días, y que a futuro continuará, dados los inconvenientes sociales que solo mediante disposiciones penales encuentran solución; modificaciones entendidas por KHUN como un “cambio que sirve como modelo de solución a los problemas que se tienen planteados en un determinado momento”⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ BAIGÚN, David. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 22.

⁴⁵⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, op cit., p. 19, quien hace referencia a KHUN, Thomas, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt am Main, 1979, p. 57.

La persistente transformación –en su parte negativa- ha dificultado la comprensión de la ciencia penal para adecuarla a métodos y resultados, así las “prohibiciones penales y su procedimiento, las garantías [y Derechos Humanos] que se ven afectadas inmediatamente por el Derecho penal, la explicación de las penas y las justificaciones penales son un indicador de los constantes cambios en las bases fácticas del Derecho penal: miedo al peligro y confianza en el mundo, necesidad de control y deseo de libertad se mueven en un equilibrio inestable”⁴⁵⁶.

Desde su vertiente positiva, como parte de las paradigmáticas modificaciones penales que exige la moderna época, se encuentra el sujeto del Derecho penal, que han dejado de ser exclusivamente las persona físicas para ampliarse a las jurídicas, ya que por su propia naturaleza y complejidad son generadores de riesgos penales como el blanqueo de capitales, tráfico de drogas, de migrantes, de armas, trata de personas, terrorismo, tráfico de órganos, entre otros.

Este contexto ha generado una desconexión entre las nociones de sujeto de derecho y ser humano, instituciones que no necesariamente se corresponden, de tal suerte que admitir lo contrario “implicaría confundir dos planos diferentes: el del mundo físico, natural y el del mundo normativo del Derecho. [Así], capacidad de actuar o capacidad de culpabilidad son nociones jurídicas que no deben ser confundidas con las aptitudes físicas, psíquicas e intelectuales del ser humano”⁴⁵⁷.

En el escenario normativo se consideran, con relativa facilidad, como sujetos de derecho a las agrupaciones de personas naturales “siempre y cuando no se crea que se les otorga dicha calificación por razón de sus características humanas, [sino que] se trata de una calificación jurídica y no de una propiedad natural”⁴⁵⁸. De esta suerte, en sentido jurídico, se puede concebir a la persona como un ente al que la norma le atribuye derechos y deberes concebidos de forma unitaria. Esto es, cuando se dice que una persona colectiva es reprochada por algún incumplimiento, se traduce, por un lado, que uno de sus

⁴⁵⁶ HASSEMER, Winfred, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal”, en ESER, Albin/HASSEMER, Winfred/BURKHARDT, Björn (coords. versión Alemana), MUÑOZ CONDE, Francisco (cord. versión española), *La Ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 25.

⁴⁵⁷ HURTADO POZO, José/DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas: Una Perspectiva Comparada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 11.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 13.

miembros realizó una conducta determinada, y, por otro, indica que aquella inobservancia es atribuida a la persona jurídica.

Si se tiene en consideración la forma de percibir al sujeto colectivo desde otras perspectivas del Derecho (civil/administrativo) donde normativamente se le concibe como un ente distinto a sus integrantes, no resultaba claro por qué en materia penal debía evitarse su reproche. Ello orilló a la doctrina a argumentar sobre la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como a definir el alcance y los modelos de imputación (que hasta ahora se desarrollan). En este entendido, la dogmática penal –hasta entonces dominante– afirmaba la irresponsabilidad penal de los entes colectivos en base a razones de ausencia de la calidad de sujeto de Derecho penal, como la incapacidad de acción y/o de culpabilidad e imposibilidad de la imposición de penas, en razón –y así el argumento– de que la “teoría jurídica del delito nace y se desarrolla a partir de un modelo de sujeto confeccionado especialmente para el hombre y sus características individuales”⁴⁵⁹.

A partir de ello, se argumentó su irresponsabilidad bajo el principio *societas delinquere non potest*, por ser incapaces de acción y/o de culpabilidad (y, en consecuencia, ausentes de tipicidad). Sobre este tópico se construyen fundamentalmente dos teorías en torno a la persona jurídica; por un lado, la *teoría de la ficción* de SAVIGNY que establece a las personas físicas como únicas existentes en el mundo real y, por tanto, como únicos sujetos de derecho, considerando a la organización social como “una red colmada de relaciones individuales que culmina, en derecho público, con la supresión de la personalidad del Estado”⁴⁶⁰, dejando al margen a los sujetos colectivos por tratarse de creaciones normativas justificadas por el interés social. Opinión dominante desde Feuerbach (finales del s. XVIII) quien, auxiliándose en la influencia de esta filosofía, estableció que “sólo el individuo puede ser sujeto de un delito; nunca una persona moral, una sociedad, una *universitas* o un *collegium*”⁴⁶¹. Ante ello, la responsabilidad criminal sólo ha de recaer en las personas físicas que integran la persona colectiva, como únicos sujetos reales

⁴⁵⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Ara, Lima, 2010, p. 89.

⁴⁶⁰ GARCÍA LÓPEZ, Daniel J., *Ius publicum. Organicismo inmunitario versus pureza metodológica*, (tesis doctoral inédita), Universidad de Almería, 2013, p. 208.

⁴⁶¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos...*, op. cit., p. 90 y ss., quien refiere a FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 6a ed., G.F. Heyer, Giessen, 1818, § 28.

responsables del delito, afirmación que encuentra reconocimiento en el principio político-criminal de personalidad de las penas⁴⁶².

Bajo este escenario, se llegó a establecer que “los efectos de la prevención general se logran sobradamente con las penas de seguridad y sanciones administrativas que se hacen recaer sobre las sociedades”⁴⁶³, sosteniendo, de esta manera, que la función de la pena solo puede ser concebida en relación a la persona física, pues la persona jurídica no puede padecer o sentir sus efectos dada su naturaleza estructural, por lo cual la consecuencia delictiva debe referirse en todo momento al actuar de los miembros (personas físicas) que la rigen o componen, por ser aquellos los verdaderos sujetos del reproche penal. Siendo ello así, la pena resultaría ineficaz en los entes colectivos en razón de la ausencia de acción y culpabilidad, bajo el argumento de que aun aceptando que las personas jurídicas no son una mera ficción legal sino que tienen su propia realidad, ésta es distinta a la realidad de la persona física por faltar en aquellas la conciencia y voluntad –en sentido psicológico- y, por lo tanto, carecen de capacidad de acción y de omisión⁴⁶⁴. Lo hasta aquí manifestado identificó a la llamada teoría de la ficción, que sirvió de base a los razonamientos sobre los cuales se negó sistemáticamente la posibilidad de exigir el reproche criminal sobre entes colectivos, dejándolos –de esta forma- fuera de la influencia del Derecho penal⁴⁶⁵.

Por otro lado, en la segunda mitad del S. XIX surge una nueva corriente en torno a la persona jurídica que brinda una base teórica en el reproche penal de los entes colectivos: *el organicismo* de GIERKE o *teoría de la realidad*, que concibe al Estado y demás asociaciones como organismos sociales, situando la existencia del primero (organismo total) por encima de las personas naturales (organismo individual), de tal suerte que el hombre pasa a constituir solo una parte del organismo⁴⁶⁶. Así, el Estado asume una personalidad jurídica dado que se trata de un organismo vivo dotado de voluntad (distinta

⁴⁶² MIR PUIG, *Derecho penal...*, op. cit., p. 198.

⁴⁶³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, op. cit., p. 58.

⁴⁶⁴ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias en el Código Penal Español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 25.

⁴⁶⁵ El Código Penal de Baviera (1813), consagró expresamente este principio que formó parte de una doctrina dominante en la que destacaban autores como Alimena, Binding, Carrara, Feuerbach, Florian, Garraud, Jiménez de Asúa, Manzini, Mezger, Pessina y Savigny.

⁴⁶⁶ Cfr. GIERKE, Otto, *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*, Ed. Sociedad, Madrid, 1904, p. 73.

a la de sus integrantes particulares) así como de órganos (gobierno, comunicación, individuos) para manifestarla, siendo estos últimos el instrumento de imputación de actos y de actividad⁴⁶⁷, por lo que la persona jurídica podía y debía responder penalmente de sus actos, coexistiendo como ficción la aplicación de sanción a sus componentes individuales, distintos al auténtico sujeto del delito⁴⁶⁸: el ente colectivo. Es entonces, a partir de la idea de organismo que se explica el Derecho, al encontrar en este último la armonía de la vertiente individual y colectiva que guarda la persona, desarrollándose en consecuencia un Derecho social como regulador de la vida interior de las personas sociales, es decir, “frente al derecho romano abstracto e individualista, se manifiesta un derecho corporativo”⁴⁶⁹.

Con posterioridad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue preservada por razones utilitarias que parten de exigencias político-criminales de peligrosidad, pragmatismo que permitió al derecho privado reconocer la capacidad de obrar del ente colectivo y, consecuentemente, fundamentar su responsabilidad, pues al ser el ente colectivo un instrumento especialmente peligroso que se oculta detrás de quienes se sirven de él para delinquir, la persona jurídica debe ser especialmente sancionada. Cabe destacar como ejemplo la afirmación de VON LISZT: quien puede concluir contratos, puede realizar también contratos fraudulentos o usurarios⁴⁷⁰.

En materia comparada, concretamente en países que se rigen bajo el sistema de *common law* (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, principalmente) es aceptado el reproche penal de las personas jurídicas, situación que se ha visto extendida cada vez más en países que operan bajo el régimen romano-germánico, aproximando al principio *societas delinquere non potest* a una disminución en la posición que tradicionalmente ocupaba frente a los sujetos colectivos. Y es que el principio *societas puniri potest* ha ganado espacios en las diversas legislaciones penales, dando lugar a una progresiva evolución en la dogmática penal y política criminal que demandan respuestas en el entorno de las personas jurídicas. A manera de síntesis citaré algunas variables que intentan configurar la presencia del

⁴⁶⁷ AGRIFOGLIO, Sergio/ORLANDO, Leoluca, *Teoria organica e stato apparato*, 2ª ed., Edit. Italo-Latinoamericana Palma, Roma, 1981, p. 29.

⁴⁶⁸ MIR PUIG, *Derecho penal...*, op. cit., p. 198.

⁴⁶⁹ GARCÍA LÓPEZ, Daniel J., *Ius publicum. Organicismo inmunitario...*, op.cit., p. 210.

⁴⁷⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal...*, op. cit., p. 198.

reproche a entes colectivos, ya sea desde el ámbito penal o en sectores íntimamente relacionados.

Inicialmente, se consideró la *responsabilidad civil* subsidiaria o cumulativa de las personas jurídicas en delitos realizados por sus empleados, en otras palabras, son civilmente responsables los sujetos colectivos de las condenas y sanciones impuestas a las personas físicas que integran sus órganos de decisión, control y vigilancia. Con ello, las personas jurídicas resultan ser solidariamente responsables cuando la persona física haya quebrantado sus obligaciones de control, o bien, se haya cometido un ilícito penal en el interés de la persona jurídica⁴⁷¹. En un segundo momento, se apreció la idea de la sanción administrativa que fue desarrollada tanto en el Derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) como en el Derecho administrativo, de forma que se introdujeron algunas figuras no penales como la responsabilidad solidaria indirecta (Austria), la responsabilidad por el resultado (Suiza) o las multas administrativas (Alemania), con las que se buscó respetar, aunque de forma dudosa, el principio de culpabilidad penal⁴⁷²; sistemas auxiliares considerados por HEINE como *los hijos menores del Derecho penal*, que conllevan formar su parte complementaria. Un tercer estado en el reproche a los sujetos colectivos fue conformado por el empleo de consecuencias accesorias, que sin llegar a conformar una pena –en sentido estricto– abrió la posibilidad a la intervención punitiva, aprovechándose como una vía intermedia que se comprende entre la negación radical de la práctica penal sobre las personas jurídicas y la imposición de penas por la comisión de delitos –muestra de esta posición es el art. 129 CPE que alude a las consecuencias accesorias (al menos hasta la reforma de 2010)-⁴⁷³. Ello trajo como consecuencia la utilización de sanciones *cuasi* penales que presentan un carácter mixto, es el caso de la normativa italiana que establece sanciones pecuniarias (multas) –y no

⁴⁷¹ En este sentido el art. 197 del Código penal italiano establece la obligación civil de la personas jurídica para el pago de multa y condenas vinculadas a las personas físicas: “Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza, o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolubilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta. Se tale obbligazione non può essere adempiuta, si applicano al condannato le disposizioni dell'articolo 136”.

⁴⁷² Cfr. HEINE, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho Penal*, Ed. Universidad de Fribourg (Suiza)-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, (1997), p. 1. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf.

⁴⁷³ *Ibidem*.

penas, en sentido restringido- impuestas por jueces penales sobre parámetros procesales y materiales semejantes a los empleados para la imputación penal conduciendo a una especie de *fraude de etiquetas* desde el momento en que el legislador ha querido formalmente definir como “*administrativa*” una responsabilidad que, en esencia, asume un carácter penal o cuasipenal⁴⁷⁴. Como colofón en el desarrollo de la atribución penal de entes colectivos, algunas leyes/códigos admiten la asunción de responsabilidad penal directa sobre las personas jurídicas; tal es el caso de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Chile, Finlandia, Holanda, Bélgica, Francia, Austria⁴⁷⁵, entre otros, que han encontrado en los corporativos el origen de las infracciones (*defecto de organización*) y quienes ordinariamente reciben sus beneficios⁴⁷⁶ aunque la atribución sea heterogénea, esto es, mientras algunas normas optan por la determinación expresa de la responsabilidad penal

⁴⁷⁴ Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anales de Derecho*, n° 29 (2011), p. 8-9. Disponible en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/153501/135381>.

⁴⁷⁵ Austria es uno de los países que más recientemente se han incorporado a este sistema. Lo hace a través de la Ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos, de 1 de enero de 2006, y de cuyo párrafo 3, regulador de las hipótesis en las que una persona jurídica responde de la comisión de un delito, se desprende que sucede fundamentalmente en dos casos: a) por el delito cometido por el que tiene el poder de decisión en ella; b) por la comisión delictiva de un empleado cuando la realización del hecho fuera posible o especialmente facilitada por la infracción del cuidado debido de las personas con poder de decisión en las circunstancias, especialmente por haber omitido las medidas personales, técnicas u organizativas esenciales para impedir tales hechos. En definitiva, como apunta Robles Planas cuando el hecho se ha cometido en beneficio de la persona jurídica o cuando la persona jurídica haya infringido deberes que le incumbían (ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿*Delitos de personas jurídicas?*...”, op. cit., pág. 11). El número 4 del citado párrafo mantiene con claridad que “la responsabilidad de una agrupación por un hecho y el castigo de personas con capacidad de decisión o de empleados por el mismo hecho no se excluyen mutuamente”. De manera diferente, y por poner otro ejemplo, más seguido dentro de esta ámbito de responsabilidad penal de los entes colectivos, distinto al anterior, el Código Penal francés diferencia en Secciones separadas la penas aplicables a las personas físicas (Título III, Capítulo 1º, sección 1ª) de las penas aplicables a las personas jurídicas, como categoría autónoma (Título III, Capítulo 1º, sección 2ª, donde destaca la multa junto a las de disolución, inhabilitación, vigilancia judicial, cierre definitivo o parcial, exclusión de los mercados públicos, privación definitiva o parcial del derecho a emitir títulos o valores, etc.) Para el resto de países europeos, vid: CUADRADO RUIZ, Mª Ángeles. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante... ¿un paso hacia atrás?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 12, (2007), pp.128-133. La doctrina ha propiciado la agrupación de varios modelos de imputación legitimadora de sanciones penales a las personas jurídicas. Así, Heine marca tres: a) el acto del órgano de la empresa como falta propia de la organización – la corporación se identifica con las personas que de manera activa son responsables de ella–; b) organización deficiente de la empresa –relación entre el acto de desarreglo social delictivo con una organización deficiente de la empresa–; c) principio de causalidad, por el que se renuncia a la prueba de tales errores siendo suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle, como causante, determinados desórdenes sociales, en forma de infracciones. HEINE, Günter, “*La responsabilidad penal de las empresas...*”, op. cit., págs. 28-34.

⁴⁷⁶ CUADRADO RUIZ, Mª Ángeles, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 12 (2007), p. 127. Disponible en http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/104/336/Cuadrado_Ruiz.pdf?blobheader=application/pdf;charset%3DUTF-8.

de la persona jurídica, otras obedecen a la casuística⁴⁷⁷, o bien, las dejan a un marco de excepción.

3.2 Respuestas políticas-criminales en torno al reproche penal de las personas jurídicas.

El desarrollo político-criminal encaminado a la aceptación de la responsabilidad penal de los entes colectivos se puede sintetizar –como lo manifiesta ZULAGDÍA- en la historia de la elaboración de los conceptos que permitan hablar de una *propia acción* y de una *propia culpabilidad* de las personas jurídicas en las cuales fundamentar *su propia responsabilidad criminal* pues, como se ha indicado en el estado del arte y que más adelante referiré, el debate de la cuestión sugiere que el sujeto colectivo responda en aras de una acción y culpabilidad propias como muestran las propuestas contemporáneas que optan por modelos de culpabilidad propia de la persona jurídica, dando lugar a la mayor consideración en torno de la propia organización de los entes colectivos.

Si bien, los criterios en la elaboración de modelos de imputación sobre sujetos corporativos han llevado, tanto a la doctrina como a las legislaciones, a la transformación del Derecho penal visto al interior de las personas jurídicas, los mismos razonamientos conllevan a una disparidad no sólo en el desarrollo de los dos grandes modelos de imputación en la materia (responsabilidad indirecta y directa), sino que también se ha situado tal contraste en el debate normativo. Así, mientras en algunos países – mayormente latinoamericanos- no consideran aquella responsabilidad, en otros se discute sobre *el sí* del reproche penal a las personas jurídicas; entretanto, en países dependientes del *common law* se delibera sobre el *cómo*, esto es, sobre el desarrollo de nuevos modelos de atribución. En este sentido, dada la heterogeneidad de la materia, resulta necesario

⁴⁷⁷ CUADRADO RUIZ, M^a Ángeles, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, op. cit., p. 128, refiere que “Holanda por ejemplo, reconoce conjuntamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y físicas. El criterio utilizado para llevar a cabo el reproche al ente colectivo ya no deriva de una decisión de los órganos de gobierno, sino del *contexto social* en que la persona jurídica desenvuelve su actividad⁴⁷⁷. Así, por ejemplo, cuando alguien adquiere artículos en grandes almacenes, no compra al vendedor que le atiende sino –bajo un contexto social- a la persona jurídica. De igual modo, si el dependiente del establecimiento vende cocaína dentro del mismo almacén, no podrá imputarse esa venta a la persona jurídica debido a que el hecho ilícito depende de las circunstancias que rodean a la persona física y no al ente colectivo. De tal suerte que para hablar de reproche penal a la persona jurídica se debe tener en cuenta si la actividad que se cuestiona se puede o se podría aceptar en el contexto social en el que normalmente se desarrolla la persona jurídica. En cualquier caso, en Holanda, son compatibles las sanciones penales y las administrativas a las personas jurídicas”.

establecer de forma meramente informativa los sistemas con tradición romano-germánica que actualmente alcanzan avances en la disciplina, desde luego referenciando el progreso con que cuenta el derecho anglosajón.

3.2.1 El paradigma de responsabilidad indirecta: sistema vicarial.

El primer sistema que se advierte por parte del derecho es el modelo vicarial, que actualmente continúa siendo el más extendido en América Latina, a tenor del cual la responsabilidad criminal de las personas jurídicas “se desprende de manera indirecta o vicarial del delito de una persona física individualizada que delinque en su seno”⁴⁷⁸, esto es, se transfiere la culpabilidad de la persona física a la jurídica.

Se trata, pues, de una figura que parte de la heterorresponsabilidad criminal empresarial que considera la responsabilidad por el hecho ajeno⁴⁷⁹ y que reconduce a la teoría de la identificación o del *alter ego*, traducida en la exigencia de un comportamiento ilícito por parte de los órganos/representantes de la empresa (cuando menos con deberes de supervisión/vigilancia) de manera que sus actos puedan ser considerados como propios de la persona jurídica para generar su responsabilidad penal⁴⁸⁰.

Pese a lo anterior, los supuestos de la doctrina de la identificación es variable, por ejemplo en el caso de México apela a un papel más rígido –para las personas jurídicas-, en tanto considera a cualquier miembro del ente colectivo como su *alter ego*, de manera que no siempre interesa el grado o jerarquía ocupado por el integrante (persona natural) que actualiza el delito, siendo suficiente la realización de la infracción de “un alguien” que haya actuado a nombre del ente colectivo, bajo su amparo o en su beneficio con los medios proporcionados por el mismo. Aun cuando esta situación distiende el grado de conexión entre superiores e ilícito, en realidad supone un incremento sobre la capacidad delictiva de la persona jurídica dado que la correspondencia punible se logra con cualquier integrante de la empresa, lo que no significa que se excluya la actitud criminal de los superiores –en cuanto a omisiones o acciones ilícitas (autorizaciones, tolerancia,

⁴⁷⁸ ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 140.

⁴⁷⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *La ley*, n° 7534 (2010), p. 4.

⁴⁸⁰ *Ibidem*.

consentimiento del hecho delictivo, etc.)-, sino que esa condición es extendida a cualquier miembro que realice incluso ilícitos penales propios en nombre de la corporación⁴⁸¹, dejando a salvo tanto la responsabilidad por representación como por el provecho, interés o beneficio propio, reflejando de esta forma la rigidez de la figura. Ello es notorio en países donde se contempla el defecto de organización como centro de imputación de la persona jurídica, tal es el caso de Chile que excluye del reproche penal a los entes corporativos en supuestos a través de los cuales las personas naturales ejecutan el delito exclusivamente en su provecho.

Siendo ello así, el modelo de responsabilidad indirecta evalúa, en principio, el comportamiento delictivo del agente para reprochar a la persona jurídica⁴⁸², por lo cual la atribución del hecho dependerá de la actitud que la persona física ejerza en el seno del corporativo, estimándola como el centro del sistema de atribución indirecta. De esta forma, en algunas ocasiones la persona jurídica es considerada –conjuntamente con la persona física- a efectos de sanción por el delito realizado dentro de ella y, en otros momentos, se considera para ser sancionada en lugar del sujeto natural que materialmente ha delinquido y que no puede ser sancionado por razones sustantivas o procesales⁴⁸³.

Diversas críticas han surgido en torno al modelo vicarial de responsabilidad, dentro de las que destacan la vulneración a la prohibición de la responsabilidad penal por hechos ajenos, el quebrantamiento al principio de personalidad de las penas, la responsabilidad objetiva de la corporación que se torna injusta cuando concurriendo una adecuada política de prevención el directivo/empleo infringen los programas de cumplimiento o sus actuaciones⁴⁸⁴, además de la vinculada a la disfuncionalidad del sistema por la creación

⁴⁸¹ Ver art. 11 CPF. El día 09 de diciembre de 2014, fue presentado un dictamen del senado que reforma el art. 241 CNPP y opta por el establecimiento de responsabilizar de forma autónoma a las personas jurídicas en razón de la inobservancia del debido control en su organización; sin embargo, y dado que el tipo penal se encuentra en el art. 11 del código de la materia, queda inalterable al menos desde el Derecho penal material, no así en el procedimiento, lo que se traduce en una falta de correspondencia entre la parte objetiva y sustantiva.

⁴⁸² ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas...*, op. cit., p. 141.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ Respecto a los inconvenientes del modelo de responsabilidad vicarial ver BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), pp. 219-263; LAUFER, William S./STRUDLER, Alan, “Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria”, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de

de culpables pues, como señala NIETO MARTÍN, debido a que el superior buscará un subordinado al cual inculpar para liberarse él mismo y a la empresa de responsabilidad, al mismo tiempo que “el sistema vicarial tiene el efecto de desaliento de todo sistema de responsabilidad objetiva, la empresa nunca ve reconocidos sus esfuerzos organizativos encaminados a la evitación de hechos delictivos; circunstancia que no incita en la colaboración con la administración de justicia, sino que refuerza el pacto de silencio entre el infractor y la empresa. Es lo que algunos han denominado como el efecto perverso de la responsabilidad vicarial”⁴⁸⁵.

Derivado de las opiniones realizadas del sistema vicarial, surge la idea, cada vez más extendida, de que las personas jurídicas respondan por culpabilidad propia, dando origen a diversas propuestas doctrinales contemporáneas que van desde la culpabilidad por el carácter de la empresa de Lampe hasta el concepto constructivista de Gómez-Jara, a los que haremos referencia con posterioridad. Bajo este contexto, algunos modelos legislativos han emancipado el binomio sujeto natural-sujeto colectivo por cuanto hace a la imputación penal, tal es el caso del *corporate manslaughter* (homicidio de la corporación) en Reino Unido. Esta figura propuesta después de manifestarse la ineficacia del sistema en el establecimiento de la culpabilidad individual de agentes-directivos para lograr atribuir la responsabilidad a la persona jurídica. Su falla dio origen a la *Law Commission Report 237* de 1996 que, por razones de prevención y evitación de homicidios por parte de la empresa, no sólo considera el reproche individual en el que se sitúan los empleados de la misma sino del propio ente colectivo, evitando así la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica⁴⁸⁶. Otra muestra que ha resultado (y es) de interés para la doctrina dentro del sistema independiente de responsabilidad es el contemplado en el Código penal australiano (división 12.2) que atribuye a la persona jurídica cualquier delito cometido por un empleado, agente o funcionario de la persona jurídica dentro de su actividad (real o aparente), considerando –además- doloso el delito de empresa cuando el entorno anima la comisión del delito al infractor individual, al

Colombia, Bogotá, 2008, pp. 235 y ss; NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Dialnet*, n° 1 (2008), pp. 125-159, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740728>.

⁴⁸⁵ NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, op. cit., p. 9.

⁴⁸⁶Ver *Corporate manslaughter law*, (1996). Disponible en http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc237_Legislating_the_Criminal_Code_Involuntary_Manslaughter.pdf.

sentirse tolerado o amparado por el ente colectivo, esto es, la existencia de una cultura corporativa empresarial que aliente, tolere y lleve a cabo el incumplimiento de las disposiciones normativas; por otra parte, la persona jurídica se considera inimputable cuando exista una debida diligencia para prevenir la conducta, autorización o permiso ilícito⁴⁸⁷. En Latinoamérica, Chile regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de determinados delitos (lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros). En el mismo sentido que Australia, reprocha penalmente a los entes colectivos por el incumplimiento a los deberes de control y vigilancia de directivos o de quien realice funciones de administración y supervisión, es decir, por la inexistencia en la adopción de modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos (defecto de organización). Bajo este escenario, el modelo chileno de responsabilidad establece la incapacidad penal empresarial cuando las personas naturales cometan el ilícito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero⁴⁸⁸.

Los modelos citados son ejemplos que, inicialmente, encontraron un fracaso en la teoría de la identificación que motivó la desvinculación del reproche penal a la persona individual, de forma tal, que el objeto de imputación versa sobre factores exclusivos de la propia empresa⁴⁸⁹. Sin embargo, pese al desarrollo normativo que ha tenido la responsabilidad directa en algunos países, han surgido inconvenientes al momento de definir *la culpabilidad de empresa*, tema que ha orientado el debate de la materia en los últimos años y del cual surgieron diversidad de planteamientos en cuanto al método, pero que llegan a tener como su punto de confluencia la responsabilidad directa de las personas jurídicas.

⁴⁸⁷ Ver Principios generales de la responsabilidad penal, parte 2.5 relativa a la responsabilidad penal corporativa, División 12 del Código Penal Australiano. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_05.pdf.

⁴⁸⁸ Ver Ley número 20.393 de Chile, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>.

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

3.2.2 Estándares de la responsabilidad directa: El hecho de referencia o conexión. Especial consideración al artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano.

Derivado de los inconvenientes que surgen del sistema de responsabilidad indirecta, aparecen diversas propuestas normativas y doctrinales que optan porque la persona jurídica responda por su propia acción y culpabilidad desde parámetros en que sea posible desvincular para distinguir la actuación de las personas (físicas y jurídicas), en otros términos, que el Derecho penal pueda “manifestarse sobre el comportamiento de la persona jurídica sin pronunciarse, necesariamente, sobre el comportamiento de una persona física”⁴⁹⁰. Esta separación en materia de imputación ha generado diversas reacciones que llevan a sostener la disposición de un sistema directo de responsabilidad sobre los entes corporativos mediante la necesaria producción de una teoría del delito exclusiva para las personas jurídicas (paralela a la de las personas físicas), que suele contenerse al momento donde se redefinen sus categorías⁴⁹¹, pues su reproche no se explica bajo los mismos escalones dogmáticos de la persona natural, sino en la traslación de un hecho delictivo de referencia, esto es, por “la existencia de una actuación [que se realiza] en nombre o por cuenta o en el ámbito de una actividad social y en beneficio de una entidad con personalidad jurídica”⁴⁹².

Es el *hecho de referencia* o *de conexión* cuenta con una mayor aceptación por parte de la doctrina y de diversas normativas. La referencia o conexión considera la actuación de las personas física y jurídica como unidad por conducirse (ambos entes) conjuntamente, aunque su responsabilidad es independiente, como lo señala parte de la doctrina, ya que “se trata de una especie de accesoriedad de lo injusto de la persona jurídica con respecto de la acción u omisión de la persona física”⁴⁹³. En consecuencia, se presenta como un sistema que parte de considerar el hecho ilícito de la persona física como referente en el establecimiento de criterios de imputación que permiten considerar al sujeto colectivo como autor del mismo.

⁴⁹⁰ ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas...*, op. cit., p. 142.

⁴⁹¹ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 181.

⁴⁹² BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La introducción de la responsabilidad penal...”, op. cit., p. 226.

⁴⁹³ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 53-54.

En este sentido, ZULAGDÍA señala que “el sustrato material del comportamiento de la persona jurídica está en las personas físicas que la integran, [esto es,] ninguna persona jurídica se obliga sin la mano –humana- que firma el documento; y ninguna persona jurídica incumple lo acordado si no lo deciden así una o varias personas físicas”⁴⁹⁴; sin embargo, ello no determina el reproche de las personas jurídicas, toda vez que no se trata de una transferencia de responsabilidades como sucede en el sistema vicarial, sino de determinar las condiciones normativas para atribuir directamente el hecho al corporativo como propio⁴⁹⁵. Bajo este supuesto es que la doctrina se dio a la tarea de desarrollar una responsabilidad orientada hacia lo puramente objetivo, redefiniendo o duplicando las categorías de imputación jurídico-penal existentes, es decir, “además (o incluso al margen) del hecho de referencia, habría un “equivalente funcional” para cada categoría dogmática: un injusto, un dolo, una culpabilidad y una teoría de la pena particular y propia de las personas jurídicas”⁴⁹⁶.

Si bien esta tesis divulga al hecho de referencia como una cuestión de carácter meramente formal, por considerar un Derecho penal devoto a sus principios más elementales, en que su principal búsqueda es el núcleo del injusto específico, fundamentador (junto a la culpabilidad) de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con base en su “*hecho propio*” y no por el “*inevitable hecho de referencia*”; lo cierto es que aun cuando el hecho de conexión constituye el presupuesto de la responsabilidad del colectivo, éste no puede ser considerado su fundamento, salvo que se acepte la responsabilidad penal por el hecho ajeno⁴⁹⁷, pues se entiende que la actuación de la persona natural se torna un requisito indispensable en la imputación penal de la persona jurídica que no constituye su actuar injusto⁴⁹⁸ sino el riesgo generado por la empresa que puede tener/tiene como consecuencia un resultado lesivo (provocado por el integrante del ente colectivo)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas...*, op. cit., p. 143.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 143-144.

⁴⁹⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La introducción de la responsabilidad penal...”, op. cit., p. 230. En el mismo sentido Cfr. BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina, “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código penal de 2006”, en *Estudios de Derecho Judicial*, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario”, Vol. XXIII (2007), pp. 219 ss.

⁴⁹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, n° A-01 (2012), p. 15. Disponible en [http://www.penal.org/sites/default/files/files/DelaCuesta%20PjuriidicasEsp%202012\(1\).pdf](http://www.penal.org/sites/default/files/files/DelaCuesta%20PjuriidicasEsp%202012(1).pdf)

⁴⁹⁸ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal...*, op. cit., p. 56.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 57.

3.2.3 Imputación penal de las personas jurídicas. Aportes del funcionalismo sistémico.

Se ha expresado que la tendencia de reproche penal a entes colectivos se extiende cada vez más a diversas legislaciones debido al potencial criminal y/o elevación de riesgos que aquellos representan dentro de la sociedad. Es la consideración de las personas jurídicas como sujetos de derecho (en la materialización del delito) lo que origina el desarrollo de modelos de imputación a entes complejos.

Uno de los primeros modelos desarrollados por la ciencia penal, explicado en el apartado 3.2.1 del capítulo IV, ha entendido la imputación, incluso por sus opositores, como la “legitimación material de la imposición de sanciones a las propias personas jurídicas”⁵⁰⁰, traducido por la doctrina como el arquetipo de la *responsabilidad por atribución* que se construye a partir de la transferencia de responsabilidad de la persona física a la jurídica. En otras palabras el actuar del o los órganos es atribuido al ente colectivo por considerar a la persona natural un elemento de aquél, actuando, por lo tanto, como sociedad. Siendo ello así, su voluntad es la voluntad de la propia sociedad⁵⁰¹, como lo manifiesta la *teoría de la identificación*.

En este sentido, al estar representada la persona jurídica por una persona física se entiende que su actuar delictivo es asumido por la primera, y es que la representación se extiende no solo a actos mercantiles, civiles o administrativos, sino a los penales. Como es de advertirse, al ser este modelo de imputación una ampliación de los actos de otro, comprende una exclusiva responsabilidad objetiva, pues en la atribución de responsabilidad por hechos ajenos resulta prescindible la fundamentación del reproche a la persona jurídica, como lo hacen notar algunos opositores a la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando aluden al modelo de la atribución⁵⁰².

⁵⁰⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *Indret*, n° 344 (2006), p. 5. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/344.pdf>.

⁵⁰¹ Cfr. REGÍS PRADO, Luiz, “La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño”, *RDPC*, n° 6 (2000), p. 288.

⁵⁰² Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿Delitos de personas jurídicas?...”, op. cit., p. 5. *Ibidem*.

Con el desarrollo del modelo de la *responsabilidad propia u originaria* que se erige en la infracción de deberes del propio ente colectivo, y que la doctrina entiende como *organización defectuosa empresarial*, se intenta superar el argumento inicial de simple atribución objetiva de responsabilidad que aún permanece en diversos sistemas jurídicos, entre los que destaca México. En términos generales, es el incumplimiento de deberes empresariales en que las actuales tendencias fundamentan la responsabilidad criminal de la persona jurídica, siendo el defecto de organización el principal elemento de su reproche, esto es, “la responsabilidad de la persona jurídica es responsabilidad por infracción de deberes de control de lo que ocurre en su seno”⁵⁰³. En este entendido, bajo el rubro de responsabilidad propia es que la doctrina elabora diversos modelos de atribución conectados a las personas jurídicas, que si bien llegan a ser dispares en cuanto a sus fundamentos son semejantes en su contenido material: la culpabilidad empresarial.

Es en el contexto de la culpabilidad donde se desarrollan los diversos sistemas de imputación formulados bajo el rubro del defecto de organización los cuales han conseguido superar al modelo inicial de atribución. Pese a ello, el término *culpabilidad* no resulta idéntico en una u otra propuesta, por el contrario, es heterogéneo, lo que genera distintas nociones de culpabilidad empresarial⁵⁰⁴. En efecto, el apartado de la culpabilidad es el que ha encauzado el debate jurídico-penal sobre la responsabilidad corporativa en los últimos años, llegándose a interpretar por la doctrina como una relativización de la figura de la culpabilidad, sea a través de la transformación de su concepto (jurídico penal), sea mediante la construcción de un concepto *ad hoc* de culpabilidad penal para las personas jurídicas⁵⁰⁵.

a) Culpabilidad por el carácter de la empresa (LAMPE).

Una de las forma de desvincular la responsabilidad penal de las personas jurídicas del hecho de conexión individual es la propuesta de LAMPE que va en torno al carácter de la empresa. Según el autor la culpabilidad de la empresa se sustenta en la creación *ex ante*, relacionada al favorecimiento o mantenimiento de una filosofía criminógena (responsabilidad por la filosofía de la empresa) o de ciertas deficiencias organizativas

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁰⁴ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...*, op. cit., p. 145-146.

⁵⁰⁵ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿Delitos de personas jurídicas?...”, op. cit., p. 7.

(responsabilidad por la organización empresarial)⁵⁰⁶; supuestos donde el contenido de la culpabilidad dependerá del contenido del injusto considerado por el propio autor como *culpabilidad realizada*⁵⁰⁷. En este aspecto, LAMPE señala que la responsabilidad de las empresas económicas descansa en el injusto del sistema propio y no en un injusto de acción ajeno⁵⁰⁸ considerando, de esta manera, a las empresas con tendencia criminal como *sistemas de injusto* de los cuales se dependen los *injustos de sistema*. Esto es, aquellos comportamientos lesivos a bienes jurídicos asociados con la filosofía de la empresa o su estructura organizativa que, sin embargo, para lograr su reproche penal es necesario fundamentar su responsabilidad en la concurrencia de un injusto personal, esto es, de uno de sus miembros, ya que, al igual que en el delito imprudente, se requiere de un resultado⁵⁰⁹. Identificados los injustos de sistema, cabe mencionar la distinción que la doctrina hace de los mismos, pues, mientras la responsabilidad penal por la filosofía de la empresa se produce por el comportamiento lesivo de un miembro de la empresa, la responsabilidad por organización empresarial se origina cuando el ente colectivo favorece los delitos de sus miembros. En este sentido, la concurrencia de cualquiera de estos dos injustos de sistema (filosofía empresarial o estructura organizativa) da lugar a un reproche ético-social dirigido a la empresa.

Así, en opinión de LAMPE, “la culpabilidad es siempre la consecuencia de un *carácter defectuoso*”⁵¹⁰, lo que no excluye la responsabilidad de las personas físicas que tenían el deber de generar una correcta filosofía empresarial o de organizarla. Cabe señalar que la actuación del miembro de la empresa no es un hecho de conexión que vuelva al modelo de la atribución por hecho ajeno, sino que el injusto propio de la empresa se relaciona con un injusto de resultado del miembro individual de la empresa, lo que se vincula en términos de la elevación del riesgo⁵¹¹.

⁵⁰⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16 (2012), p. 162. Disponible en http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf.

⁵⁰⁷ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos...*, op. cit., p. 236.

⁵⁰⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, “Esbozo de un modelo de atribución...”, op. cit., p. 161.

⁵⁰⁹ Cfr. PASTOR MUÑOZ, Nuria, “¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 págs.”, *Indret*, n° 340 (2/2006), p. 6. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/340.pdf>.

⁵¹⁰ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos...*, op. cit., p. 239.

⁵¹¹ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 186 y ss.

El concepto de culpabilidad por el carácter en el que LAMPE construye la responsabilidad penal de los entes colectivos, no es libre de críticas. El inconveniente más planteado ha sido precisamente el fundamento de culpabilidad por el carácter, dado que encuentra dos connotaciones: la primera, se vincula a la inexistencia estructural de la identidad entre individuo-empresa en el concepto de carácter, pues de acuerdo con FREIER, la empresa carece de una continuidad propia del sistema de reglas de acción, por lo que sólo puede hablarse de carácter de una empresa desde una perspectiva metafórica⁵¹². Argumento que el propio Gómez-Jara salvaguarda debido a que la construcción de la crítica no toma en consideración los presupuestos de la teoría de sistemas sociales autopoieticos que Lampe desarrolla y bajo los cuales se fundamenta la *continuidad propia* del sistema, en tanto autopoiesis del sistema mismo.

El segundo de los argumentos se identifica con el aspecto concerniente al rechazo que el carácter de la empresa representa en el Derecho penal, dado que se considera enfrentado a la culpabilidad por el hecho⁵¹³. Pese a ello, NIETO MARTÍN cita que, a juicio de Lampe, este Derecho penal de autor empresarial sería constitucionalmente admisible, debido a que si bien el Estado carece de legitimidad para direccionar en las personas físicas la conformación de su carácter (organizarse internamente), ello puede ser exigible a las corporaciones para adoptar determinadas formas de organización de manera permanente⁵¹⁴.

El tercer argumento crítico al modelo de Lampe, es la falta de desvinculación del injusto personal del miembro de la empresa que realiza la conducta delictiva. De acuerdo a GARCÍA CAVERO, la elevación del riesgo que deriva de la filosofía criminal del ente colectivo o de su defecto de organizativo se da en el contexto de lo individual, es decir, al ser el riesgo generado por un miembro de la empresa, la disposición en la producción del resultado permanece en el miembro individual, lo que hace discutible el reproche del resultado al injusto del sistema de la empresa⁵¹⁵.

⁵¹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos...*, op. cit., p. 241.

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...*, op. cit., p. 10.

⁵¹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, "Esbozo de un modelo de atribución...", op. cit., p. 63.

b) Culpabilidad por conducción de la vida empresarial (HEINE).

HEINE propone una culpabilidad del ente colectivo basada de forma análoga-funcional al Derecho penal individual⁵¹⁶ donde “la empresa debe ser/es considerada un garante supervisor con deberes especiales de evitación de riesgos y de supervisión, y ello debido a que los riesgos típicos de la actividad empresarial solo pueden ser controlados mediante un *management* de riesgos (*risikomanagement*) adecuado. La responsabilidad penal de la empresa que de ello se deriva gira en torno a dos requisitos básicos: (I) es necesario un defectuoso *management* de riesgos (*fehlerhaftes risikomanagement*) que se identifica con la culpabilidad empresarial y (II) una realización externa del riesgo típico de la empresa (*externe betriebstypische Gefahrverwirklichung*). Entre ambos requisitos debe mediar una relación de antijuridicidad basada en una teoría de la elevación del riesgo específico de la empresa (*verbandsspezifischen risikoerhöhungstheorie*)”⁵¹⁷

El modelo propuesto por HEINE parte, en primera instancia, de la idea de separar la culpabilidad individual de la colectiva, y por lo tanto, su reproche y responsabilidad penal deben ser autónomos/diferenciados; en un segundo momento, reconoce la *dimensión temporal* que encierra la culpabilidad como elemento fundamentador de la responsabilidad de la organización⁵¹⁸.

Se trata de un modelo separado y paralelo al Derecho penal individual, cuyo eje rector se basa en la culpabilidad como categoría sistemática donde los requisitos son consensuados, esto es, se satisfacen normativamente en componentes socialmente apoyados por una decisión común (culpabilidad normativa), afirmando el acuerdo de los inconvenientes para el establecimiento de la "culpabilidad de las organizaciones" (*right to agree*), como sistema paralelo sobre la responsabilidad colectiva que parte del aprovechamiento de las categorías empleadas en la imputación penal individual, al considerar que la naturaleza de la responsabilidad colectiva es penal toda vez que los requisitos de su imputación se orienten –análogamente- al Derecho penal individual, pero cuya diferencia radica en las

⁵¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos...*, op. cit., p. 237.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 246.

⁵¹⁸ Cfr. HEINE, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas...”, op. cit., p. 10-12.

condiciones de funcionamiento, esto es, dimensiones de temporalidad, orientación futura, poder especial, etc.⁵¹⁹.

En este contexto, HEINE reconoce como principal dificultad la determinación análoga-funcional de la culpabilidad empresarial. Al respecto, considera como solución de la responsabilidad de organización a la dimensión temporal, al estimar que el desarrollo deficiente de la empresa no es atribuible a decisiones individuales, sino a una anomalía o déficit corporativo duradero en la previsión/control de riesgos⁵²⁰, esto es, en “el ejercicio defectuoso en el poder de organización sobre estructuras empresariales debido a una concreta actitud empresarial”⁵²¹ que genera consecuencias sociales negativas, de tal suerte que el control organizativo es considerado imperfecto al momento en que el ente colectivo omite implementar prácticas de disminución de riesgos y no haya determinado programas de prevención en su proyecto⁵²².

Bajo este escenario, HEINE fundamenta su idea en la culpabilidad por la conducción de la empresa, herencia de la culpabilidad por conducta de vida, entendida esta última como una forma de imputación extraordinaria que reprocha el desarrollo degradado/degenerado de vida, que repercute en su personalidad o ser actual, pues –apunta el autor- que “el derecho de la empresa no se trata sólo de una culpabilidad individual por el acto [*per se*]; sino más bien de una culpabilidad de hecho [*ab origine*]. Esta perspectiva de largo plazo gana en precisión mediante la responsabilidad integral de la empresa por la investigación, planeamiento, desarrollo, producción y organización.”⁵²³.

Pese al manejo estable en los fundamentos de la propuesta, no quedó ausente de observaciones por parte de la doctrina. De esta suerte GÓMEZ-JARA hace notar, principalmente, que el concepto de culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial manejado por HEINE, al ser análogo a la culpabilidad por la conducción de vida se encuentra proscrito, en razón de que la culpabilidad jurídico-penal centra su legitimidad en el hecho realizado –como lo determina la doctrina dominante- y no propiamente en el trayecto de vida del autor. La contraposición de dos conceptos

⁵¹⁹ *Ibidem*, p.11.

⁵²⁰ *Ibidem*, p.11-12.

⁵²¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos...*, op. cit., p. 248.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ HEINE, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas...”, op. cit. p.12.

diferenciados de culpabilidad (por conducción empresarial y por el hecho) ha sido el principal inconveniente del modelo de HEINE, pues se aparta de la armonización entre los fundamentos del Derecho penal y la responsabilidad de la persona jurídica. Al respecto, se destaca que su construcción carece de una vía independiente del Derecho penal individual, pues, en esencia, se limita al establecimiento de un método análogo-funcional de la culpabilidad, esto es, centra su atención en la búsqueda de una correspondencia funcional y equivalente entre la culpabilidad individual y corporativa⁵²⁴ que atenta contra el Derecho penal de acto.

c) Concepto constructivista de culpabilidad (GÓMEZ-JARA).

A pesar de que esta tesis actualmente forma parte de la doctrina minoritaria (en España), resulta necesaria su mención en el desarrollo de este excursus, dado el alcance de discusión que ha generado en el espacio teórico. Esta postura es atribuida a GÓMEZ-JARA, quien toma como referente el concepto funcional personal de culpabilidad de Jakobs. Desarrolla el concepto constructivista de culpabilidad basado en los presupuestos epistemológicos del constructivismo operativo, que –de acuerdo al propio autor- si bien no es un concepto creado *ad hoc* para la empresa, sí expone la equivalencia funcional entre la vertiente individual y empresarial, en la que se acentúa esta última⁵²⁵. Su propuesta incorpora la teoría de los sistemas sociales autopoieticos que consolida, desde una perspectiva estructural, en un modelo de autorresponsabilidad empresarial cuyo fundamento se encuentra en la capacidad autoorganizativa y la cultura empresarial, emancipándose del hecho de conexión⁵²⁶. Este planteamiento y el reconocimiento/concepto de persona a través del proceso de comunicación constituyen la parte toral de su propuesta.

Así la comunicación se constituye como el elemento fundamental en la elaboración de su idea constructivista de culpabilidad empresarial, pues la considera como la génesis en la explicación del concepto del fenómeno social, ya que de ella se desprende el reconocimiento de la persona, esto es, “desde la perspectiva social no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la

⁵²⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos...*, op. cit., p. 251.

⁵²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 210.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 213.

comunicación personal la que pasa a definir a los individuos como personas⁵²⁷ toda vez que la comunicación es traducida como expectativa frente al comportamiento de otro, o bien, como una expectativa sobre la expectativa ajena lo que genera un proceso de reflexión social. Por otro lado, al ser orientadas sobre la base de derechos/deberes se producen expectativas normativas (reflexivas) que Luhmann refiere como el origen de la autopoiesis social y GÓMEZ-JARA como el nacimiento de la autopoiesis socio-jurídica al considerar su carácter normativo⁵²⁸.

Una vez determinada la comunicación como base en la constitución del modelo de culpabilidad constructivista, el autor se dedica –profundamente- a establecer un concepto de persona en el Derecho penal empresarial, noción que incluye tanto a entes individuales y colectivos empresariales. Al respecto, parte de la idea de Radbruch sobre la persona como creación normativa, esto es, el propio sistema jurídico construye y determina su concepto, utilizado en las comunicaciones jurídicas⁵²⁹. Siendo ello así, la persona es considerada un instrumento u objeto de comunicación utilizado por el sistema jurídico con el propósito de orientar sus comunicaciones⁵³⁰ (delito y pena) por lo que las posibilidades de comportamiento de la persona en Derecho se encuentran normativamente limitadas⁵³¹. En este contexto, y así lo señala el autor, LUHMANN concibe a la persona como “limitación individualmente atribuida de posibilidades de la conducta”⁵³², y es que las normas (expectativas) determinan a la persona, quien surge “no a través de una decisión propia, sino mediante el hecho de que al menos una norma es tratada como vigente en la comunicación”⁵³³.

Bajo el escenario planteado por Luhmann y Jakobs, GÓMEZ-JARA proyecta que la persona sólo puede pensarse como una construcción en el proceso de comunicación y, por lo tanto, es la propia comunicación la que constituye y reconoce a la misma⁵³⁴. Cabe destacar que

⁵²⁷ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Manuel Cancio Meliá), Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 81.

⁵²⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 217.

⁵²⁹ *Ibidem*, pp. 221-222.

⁵³⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 222.

⁵³¹ *Ibidem*, p.222.

⁵³² LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, (trads. Jostxo Berian/José María García Blanco), Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 237. Disponible en <https://revistanotaalpie.files.wordpress.com/2014/05/luhmann-complejidad-y-modernidad-de-la-unidad-a-la-diferencia.pdf>.

⁵³³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 226.

⁵³⁴ *Ibidem*.

a efectos de culpabilidad, el autor retoma la propuesta vinculada a los sistemas autopoiéticos como sistemas operativamente cerrados de Luhmann, esto es, entre diferentes sistemas de conciencia (o psíquicos) no puede haber contacto inmediato alguno dado que ninguna conciencia puede pensar con pensamientos propios dentro de otra conciencia⁵³⁵. Con ello, la autoconsciencia viene a jugar un papel preponderante en el desarrollo del concepto constructivista de la culpabilidad, definido como la autoobservación de un sistema psíquico, en consecuencia, estima que la organización empresarial cuenta con la misma capacidad de autoobservación⁵³⁶, que sirve –comenta el autor- para lograr reprochar la condición de persona jurídico-penal puesto que la misma es responsable por el ejercicio de la libertad de autoorganización, es decir, por competencia organizativa⁵³⁷. Esta atribución de competencia abre la vía en la conformación de la culpabilidad jurídico-penal en la propuesta de GÓMEZ-JARA, evidenciado la importancia que tiene tal capacidad de autoorganizarse en el ámbito de la culpabilidad y, por consiguiente, del Derecho penal.

Dentro del concepto constructivista de culpabilidad, se determina que uno de los criterios de atribución de capacidad de la persona jurídica es la *complejidad suficiente* que debe guardar todo sujeto corporativo para la consecución de la imputación penal. En otros términos, “el sistema –tanto psíquico como organizativo- al que se le atribuye la condición de persona y, por ende, la capacidad de recibir una imputación jurídico-penal –imputabilidad- tiene que haber desarrollado una autorreferencialidad suficiente basada en una determinada complejidad propia para poder ser destinatario de las imputaciones jurídico-penales”⁵³⁸, suprimiendo con ello a todo ente colectivo con insuficiente complejidad propia, en razón de no alcanzar un desarrollo autónomo pleno⁵³⁹ y, por tanto, ser conducidos heterónomamente; esto es, toda vez que su actuar no está determinado por su propia conciencia sino por algo/alguien externo a la misma (terceros), la falta de complejidad niega a la empresa la atribución de la calidad de persona jurídico-penal y, en consecuencia, se opone a su reproche penal por la ausencia de capacidad suficiente para desarrollar una cultura empresarial que cuestione la vigencia del Derecho⁵⁴⁰

⁵³⁵ LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad...*, op. cit., p. 13.

⁵³⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 228.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 228-241.

⁵³⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 244.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 244.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 248 y ss.

Una vez desarrollada la aceptación del reproche penal a las empresas, el autor hace referencia a la figura del *buen ciudadano corporativo*, cuyo significado tiene una doble vertiente: a) el establecimiento de una cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho dentro de la organización y b) la implementación de herramientas adecuadas en el control de la propia actividad empresarial con el propósito de evitar riesgos que pueden desencadenar en la afectación de bienes jurídicos. En sus propios términos, se trata del “establecimiento de una producción socialmente responsable”⁵⁴¹.

Partiendo de lo anterior, es evidente que la importancia del buen ciudadano corporativo (*good corporate citizen*) radica en el cumplimiento ético de la empresa a través del derecho, esto es, en la unificación de lo ético y lo jurídico. Siendo ello así, la existencia de un adecuado ambiente ético es condición indispensable para el efectivo funcionamiento de los medios de control y prevención establecidos por la empresa; de la misma suerte, si la corporación se ha dirigido cumpliendo lo necesario en la evitación de riesgos, ésta no podrá ser reprochada personalmente por el hecho realizado por alguno de sus miembros y, en consecuencia, por la lesión de bienes jurídicos⁵⁴².

En términos generales he referenciado algunas de las propuestas más recientes y sobresalientes en el espacio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la necesidad de advertir sobre aquellas versa en torno a que el concepto de culpabilidad no es unívoco⁵⁴³, como lo señala NIETO, sino que se trata de una noción heterogénea en la que sin duda destaca con mayor acogida doctrinal el desarrollo ofrecido por HEINE y GÓMEZ-JARA: la culpabilidad por defecto de organización que “se concreta en la exigencia de creación de mecanismos necesarios para la prevención de hechos delictivos, la reparación de sus consecuencias y la colaboración”⁵⁴⁴ de las empresas con el Estado, a fin de asegurar la eficacia del derecho que el modelo vicarial de culpabilidad obstaculizaba debido a la alianza entre infractor individual y colectivo⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 248.

⁵⁴² GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 248; también cfr. NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...*, op. cit., p. 143.

⁵⁴³ NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...*, op. cit., p. 145.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 147.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

Dada la inflexible doctrina penal sobre la que descansa nuestro derecho es de reconocerse el aporte que el funcionalismo sistémico hace para la apertura de la vía en la construcción de un concepto propio de culpabilidad de las personas jurídicas; sin embargo, también debo destacar que la discusión ahora debe dirigirse a otros aspectos, principalmente al *cómo* atribuir y su intensidad, esto es, al desarrollo de nuevos modelos de imputación. Dicho en otros términos, las propuestas hasta ahora conocidas han tratado el tema de responsabilidad de la persona jurídica desde su interior como entidad unitaria que es, dejando al margen su actuación externa de la cual derivan vínculos entre sujetos colectivos o entre éstos y organizaciones criminales o personas físicas (no integrantes de la corporación). Esta situación provoca disponer el tema en el marco del reproche criminal de las uniones empresariales generadas –precisamente- al exterior de la persona jurídica, tema del que me ocupo con amplitud en el apartado sexto.

3.3 Responsabilidad criminal de las personas jurídicas en México. Específica alusión al artículo 11 del Código Penal Federal.

Visto el desarrollo y actual estado de la cuestión que guarda la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia comparada, resulta inevitable el análisis normativo local. En México, la redacción del art. 11 CPF vigente dirige visiblemente el reproche a los miembros o representantes del ente colectivo, dejando al margen a la propia persona jurídica que circunscribe su actuar criminal a la actuación de las personas físicas, las cuales guardan un especial vínculo con la empresa (miembros) o una cualidad específica (representantes), encaminando –el legislador- la norma a la figura de la responsabilidad *por el hecho de otro*, relacionada al principio de personalidad de las penas que prohíbe hacer responsable a un sujeto por delitos ajenos, criterio vigente en el ordenamiento penal mexicano, confirmado por la constante jurisprudencia que lo afirma: “la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes”⁵⁴⁶.

Pese a ello, el CPF establece una responsabilidad del ente colectivo dependiente del reproche realizado a la persona física, que da origen a una consecuencia adjunta/accesoria de la sentencia establecida para el sujeto individual. Este supuesto lleva a sugerir

⁵⁴⁶ El art. 10 CPF dice: “La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley”.

encontrarnos frente a “una extensión de la condición de imputado”⁵⁴⁷ sobre quien, de inicio, no ha realizado el hecho delictivo, según se desprende de la propia norma penal. Por razones específicas no desarrolladas normativamente, se puede decretar en la misma sentencia de la persona física las consecuencias jurídicas para el ente colectivo. Contexto que supone una transferencia de sanción sin existir la imputación subjetiva como exigencia que importa al principio de culpabilidad, el cual fundamenta a la luz constitucional, que la pena criminal sólo puede legitimarse con la comprobación del hecho, el cual únicamente puede ser reprochado al autor; frente a ello, se debe concluir la inconstitucionalidad del precepto⁵⁴⁸. Lo que sucede en esencia, es la existencia de una ficción entre los sujetos que participan del hecho ilícito, esto es lo que la doctrina ha denominado *fraude de etiquetas*.

Bajo este argumento, se estaría quebrantando la tutela judicial efectiva toda vez que, de conformidad con la redacción del art. 11, la propia persona jurídica no ha sido juzgada por la comisión del hecho punible y, por lo tanto, no puede ser condenada penalmente; pese a ello, la suspensión o disolución le es impuesta al ente colectivo que aparece como obligado a responder por una condena impuesta a sus integrantes, esto se traduce como una consecuencia del actuar de la persona física que excluye la ejecución de la pena sobre el realmente condenado⁵⁴⁹. Ello es confirmado por la SCJN en tesis jurisprudencial, cuyas razones se fundan en la inexistencia de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, al argumentar que el reproche penal independiente del ente colectivo conllevaría a la exención penal de la persona física. De esta forma, y así lo sostiene la corte, “los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales, quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógica y jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan”⁵⁵⁰; postura que lleva a los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades a responder personalmente de los hechos

⁵⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *Indret*, n° 343 (2/2006), p. 12. Disponible en http://www.indret.com/pdf/343_es.pdf.

⁵⁴⁸ Ver arts. 14, 16, 19 y 20 CPEUM. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “El artículo 31.2 del Código penal...”, op. cit., p. 13.

⁵⁴⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “El artículo 31.2 del Código penal...”, op. cit., p. 4.

⁵⁵⁰ SCJN, tesis aislada, SJF (reg. 234319), Vol. 175-180, 7ª Época, p. 114.

delictivos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa, quebrantando así los principios de culpabilidad y personalidad de las penas, al tiempo que admite a la persona jurídica como un sujeto de derecho a quien imputa bajo el principio de unidad criminal. Es pertinente señalar que el art. 11 no establece criterios que determinen los presupuestos sobre la imposición de sanción a la persona jurídica pues, por un lado, no se trata de una responsabilidad civil derivada de delito y, por otro, tampoco es una responsabilidad criminal con imposición de pena⁵⁵¹.

La literalidad del precepto en análisis, establece un límite/ampliación al espacio de los delitos especiales cometidos en la circunscripción de una persona jurídica, ahí donde, en un primer momento, “el *intraneus* sería sólo el ente colectivo [-por guardar la especial calidad requerida por el tipo-], pero cuyos actos ejecutivos son llevados a cabo por personas físicas que actúan en su nombre o por su cuenta; o bien, puede considerarse extensible a cualesquiera delitos comunes ejecutados en el ámbito de personas jurídicas por personas físicas que obren en nombre o por cuenta de aquéllas”⁵⁵².

Siendo ello así, la atribución de responsabilidad a una persona física que actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica colisiona con la demarcación del *principio de legalidad*, pues da lugar a una regla de transformación en la que el *extraneus* se convierte en *intraneus*, pudiendo ser considerado sujeto activo de un delito para el que, en principio, carece de las condiciones de autoría⁵⁵³, de tal suerte que lo establecido en el CPF comporta una interpretación extensiva del concepto de autor que deteriora la vigencia del principio de legalidad, cuya protección se encuentra bajo el amparo tanto del Derecho penal como de los Derechos Humanos, tema –éste último- tratado en la sección III.3.

Una vía de solución que favorece la obediencia al principio de legalidad en relación al *extraneus* es proporcionada por la jurisprudencia española que vincula la autoría en delitos especiales con la figura de la participación, o sea, toda vez que el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales –por no comportar la cualidad requerida por el tipo- sí consigue realizar tipos de participación, particularmente de *cooperación necesaria*

⁵⁵¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “El artículo 31.2 del Código penal...”, op. cit., p. 13.

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 13 y ss.

debido a que sin su aporte el hecho no se hubiera podido realizar, sea a) por colaboración con el ejecutor directo (que *lege ferenda* debe encontrarse en la persona jurídica) donde aporta una conducta sin la cual el hecho ilícito no sería posible por faltar la condición (*teoría de la conditio sine qua non*); b) por colaborar mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (*teoría de los bienes escasos*) o c) cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (*teoría del dominio del hecho*)⁵⁵⁴; supuestos, en los que no existiría inconveniente para imputar un tipo de participación a los miembros o representantes de una persona jurídica sobre hechos cometidos por el propio ente colectivo.

Este medio de solución resulta inoperante en México, en principio, porque la figura de la cooperación necesaria no es contemplada ni legal ni jurisprudencialmente, limitándose la norma al supuesto de la complicidad, esto es, a la ayuda o auxilio doloso a otro en la comisión del delito (art. 13 fracción VI CPF), cuya diferencia con la cooperación necesaria radica en lo imprescindible de la aportación, y por lo tanto, en el alcance que puede tener la contribución del *extraneus*. En el caso de la complicidad, al no ser el principio de indispensabilidad una constante su contribución puede ser considerada como una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario resultando –incluso– insignificante en la consecución del hecho, aun cuando la persona jurídica proporcione los medios necesarios para desarrollo del delito.

Lo anterior, conlleva la dificultad de fundamentar el dolo como propio de la persona jurídica al insistir que éste recaiga en los miembros de la empresa o de quien actúe en su nombre o representación, incluso en el momento donde el ente colectivo favorezca la realización del delito (art. 11 CPF) mediante la facilitación de medios, o bien, por el quebrantamiento a los deberes de vigilancia que tiene respecto de sus integrantes excluyendo, de esta manera, el dolo empresarial que en buena medida se ha convertido en el fundamento de la responsabilidad penal de los sujetos colectivos, ya explicado por gran parte de la doctrina⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Ver SAPB 575/2007, del 09 de junio de 2007.

⁵⁵⁵ En este sentido ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán; HEINE, Günther y ZULGALDÍA ESPINAR, Miguel. Por otra parte, de la redacción del art. 11 CPF se observa con claridad el dolo de la persona jurídica al establecer que la comisión del delito que lleve a cabo algún miembro o representante de una persona jurídica, lo actualice con los medios que para tal objeto las mismas entidades les hayan proporcionen, lo que se traduce en la consciencia empresarial de la comisión de delito de la persona física, esto es, es el propio sujeto colectivo proporciona de forma consciente los medios para la comisión del delito.

Otro aspecto que pone en riesgo el principio de legalidad es la expansión que se hace del mismo para lograr el reproche penal de las personas jurídicas, y es que el art. 11 CPF intenta adaptar la vigencia del principio con la responsabilidad criminal de los corporativos, que mediante una cláusula de transferencia de atribución de responsabilidad extiende el reproche penal a sus integrantes (miembros/administradores), y toda vez que ésta disposición opera en delitos especiales, ahí donde el sujeto cualificado (persona jurídica) no actúa, se da por sentada su falta de responsabilidad penal, respondiendo en su lugar las personas físicas que la integran. Siendo ello así, el reproche de la persona natural resulta anterior al del ente colectivo⁵⁵⁶, al cual se aparta como destinatario de la norma. No obstante, conforme a la regla del actuar por otro, la responsabilidad de los miembros y representantes (*extraneus*) sólo puede entrar en consideración en el caso de que la persona jurídica sea la destinataria de la norma (*intraneus*), pues cuando el sujeto cualificado no actúa, no puede responder, y quien obra en su nombre tampoco puede ser reprochado al no contar con la cualidad requerida por la norma⁵⁵⁷.

En esencia, la regla de transferencia adoptada por el CPF se trata de una salvedad a la cualificación exigida por el tipo, vinculada a una responsabilidad accesoria de la persona jurídica, pues la *suspensión o disolución* que recae sobre aquella se procura con la existencia del reproche precedente de algún miembro o representante del sujeto colectivo. Esto es reconocido por la reforma procesal⁵⁵⁸ de 2014 que de forma taxativa determina la responsabilidad penal del sujeto colectivo sólo cuando se realice la imputación a sus integrantes o representantes, es decir, únicamente si existe acción penal o vinculación a proceso contra de la persona física quien actúa como garante del delito cometido, lo que permite apreciar notoriamente la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

Lo anterior, se confirma al observar que la sentencia recaída en la persona jurídica acontece del reproche penal a la persona física considerada responsable directa del hecho ilícito, previsión que deja inalterable el principio *societas delinquere non potest*,

⁵⁵⁶ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema...”, op. cit., p. 143.

⁵⁵⁷ GRACIA MARTÍN, Luis, “Responsabilidad penal de las empresas”, en MIR PUIG, Santiago/LUZON PEÑA, Diego Manuel (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 60.

⁵⁵⁸ Ver art. 421 CNPP.

planteando el inconveniente sobre la naturaleza jurídica de la sanción (*suspensión o disolución*) del ente colectivo. En consecuencia, si se trata de una pena en estricto sentido –como se advierte para la persona física- el argumento resultaría contradictorio al no ser contemplada por la legislación mexicana la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pese a establecer abiertamente la incapacidad delictiva del ente colectivo, la sanción atribuida es considerada como consecuencia jurídica⁵⁵⁹ en su sentido más amplio, esto es, como pena y no como un efecto meramente accesorio; sin embargo, la medida impuesta es legitimada penalmente por el legislador en razón del ordenamiento normativo donde desarrolla el supuesto de hecho dando lugar a una confusión sobre su naturaleza, pues la persona jurídica carece de responsabilidad penal. Bajo este escenario, es dable mencionar que para considerar las reacciones jurídicas aplicables al suceso como consecuencias jurídicas del delito resulta indispensable la comisión de una infracción de carácter penal⁵⁶⁰ como lo sostiene la SCJN⁵⁶¹, requisito inexistente en el caso del art. 11 CPF ya que, de conformidad con la norma, la persona jurídica no comete el delito sino sus miembros o representantes.

Por otra parte, y a efecto de poder singularizar si se trata de una consecuencia jurídica del delito o de otra naturaleza, el precepto no distingue entre los hechos diferenciados y pluralidad de supuestos que se generan entre las personas (física y jurídica), pues esa distinción logra que los actos de ambos entes se correspondan con alguna consecuencia jurídica específica (penal, administrativa, civil, mercantil, entre otras). Sentado esto, las personas física y jurídica si bien comparten las mismas circunstancias fácticas, esto es, la comisión delictiva en el seno de una organización, no adquieren un sentido diferente en función de un valor propio y específico, por estar su inserción bajo un supuesto de hecho dependiente⁵⁶², lo que origina –en su caso- que la consecuencia jurídica operante para el

⁵⁵⁹ Ver Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, p. 390. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Codigo_nacional_de_procedimientos_penales_.pdf. En el mismo sentido, ver los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad, art. 410, párrafo segundo.

⁵⁶⁰ Otra cuestión, es la relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas y del sector del ordenamiento jurídico al que pertenezcan. Al respecto, se puede señalar que no todas las consecuencias jurídicas son de carácter penal.

⁵⁶¹ Ver Amparo directo 1359/2012 (27 de junio de 2012) que versa sobre el principio de exacta aplicación de la ley penal. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2001/2001998.pdf>.

⁵⁶² Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 33.

ente colectivo alcance un carácter accesorio, sobre todo cuando se trata de una medida facultativa que viene unida a la sentencia judicial de la persona física.

Establecido lo anterior, al no considerarse como pena –en sentido restringido- la reacción jurídica interpuesta para la persona jurídica en el contexto del art. 11, al mismo tiempo que no se trata de medidas de seguridad, reparadoras o indemnizatorias, en razón de su ausencia de capacidad penal, nos encontramos frente a una consecuencia de carácter accesorio, sobre todo si se parte del hecho que el actual CPF considera al sujeto colectivo como un instrumento peligroso del cual deben ser privadas las personas físicas imputadas. Por ello, la *suspensión o disolución* es orientada a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos⁵⁶³ tratándose, en este entendido, de medidas especiales destinadas a las personas jurídicas cuando de su actividad, administración u organización resulten involucradas en la comisión, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible. Siendo ello así, las medidas impuestas al sujeto colectivo en el Derecho penal mexicano tienen una naturaleza de sentencia *innocuidadora* al impedir proseguir con una actividad de peligro/riesgo a bienes jurídicos, medida que ha de “imponerse a empresas peligrosas”⁵⁶⁴. Sin embargo, al ser la persona jurídica penalmente incapaz “tampoco puede, en puridad, afirmarse de ella que encierre una peligrosidad de cometer delitos en el futuro”⁵⁶⁵, luego, si los sujetos colectivos carecen de capacidad delictiva resulta inapropiada e inoperante la medida adoptada por el CPF. Esto da lugar a una vía de discusión entre la incapacidad criminal de la empresa y su peligrosidad, que configura el fundamento de las sanciones *interdictivas* “cuyo carácter exclusivamente prospectivo cumple básicamente fines inocuidadores, dejando escaso margen para que un órgano judicial pueda poner en marcha procesos de reestructuración o de reorganización que permita corregir defectos estructurales o problemas organizativos de personas jurídicas con vocación de cumplimiento de la legalidad o una situación creada por un *management* defectuoso de riesgos a lo largo del tiempo”⁵⁶⁶. A pesar de ello, la norma penal mexicana opta por la simple inocuidación, fundada en razones político-criminales de prevención, desestimando la posibilidad de perfeccionamiento sobre los defectos organizativos o estructurales de la

⁵⁶³ Ver MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, op. cit., p. 768.

⁵⁶⁴ NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, op. cit., p. 17.

⁵⁶⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, op. cit., p. 768.

⁵⁶⁶ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Las consecuencias jurídicas del delito*, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas, Pamplona, 2012, p. 244.

corporación que, además de presuponer la culpabilidad del mismo, hace entender a la sanción como desproporcionada, representando además un impacto para los trabajadores.

En consecuencia, al ser penalmente irresponsable la persona jurídica –según lo expuesto en el CPF-, no puede pensarse la suspensión o disolución como consecuencia jurídica del delito en *stricto sensu*, sino como una consecuencia accesoria o sanción *interdicta*, pues ambas encuentran su denominador común en la exigencia de evitar la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, pues no se trata de dos fines distintos, sino de dos representaciones en la “necesidad de neutralizar la peligrosidad instrumental u organizativa de la persona jurídica”⁵⁶⁷. En definitiva, la discusión sobre la naturaleza de la “consecuencia jurídica” contenida en el art. 11 no es una cuestión carente de sentido, por el contrario, considera la comprensión de los significativos efectos prácticos/materiales al momento de imputar personas jurídicas, como lo han manifestado distintos sectores doctrinales en el derecho comparado.

Se ha intentado salvar el alcance del art. 11 a través de un dictamen realizado por el senado el 9 de diciembre de 2014, a través del cual reforma el art. 241 CNPP. Pese al intento de reestablecer el alcance del precepto, su pronunciamiento deja clara la postura legislativa: optar por un modelo que no prescinde del hecho de referencia o conexión para lograr atribuir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello es visible en la propia propuesta que establece el reproche penal cuando el o los delitos sean cometidos en nombre del ente colectivo, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que las propias empresas proporcionen y ante la inobservancia del debido control en su organización⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 246.

⁵⁶⁸ Ver Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, sobre la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Penal Federal, de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP), de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del art. 73 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de Defensoría Pública, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley de Instituciones de Crédito (09 de diciembre de 2014). Disponible en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/3/2014-12-09-1/assets/documentos/Dic_Justicia_CNPP_y_otras_Leyes.pdf.

Bajo esta premisa, el pretendido modelo restringe los estándares de la doctrina del hecho de conexión, en la medida que resulta insuficiente la actuación de cualquier integrante de la persona jurídica (como lo ha venido estableciendo de origen tanto el CNPP, así como el art. 11 CPF) ya que siempre se requiere de la falta a los debidos controles⁵⁶⁹, lo cual se traduce en que solo tienen capacidad de comprometer penalmente a la empresa aquellos integrantes que cuenten con funciones de control, pues son éstos quienes pueden provocar o estimular una gestión empresarial de evitación criminal⁵⁷⁰.

El actuar de las personas con capacidad de control y/o vigilancia queda establecido con mayor claridad en la parte final del primer párrafo del reformado art. 421 CNPP, que cita la autonomía del reproche penal respecto de los representantes o administradores de hecho o de derecho. Desde esta perspectiva, el precepto deja a salvo algunos supuestos como el arrendamiento de servicios, el trabajo temporal desempeñado por un miembro que preste sus servicios por cuenta de otra empresa⁵⁷¹, así como a cualquier persona subordinada a los representantes o administradores, quienes con frecuencia guardan materialmente las funciones de control. Lo anterior, ya ha sido remarcado por VOLK, quien manifiesta dentro de los inconvenientes en grandes estructuras, la ausencia de reproche a órganos de dirección medios y bajos, pese a que en ellos recae una gran carga en la determinación y decisiones de la empresa, pues la alta dirección se limita a tomar medidas vinculadas al presupuesto así como al logro de objetivos⁵⁷². En este tenor, si bien la reforma representa un avance en la autonomía de la responsabilidad de sujetos colectivos, no responde a los criterios que suponen las sociedades contemporáneas por cuanto a su complejidad, donde resulta complicado delimitar/definir su responsabilidad, pues como lo describe GÓMEZ TOMILLO, por un lado ésta (la responsabilidad) puede encontrarse desvanecida y, por otro, las decisiones se toman en gran parte por niveles intermedios⁵⁷³.

Según lo establecido por el dictamen, las personas jurídicas serían penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, y ante la inobservancia del debido control

⁵⁶⁹ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal...*, op. cit., p. 67.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁷² GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal...*, op. cit., p. 61.

⁵⁷³ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal...*, op. cit., p. 61.

en su organización. Es decir, se establece como requisito indispensable de atribución de responsabilidad para la persona jurídica la *idea de la representación* donde se requiere la necesaria intervención de la persona natural, quien actúa como representante o administrador de la persona moral⁵⁷⁴ y, por lo tanto, quien configura el hecho de conexión. Esto reconduce al planteamiento de “*substratum humano*”⁵⁷⁵ que constituye una condición *sine qua non* en la configuración de la responsabilidad penal de la sociedad.

Lo anterior, permite reconsiderar el alcance del proceder del representante o administrador. Al respecto, la doctrina ha entendido que su conducta es vinculante cuando aquellos actúan dentro de los intereses del sujeto colectivo. A partir de lo expuesto, se tiene en cuenta la irresponsabilidad penal del colectivo cuando el administrador o representante se conduzca en interés propio o de un tercero, o incluso, en contra de los intereses de la empresa⁵⁷⁶, como por ejemplo una administración desleal que más allá de perjudicar económicamente a la propia empresa, puede lesionar intereses de otra corporación, esto último lleva a la necesaria sanción de la persona jurídica en razón de la inexistencia o falta de los deberes de control/vigilancia, pues queda claro que el defecto de organización no tiene efecto alguno sobre la propia empresa, pero sí al exterior. No obstante ello, –como lo manifiesta ZÚÑIGA- la dificultad permanece en el lugar del establecimiento de las preferencias, “pues muchas veces los intereses del representante coinciden con un grupo de la sociedad o, con el de los trabajadores, o con los accionistas [...] y no necesariamente con el interés general de la sociedad”⁵⁷⁷.

Bajo este escenario, es de utilidad determinar la existencia o ausencia de vinculación entre la responsabilidad del ente colectivo y su representante, debido a que si bien el dictamen que modifica el art. 421 que establece la independencia penal entre uno y otro sujeto, no deja claro si la responsabilidad (penal) de los representantes es una condición *sine qua non* de atribución a la persona jurídica o si se puede sancionar a ésta con la sola actuación objetiva del representante sin necesidad de probarse su culpabilidad pues, por un lado, establece como requisito de atribución al hecho de conexión (de la persona natural) y, por el otro, considera que la exclusión del delito o extinción de la acción penal en la

⁵⁷⁴ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 140.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 141..

⁵⁷⁷ *Ibidem*. .

persona física no salva la responsabilidad de la persona jurídica, siendo que ésta se constituye como el nexo existente entre autor-ente y no en criterios de atribución subjetivos, considerando con ello una responsabilidad meramente objetiva. Se trata, pues, de una obligación de tipo subsidiario, con derecho a revertir contra el autor⁵⁷⁸.

La situación se complica aún más cuando observamos que ni la Constitución y ni el Código penal contienen previsiones normativas respecto al actuar en nombre de otro, pues otorga características especiales al tipo en la solución de los delitos cometidos en/por la empresa, precisamente porque el sistema (mexicano) no admite la figura del actuar de otro⁵⁷⁹. Respuestas que se dejan a merced del escaso debate doctrinal, a los tribunales y a la SCJN, quienes no siempre llegan a conclusiones similares. En suma, de no resolver esta singularidad, la propuesta puede llevar a importantes consecuencias materiales y procesales.

Otro de los aspectos a considerar dentro de la reforma es el relacionado a las infracciones que despliegan responsabilidad penal para la persona jurídica. La propuesta normativa presentada por el Senado opta por la técnica del *numerus clausus* donde las personas jurídicas sólo pueden ser reprochadas penalmente por la comisión de determinados delitos citados en un catálogo dispuesto en la legislación penal federal y local (entidades federativas)⁵⁸⁰. Como se puede ver, los supuestos donde se contempla dicha

⁵⁷⁸ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 147.

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

⁵⁸⁰ El dictamen ha establecido como hechos delictivos que pueden ser reprochados a las personas jurídicas los siguientes: art. 11 bis. "... a las personas jurídicas podrán imponérseles alguna o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos: A. De los previstos en el presente Código: I. Terrorismo; II. Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo; III. Contra la salud; IV. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo; V. Tráfico de influencia; VI. Cohecho; VII. Falsificación y alteración de moneda; VIII. Contra el consumo y riqueza nacionales; IX. Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho; X. Comercialización habitual de objetos robados; XI. Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados; XII. Robo de vehículos; XIII. Fraude; XIV. Encubrimiento; XV. Operaciones con recursos de procedencia ilícita; XVI. Contra el ambiente; XVII. En materia de derechos de autor. B. De los delitos establecidos en los siguientes ordenamientos: I. Acopio y tráfico de armas (Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); II. Tráfico de indocumentados (Ley de Migración); III. Tráfico de órganos previsto (Ley General de Salud); IV. Trata de personas (Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos); V. Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea (Ley Federal de Armas de Fuego y explosivos); VI. De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro (Ley Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); VII. Contrabando y su equiparable (Código Fiscal de la Federación); VIII. Defraudación fiscal y su equiparable (Código Fiscal de la Federación); IX. Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos

responsabilidad resultan ser suficientemente numerosos. Sin embargo, la detallada enunciación se limita a contemplar de forma restringida delitos dolosos graves, excluyendo cualquier forma de imprudencia (incluso grave), por ejemplo, aparta del ámbito de responsabilidad colectiva el delito de delincuencia organizada constitucionalmente contemplado y desarrollado en norma especial (LFDO); además, se dejan fuera casos como los daños involuntarios a la integridad física o moral de las personas, amenazas⁵⁸¹, acceso ilícito a sistemas y equipos de informática⁵⁸². Estos últimos estrechamente relacionados con temas de propiedad industrial donde la persona jurídica con frecuencia se ve involucrada, entre otros. Siendo ello así, la categórica descripción de los ilícitos contemplados no colman todos los supuestos de envergadura donde la empresa es susceptible de encontrarse circundada, tal es el caso asociado al crimen organizado cuya exclusión resulta preocupante desde el punto de vista de las exigencias internacionales que consideran el reproche penal a las personas jurídicas en la materia (art. 10 CNUDOT).

Es en este sentido, el dictamen deja sin respuesta un problema de primer orden referente a la imputación de la persona jurídica y a la determinación en la creación de nuevos modelos de atribución relacionados al ámbito de la delincuencia organizada, sobre todo en un país donde el fenómeno representan el papel más significativo del mercado,

en el artículo 223; X. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 111 Bis; 112; 112 Bis; 112 Ter; 112 Quáter; 112 Quintus; 113 Bis y 113 Bis 3; XI. De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434; XII. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 96; 97; 98; 99; 100, y 101; XIII. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2; 112 Bis 3; 112 Bis 4; 112 Bis 6, y 112 Bis 9; XIV. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141; 143; 145; 146; 147, y 147 Bis; XV. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 373; 374; 375; 376; 381; 382; 383 y 385; XVI. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103; 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; 105; 106, y 107 Bis 1; XVII. De la Ley de Fondos de Inversión, los previstos en los artículos 88 y 90; XVIII. De la Ley de Uniones de Crédito, los previstos en los artículos 121; 122; 125; 126 y 128; XIX. De la Ley para regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, los previstos en los artículos 110; 111; 112; 114 y 116; XX. De la Ley de Ahorro y Crédito Popular, los previstos en los artículos 136 Bis 7; 137; 138; 140, y 142; XXI. De la Ley de Concursos Mercantiles, los previstos en los artículos 117 y 271, y XXII. Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas; XXIII. En los demás casos expresamente previstos en la legislación aplicable.

⁵⁸¹ Ver art. 282 CPF.

⁵⁸² Ver art. 211.1 bis CPF.

inclusive a escala internacional, por ello, “evocar [...] el proverbio *societas delinquere non potest* resulta hoy en día más surrealista que irreal”⁵⁸³.

El legislador nacional, si bien ha dictaminado una modificación normativa que representa el propósito de adecuación del modelo de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, como lo demandan las necesidades político-criminales internacionales, no resulta todavía superado el retraso normativo mexicano domiciliado en el principio *societas delinquere non potest* como se puede observar en la propia reforma, pues no se trata de asentar una serie de preceptos donde en apariencia se reconozca la responsabilidad penal de entes colectivos, sino en el desarrollo de criterios de imputación⁵⁸⁴ ausentes en la propuesta.

Lo anterior lo sustento en el carente debate local, que, como es costumbre, se limita a ejecutar exigencias supranacionales descartando el estudio serio que los compromisos requieren, llevando a consecuencias materiales y procesales que impactan tanto en los derechos fundamentales como en los Derechos Humanos. Ello se corrobora con diversas normas aprobadas por el legislador (LFDO, LGPSDS, LFPIORPI, LPF, entre otras) en las que se relacionan preceptos de excepción, resultado de la materialización sin el debate y estudio requerido, y cuyo insuficiente análisis y discusión ha orientado a un derecho desproporcionado (desde hace poco más de dos décadas). Llegados a este punto, y bajo el escenario en que el legislador conduce la reforma del art. 421 CNPP, se advierte la ausencia de modelos de atribución contra la persona jurídica, más aún cuando se asocia al crimen organizado que, como menciono, es una materia que guarda especial trascendencia en los planos local y global.

Otra situación en la multicitada reforma es el desapego de la culpa colectiva, esto es, no admite la posibilidad de acumulación de culpas de una serie de personas al interior de la empresa para construir una culpa grave atribuible a la misma, pues exige cuando menos que el administrador o representante reúna todos los elementos de la infracción, símil a la doctrina jurisprudencial inglesa, desconsiderando con ello una parte fundamental en la atribución de responsabilidad: la contención de carencias organizacionales existentes en

⁵⁸³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 148.

⁵⁸⁴ WELLS, Celia, “Corporations: culture, risk and criminal liability”, *The Criminal Law Review*, n° 551 (1993), p. 564.

la empresa, cuyo fundamento se encuentra orientado en la culpa colectiva o agregada⁵⁸⁵, que no trata –propriadamente- una cuestión de responsabilidad derivada de una persona o varias personas concretas, sino de la prevención de actuaciones específicas de la organización mediante el establecimiento de políticas apropiadas, inicialmente al interior de la empresa, entre las que destaca la cultura empresarial, pues ellas son las que finalmente vienen a prevenir los delitos⁵⁸⁶. En este último sentido se han desarrollado algunas de las más destacadas tendencias en materia de culpabilidad corporativa como se ha visto, las cuales en gran medida derivan de la doctrina norteamericana.

Por citar algún ejemplo sobre la inexistencia de cultura empresarial en México, se puede aludir al caso de la cadena de tiendas departamentales Liverpool, donde a partir de un homicidio ocurrido en uno de sus establecimientos, los propios integrantes de la empresa que ostentaban funciones de control (representantes legales) alteraron y ocultaron la prueba para evitar la sanción de la empresa. Ello, evidencia el distanciamiento de la cultura corporativa, y por lo tanto, de las corrientes doctrinales internacionales que hoy muestran mayor solidez en sus argumentos en la esfera de responsabilidad colectiva. Otro supuesto es el relacionado con las empresas Televisa-Grupo Higa-Constructora Teya, quienes además de realizar contratos fraudulentos, han encubierto y participado en actos de corrupción con funcionarios públicos de forma reiterada, desde hace al menos siete años. En este último caso, parto del concepto de corrupción ofrecido por QUERALT, quien la entiende como “la intencionada desnaturalización de las finalidades objeto de las instituciones públicas en beneficio patrimonial o simplemente de poder de un sujeto o grupo de sujetos”⁵⁸⁷. Y es que, como lo hace notar el autor, “delitos como la malversación adquieren este carácter de corrupción, dado que es apartar fondos públicos a finalidades legalmente establecidas para otras, aunque no hayan de ser necesariamente privadas. Del mismo modo, la configuración jurídico-penal del tráfico de influencias responde a este diseño: un sujeto, funcionario o particular se prevale de su relación con un funcionario para obtener (no es necesario que lo obtenga, basta con la intención exteriorizada) una ventaja”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 157.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ QUERALT, Joan J., “Public compliance y corrupción...”, op. cit., p. 3.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

En el espacio del crimen organizado, esta práctica, cuando menos en algunos países latinoamericanos, se puede considerar sistémica, debido a su frecuente práctica. Al respecto, puedo citar casos como los de corrupción K (Argentina), Lava Jato (Brasil), Coquitos de oro (Paraguay), Caval (Chile), PDVSA, Diosdado, Cadivi II, etc. (Venezuela), La línea (Guatemala), Casa blanca, OHL (México), entre otros, que refieren la permanente cultura organizacional criminal, donde el comportamiento individual delictivo es tan sólo una forma de expresión. Lo anterior, “demuestra que no se trata de prácticas aisladas, de caídas puntuales en la tentación de quebrar el derecho. Se trata de hechos que tienen o pretenden tener una duración larga en el tiempo”⁵⁸⁹. Estos acontecimientos, deben marcar y provocar el desarrollo escrupuloso no sólo de la existencia del reproche penal a las personas jurídicas, sino del tratamiento de patrones de atribución, especialmente en materia de delincuencia organizada corporativa.

Otra situación a considerar del dictamen que modifica el art. 421 CNPP, es la ausente responsabilidad de la persona jurídica cuando concurren causas de exclusión del delito o extinción de la acción penal en la persona física, y dado que la redacción no requiere la individualización o identificación de aquella⁵⁹⁰, resulta inverosímil saber si en el caso concreto la persona natural actuó de forma dolosa, imprudente o fortuita, esto es, sin identificación es imposible saber si la acción u omisión se ejecutó bajo el amparo de una causa de justificación, lo que conlleva en apariencia a una contradicción⁵⁹¹ pues deja fuera supuestos donde la persona física resulta exonerada por haber realizado todo lo posible para evitar el delito, derivado de las exigencias organizacionales de la empresa (cultura empresarial y observancia del *compliance*).

Pese a los diversos modelos propuestos por las actuales tendencias en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas (culpabilidad por el carácter de la empresa, por conducción de la vida empresarial y concepto constructivista de la culpabilidad) aún son numerosos los ordenamientos penales que continúan presentando un patrón vicarial. No obstante, muchos de ellos pretenden transitar al tipo de responsabilidad directa. Específicamente, en México hay una disyuntiva entre uno u otro

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁹⁰ El art. 421 cuarto párrafo del Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos dice: “...No podrá afectar el procedimiento el hecho de que alguna persona física involucrada se sustraiga de la acción de la justicia”.

⁵⁹¹ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal...*, op. cit., p. 59.

modelo, sin embargo, mientras no exista una correspondencia normativa entre los arts. 11 CPF y 421 CNPP se continuará dentro del sistema vicarial, por más que el tema se maquille.

V. UNIONES EMPRESARIALES: NUEVO CONTEXTO DEL CRIMEN ORGANIZADO. BASES PARA SU REGULACIÓN E IMPUTACIÓN

1. Uniones empresariales. Tipologías mercantiles y su aprovechamiento por el crimen organizado.

1.1. Modelos de estructuras organizadas. Generalidades.

La actividad empresarial asociada al Derecho presenta una gran variedad de formas en su aspecto individual, esta diversidad se amplía cuando se trata el cariz colectivo de los corporativos, me refiero a las uniones empresariales; heterogeneidad que dificulta su clasificación bajo un criterio unívoco y su explicación en atención a un solo factor. Más allá, la idea genérica de concentración corporativa no parece cumplir satisfactoriamente el cometido de categorización que permite definir las figuras mercantiles arrojadas por el crimen organizado.

Pese a su ausente sistematización uniforme, la experiencia muestra que las formas de concentración no necesariamente se prescriben para producir una integración empresarial en sentido estricto, por el contrario, existen uniones que frecuentemente obedecen a propósitos y criterios de distinta naturaleza que, además, pueden ser atemporales, tales son los casos de la cooperación (agrupación de esfuerzos para mejorar las actividades propias), coordinación (regulación de las relaciones de competencia) o racionalización (reestructuración de la organización empresarial). Se debe considerar que en muchos casos los objetivos de las relaciones empresariales señalados (cooperación, coordinación, racionalización y concentración) se superponen, lo cual obstaculiza aún más la realización de un *closed list* en las formas de organización. Lo que sí es posible determinar es la intensidad con que los agentes económicos agrupados o asociaciones sin ánimo de lucro (partidos políticos, sindicatos, comunidades religiosas, fundaciones, ONG's, entre otras) se relacionan, pues, según la doctrina mercantil "normalmente, las uniones que tienen una finalidad estrictamente cooperativa son más débiles que las inspiradas en una finalidad de coordinación; y éstas, a su vez,

suelen ser menos fuertes que las motivadas por razones de integración o de reorganización empresarial”⁵⁹².

A pesar del conflicto relacionado con la elaboración de un repertorio específico sobre las formas organizativas, lo que interesa destacar es la existencia de las uniones empresariales como ente policorporativo, esto es, la unidad creada mediante la pluralidad de personas jurídicas que integran un grupo. Para el desarrollo del tema refiero la clasificación elaborada por PAZ ARES, quien de forma general deja entrever los vínculos internos/externos tanto de los agentes económicos como de los grupos que conforman.

En primer lugar, dentro de las formas de relación empresarial menos intensas se encuentran las *uniones consorciales*, cuyo propósito es arbitrar mecanismos de cooperación eficaces para promover o facilitar el desarrollo de sus propias actividades. En efecto, “los consorcios se constituyen para abaratar costes de explotación de empresas asociadas (por ejemplo, los relativos a la contabilidad o implantación de un sistema informático) o para afrontar inversiones que exceden de la capacidad financiera o del nivel de riesgo que puede asumir cada una de ellas (por ejemplo, un programa de investigación en I + D o la apertura de una oficina común en el extranjero)”⁵⁹³. Por ello, se dice que el motivo de la unión es una causa cambista con independencia de la forma jurídica adoptada. Al respecto se pueden destacar como modelos de las relaciones externas a la cooperativa empresarial, unión temporal, sociedad civil, sindicatos y cárteles.

1. Una figura específicamente pensada para el cumplimiento de objetivos consorciales es la *cooperativa de empresarios*, que destaca –según la norma relacionada a las agrupaciones mercantiles española- el interés económico de la agrupación, dado que su finalidad es “facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios” (art. 2.1 LAIE).

⁵⁹² PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades” (Ponencia), Universidad Autónoma de Madrid, septiembre (2007), p. 2.

⁵⁹³ *Ibidem*.

2. Otro referente a enfatizar en el contexto de las relaciones externas es la *unión temporal de empresas* (UTE), cuyo cometido es la “colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”⁵⁹⁴. Esta forma se orienta a “facilitar aquellas modalidades de cooperación inter-empresarial necesarias para llevar a cabo obras que, por su envergadura, exceden de las capacidades individuales de quienes la forman. No es de extrañar, por ello, que se hayan desarrollado especialmente en el sector de las obras públicas y construcción de grandes infraestructuras”⁵⁹⁵. La materia mercantil la califica de sociedad colectiva dado su objeto de realización aunque sea limitado, por ejemplo: la construcción de un tramo carretero. A pesar que la norma sobre el Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas (art. 7.2) manifiesta que la unión temporal empresarial no tiene personalidad jurídica propia, el sector doctrinal deja claro que “la sociedad colectiva es necesariamente una sociedad externa o sociedad personificada”⁵⁹⁶.

3. La *sociedad civil* es otra de las formas consorciales destacables. Esta se ofrece como cobertura de las modalidades de cooperación inter-empresarial más rudimentarias pero más difundidas en la práctica: las ocasionales y no necesitadas de una organización compleja, tal es el caso del acuerdo entre empresas para adquirir y usar en común maquinaria costosa. Aunque la sociedad civil no siempre es reconocida de la manera descrita, la naturaleza societaria de sus operaciones resulta indiscutible a la vista del fin común consorcial que las consolida y el resultado del negocio perseguido que sólo puede alcanzarse mediante la colaboración de todos. Evidentemente, se trata de una sociedad interna, ocasional y carente de patrimonio común, aunque hacia afuera tienen independencia en cuanto a sus relaciones jurídicas⁵⁹⁷.

4. Los *cárteles* representan una mayor unificación en las políticas empresariales de cada integrante, “puesto que sus objetivos típicos son coordinar las estrategias de las empresas con el fin de regular y, en definitiva, de reducir o excluir la

⁵⁹⁴ Ver art. 7 del Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas español.

⁵⁹⁵ PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, op. cit., p. 2.

⁵⁹⁶ PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, op. cit., p. 3

⁵⁹⁷ *Ibidem.*, p. 4-5.

competencia entre ellas. Las modalidades de aparición son muy variadas, en función de que busquen establecer precios (cárteles de precios) o condiciones de venta unitarias; limitar la producción o asignar a cada empresa una determinada cuota de producción (cárteles de contingentación); distribuir territorialmente los mercados (cárteles de reparto de mercados); estandarizar los productos (cárteles de racionalización); repartirse la actividad dentro de un proceso productivo (cárteles de especialización); organizar la venta en el extranjero (cárteles de exportación); etc.”⁵⁹⁸.

Bajo el cártel se esconde normalmente, aunque no necesariamente, un contrato de sociedad que deriva de la existencia del fin común (intención de influir sobre el mercado), aunque “el hecho de que cada partícipe aspire a obtener una ventaja individual no es incompatible con la existencia de fin común *stricto sensu*”⁵⁹⁹, por ello, normativamente el cártel se considera nulo por infracción a la prohibición de prácticas colusorias como la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, la limitación o control de la producción, distribución, desarrollo técnico o inversiones; reparto del mercado o fuentes de aprovisionamiento; y, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes⁶⁰⁰. Todo ello sustentado en los vínculos generados *ad extra*.

Una segunda categoría que pueden ostentar las personas jurídicas en cuanto a modelos de vinculación son las *alianzas estratégicas, comunidades de intereses y grupos de sociedades*. Para el tema que me ocupa es necesario destacar las uniones empresariales directamente establecidas cuyo fin es influir en la gestión de los integrantes y, en consecuencia, reducir su autonomía económica y organizativa, cuyo propósito manifiesto es la unificación de políticas empresariales. Al respecto, se pueden distinguir diversos grados, aunque aquí se acentúan dos:

1. Las *comunidades de ganancias o pools*. Bajo este supuesto “dos o más empresas acuerdan poner en común sus ganancias durante un determinado período contable o de manera indefinida y distribuirlas de conformidad con determinados

⁵⁹⁸ *Ibidem*.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 5

⁶⁰⁰ Ver art. 1 LDC.

critérios. Las ganancias objeto del acuerdo pueden ser todas, aunque a menudo se limitan a las generadas en una determinada rama de actividad. Frecuentemente, también se complementa la pura comunidad de ganancias con acuerdos de intercambio de información, de clientes o de tecnología, con el establecimiento de participaciones recíprocas, con el nombramiento de administradores cruzados e incluso con el compromiso de gestionar en común las distintas empresas. De esas comunidades de ganancias y comunidades de intereses no es fácil separar lo que en medios financieros acostumbran a denominarse *alianzas estratégicas*, cuya finalidad consiste normalmente en sentar las bases de políticas empresariales unificadas⁶⁰¹. De hecho, pueden denominarse alianzas estratégicas, haya o no comunidad de ganancias, todos aquellos acuerdos encaminados a intercambiar información, participaciones, administradores, etc. Frente a ello, cabe afirmar que las comunidades y alianzas estratégicas constituyen con frecuencia el primer paso a una mayor integración mediante la creación de un grupo de empresas con cultura criminal. Desde el punto de vista jurídico, todas ellas, en la medida que normalmente se reflejan en acuerdos puramente obligatorios entre las partes, deben calificarse como sociedades civiles internas. No hay que descartar, sin embargo, que se recurra a tipos societarios externos, sean consorciales (agrupación de interés económico) o generales (sociedad anónima o limitada), con el fin de crear un órgano de gestión autónomo.

2. El *grupo de sociedades*, se caracteriza por el mayor grado de unificación de políticas empresariales de los agentes económicos agrupados. “Se trata de la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria⁶⁰². Esta noción enfatiza dos elementos de importancia: la *independencia jurídica* (patrimonial y organizativa) y la *unidad de la dirección económica* de las sociedades agrupadas; en este entendido, solo se puede hablar de grupo cuando los miembros se encuentran efectivamente sujetos a la unidad de dirección, de modo que, en realidad, existe una estrategia general del conjunto fijada por el núcleo dirigente que articula la actividad de todas las sociedades.

⁶⁰¹ PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, op. cit., p. 6.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 9

De ser así, “la dirección unitaria determina la sujeción a una política empresarial común, que puede afectar a uno o más aspectos de la actividad (políticas de producción, comercial, de personal, etc.) en función de los grados de centralización o descentralización del grupo [...]. En todo caso, para que efectivamente pueda hablarse de una dirección unitaria parece que es necesario que al menos se hallen centralizadas las decisiones financieras (necesidades de capital y modos de cubrirlas, políticas de dividendos y reservas, redistribución de recursos financieros del grupo entre unos y otros proyectos presentados por las distintas sociedades, etc.)”⁶⁰³. De acuerdo a este planteamiento, conviene advertir que, si bien, en materia mercantil el conglomerado empresarial determinan su existencia en la presencia de la dirección económica unitaria, en Derecho penal aquella se prescribe, en principio, por la presencia de los efectivos vínculos de colaboración *ad extra* entre corporativos que intensifican el riesgo ya intrínseco en las personas jurídicas y que forman la *unidad de decisión* (no equivalente a la dirección unitaria mercantil). En segundo plano, el crimen organizado, considera la existencia de la situación de dominio o control de unas sociedades sobre otras (sociedades dominantes y dependientes), a pesar que al fenómeno en estudio, inicialmente, no le afectan los roles que ejerzan las compañías, ya que ese desempeño interesa a sus manifestaciones.

De esta forma, la relevancia penal del grupo proviene de la efectiva integración de la política empresarial ilegal de las sociedades, caso en el que cabe afirmar la concurrencia de una empresa policorporativa criminal, con independencia de la representación mercantil que ampare. En este sentido, la situación de control es tan solo la antesala de las expresiones criminales del grupo, esto es, la realización futura (o posterior a la formación del grupo) de delitos por parte de los corporativos organizados.

A pesar de lo mencionado, los resultados de la discusión mercantil sobre el concepto general de unión de sociedades, que pueda resultar relevante para el Derecho, no parecen satisfactorio pues, en el fondo, la cuestión debatida se plantea sobre la aplicación de un sector específico o conjunto normativo, lo que da lugar a una heterogeneidad del tema. Como ejemplo de la pluralidad del concepto, puedo

⁶⁰³ *Ibidem*.

mencionar diversas partes de la regulación española. Así, tanto el Código de Comercio (art. 42) como la Ley de Sociedades de Capital (art. 18), lo refieren en la aplicación de reglas sobre la contabilidad consolidada, mientras que la Ley del Mercado de Valores lo asocia a efectos de mercado (art. 4). Ciertamente, no existe una noción normativa de grupo empresarial que cumpla una función genérica, por lo que, en nuestro caso, la concepción de conjunto habrá de atender a la *ratio* de la norma crimen organizado. Es manifiesto, en este sentido, que el concepto relevante de grupo ha de estar basado en la decisión unitaria efectiva que deviene de la idea del pacto solidario criminal generado intragrupo.

Sentado lo anterior, si reservamos la noción de grupo para referirnos –con moderación– a aquellos supuestos donde una pluralidad de personas jurídicas queda sujeta a vínculos económicos, sociales, políticos y/o intereses comunes; entonces, resulta claro que la tipología básica de estas uniones se ordena en función de su origen y naturaleza.

1. La primera distingue entre *grupos de derecho* y *grupos de hecho*. Los primeros son aquéllos que “resultan de la adopción de los cauces jurídicos taxativos eventualmente previstos para la creación del grupo”⁶⁰⁴, es decir, son establecidos mediante la adopción de contratos o convenios a cuya organización y funcionamiento se asocia una normativa específica que suprime ciertas reglas generales del Derecho de sociedades como la subordinación de los agentes al interés del grupo; en contrapartida se establecen mecanismos de protección para los socios y acreedores sociales. Salvo en Alemania y Portugal es complicado encontrar estos cauces normativos, por lo que resulta difícil hablar de grupos de derecho⁶⁰⁵. Atendiendo a lo dicho, es prudente –además– mencionar que las herramientas de protección no regulan las actividades externas del conjunto corporativo; por ello, el concepto de *grupo de hecho* es, en buena medida, el más óptimo para el desarrollo del crimen organizado, pues, en principio, la ley no les asocia un régimen jurídico particular (acuerdos parasociales, uniones personales, entre otros)⁶⁰⁶. Siendo ello así, lo único que puede sostener unidas a las entidades son los vínculos que sostienen su política (y cultura) común.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 13

⁶⁰⁵ Cfr. PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, op. cit., p. 14.

⁶⁰⁶ *Ibidem*.

2. La segunda clasificación sirve a la materia delincuencia organizada para determinar el sentido de las estructuras (vertical y horizontal), toda vez que encuentra su punto de apoyo en las relaciones correspondientes a la dirección común. Aquí se encuentran los grupos dominicales, contractuales y personales.
- a. Los grupos *dominicales*, son aquellos que mantienen el control y efectiva dirección de la sociedad matriz sobre la propiedad de las participaciones de las sociedades dependientes. Estos pueden adquirir diferentes formas de articulación tales como grupos radiales, piramidales, circulares, entre otros. Lo distintivo, en todo caso, es que la sociedad dominante ostenta, directa o indirectamente, la titularidad del control⁶⁰⁷.
 - b. Los grupos *contractuales* se caracterizan porque en ellos la dirección común se origina en las relaciones convenidas entre sociedad dominante y dependientes. Aquí se pueden incluir los llamados contratos de empresa como el de atribución de ganancias (por el cual una sociedad se obliga a transferir sus ganancias a otra sociedad, a cambio de ciertos rendimientos), de arrendamiento o cesión de la explotación de la empresa, de gestión de empresa (donde una sociedad se obliga a gestionar los negocios de otra sociedad en nombre y por cuenta de ésta), entre otros. De otro lado, también pueden integrarse los contratos ordinarios que, en ciertos casos, son igualmente susceptibles de crear relaciones dependientes a la dirección económica única entre sociedades (contratos de licencia, suministro, contratos préstamo, distribución, entre otros). De la misma forma, se incluyen los contratos asociados a los grupos de subordinación, que citaré más adelante⁶⁰⁸.
 - c. Los grupos *personales*, tienen su origen en los vínculos particulares a través de los cuales la dirección (económica) única se funda en la identidad y comunidad de los administradores⁶⁰⁹. En otros términos, “hay grupo porque

⁶⁰⁷ Cfr. PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, op. cit., p. 14.

⁶⁰⁸ Cfr. PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, op. cit., p. 15.

⁶⁰⁹ *Ibidem*.

los administradores coinciden”⁶¹⁰, normalmente, por razones familiares o financieras, aunque ello no es limitativo, pues tal sincronía pueda surgir en razón de intereses comunes.

3. Al igual que la clasificación anterior, esta distingue entre *grupos de subordinación (vertical)* y *de coordinación (horizontal)*. Tradicionalmente los modelos de organización se identifican con el grupo de subordinación, dada la dependencia jerárquica que generalmente existe entre las sociedades agrupadas. De esta suerte, hay sociedades dominantes y, hacia abajo, dependientes. Por su parte, en los grupos de coordinación las unidades congregadas mantienen su autonomía, por lo que participan en la definición de las políticas empresariales comunes, a pesar de encontrarse sujetas a una dirección económica unitaria⁶¹¹. En virtud de ello, si las sociedades transfieren voluntariamente sus competencias decisorias a una instancia superior de dirección de la que en igualdad forman parte, esta forma de articulación, en realidad, se traduce en la creación de una sociedad única conformada por vínculos externos que, a su vez, tiene eficacia interna al grupo, en tal caso existe una sociedad civil interna cuya ética conjunta puede regirse por un *compliance ad extra*.

Pese a la clasificación ofrecida, debe advertirse que el concepto de uniones empresariales aún no es firme entre los tratadistas. Sin embargo, por cuanto al tema en desarrollo, resulta suficiente el reconocimiento de las colectividades empresariales en su sentido más amplio, esto es, como resultado de un proceso de concentración (vertical, horizontal o circular) basado en las uniones dependientes consorciales generadas cuando el grupo se forma externamente, sea porque una sociedad adquiere el control sobre otras, porque existen métodos contractuales o, simplemente, concurren intereses personales. En palabras de PAZ ARES, “no hay en rigor integración o concentración [...] cuando el grupo se origina internamente, mediante la reorganización de una sociedad en filiales (segregación de activos) o por medio de la paulatina constitución de nuevas sociedades para diversificar el crecimiento de la empresa y encauzar la explotación de las nuevas oportunidades de negocio que van presentándose. Frente a lo que a menudo se afirma, por tanto, el fenómeno de los grupos

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 16.

no puede asociarse exclusivamente a la concentración económica⁶¹². Siendo ello así, los intereses comunes (no siempre económicos), como factores intervinientes en la conformación del grupo, dan lugar a una concentración de comunicaciones externas generadoras de la dependencia interpersonal que determinan el proceder de los distintos actores, extendiendo el riesgo en la comisión de ilícitos penales. Esto es lo que, a mi juicio, conforma el fundamento penal del conglomerado empresarial, pues es claro que aquél no radica en la concentración de activos, ya que no se trata de determinar el incremento del corporativo, sino de la generación de riesgos que su estructura entraña. Por ello, la asociación de personas jurídicas debe verse como un agente policorporativo, producto de las exigencias de mercado y del crimen organizado transnacional, que forma una diversidad organizativa en cuanto a dimensión, complejidad, actividades y territorio. Todo ello, derivado de actos de comunicación intragrupo o extraempresa.

Ahora bien, si en el ámbito mercantil uno de los factores a la creación de grupos es la dispersión de riesgos entre los actores, en lo penal sucede lo contrario: se trata de detectar los peligros generados por el policorporativo para determinar su responsabilidad penal, desde el enfoque de concentración del riesgo en el grupo, esto es, considerado como un peligro creado por el conjunto y no por sus fracciones. En este tenor, los conglomerados empresariales contienen riesgos propios o independientes de sus integrantes, pues las unidades agrupadas “autónomas” facilitan la ordenación y programación de la actividad criminal, por lo tanto, la complejidad que otorga esa unión dificulta el tratamiento penal en la investigación y procesamiento.

Esta situación resulta aún más relevante cuando la materia mercantil considera un desacuerdo entre el Derecho de sociedades y su realidad organizativa. Y es que si este derecho ha sido “construido tradicionalmente bajo el modelo de una sociedad independiente, con una voluntad social propia formada en el seno de sus órganos y actuando en persecución de un interés social autónomo”⁶¹³, la introducción de un grupo en el contexto descrito produce distorsiones, por ejemplo, bajo el amparo de una organización criminal corporativa la contabilidad empresarial puede subsanarse a través de la obligación de consolidación contable que, con evidencia, puede dar lugar

⁶¹² *Ibidem*, p. 17.

⁶¹³ Cfr. PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, op. cit., p. 19.

a ilícitos como la apropiación de activos, corrupción y manipulación contable, entre otros delitos económicos.

En este escenario, la intervención del grupo también suscita inconvenientes graves en el espacio de las deficiencias, sobre todo por las lagunas de protección registradas en el centro como en la periferia del grupo⁶¹⁴:

1. En el centro (sociedad dominante), “la organización de la empresa bajo la estructura de grupo erosiona intensamente las competencias de la Junta general y, por tanto, el papel de los accionistas. La razón de ello se comprende fácilmente: la transferencia de la explotación empresarial a sociedades filiales desapodera a la Junta general de accionistas de la sociedad matriz de las decisiones de su incumbencia sobre esos activos. Las competencias pasan al órgano de administración, que es quien concurre a las Juntas generales de las sociedades dependientes en representación de la matriz”⁶¹⁵. Esta circunstancia determina la necesidad de configurar instrumentos de protección penal respecto a los delitos societarios que se consigan realizar, tal es el caso de la infidelidad de los órganos societarios donde se incluyen actos delictivos como la imposición de acuerdos abusivos, el aprovechamiento de acuerdos lesivos adoptados por mayorías ilegalmente obtenidas y la lesión de los derechos sociales de participación.
2. En la periferia del grupo, “los vacíos de protección surgen como consecuencia de la quiebra sobre la autonomía de las sociedades filiales”⁶¹⁶. La disconformidad se manifiesta en los planos organizativo y patrimonial. Haré mención especial al primero de ellos. Y es que el nivel organizativo de la persona jurídica se sujeta a una dirección externa, cuyas determinaciones, en gran parte, quedan fuera de la esfera de influencia y decisión de sus órganos de gobierno. En este entendido, según PAZ ARES “la Junta general queda vaciada de contenido; es como un órgano fantasma, algo así como el alargamiento del órgano de administración central. Algo similar ocurre con el órgano de administración, que queda muy

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 19-20.

⁶¹⁶ PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, *op. cit.*, p. 20.

limitado o mediatizado por su dependencia jerárquica de la dirección del grupo. También corre riesgo de alterarse la ley que preside la organización y gestión de la sociedad filial –el interés social- a manos de la ley que preside la organización y gestión del conjunto –el interés del grupo-⁶¹⁷.

De esta suerte, el plano patrimonial queda expuesto al riesgo de políticas de intercambio/transferencia, derivado de las conveniencias estratégicas que tienen lugar en el mercado intragrupo (transferencias de activos, de capitales, de actividad, de personal, pérdidas o ganancias). Si el grupo puede situar sus actividades lícitas donde más les convenga hacerlas notar, esto es, en una u otra sociedad, en el mismo sentido las actividades ilícitas pueden ocultarlas en uno u otro corporativo, o bien, que parezcan realizadas por cualquier integrante del conjunto (incluidos participantes externos) debido a las reciprocidades y deberes de lealtad o fidelidad que los envuelven y que, a su vez, permiten diluir responsabilidades. En este contexto, los contratos internos (mercantiles) no alcanzan a prever situaciones relacionadas con el Derecho penal, en otros términos, los convenios intragrupo a lo sumo pueden regular aspectos concernientes a la responsabilidad penal de alguna sociedad por el incumplimiento entre A y B como integrantes del grupo, lo que no significa regular condiciones asociadas a la prevención delictiva del conjunto como tal. Esto es, el contrato no regula los vínculos *ad extra* que, además de permitir la ayuda mutua inter-empresarial en el delito, consienten la disolución de responsabilidad penal, dada la complejidad que el grupo posee. Visto de esta manera, las posibilidades de riesgo criminal son, ciertamente, incontables.

La ruptura de la autonomía organizativa desemboca en la necesidad de crear mecanismos de prevención criminal intragrupo y, consecuentemente, de protección externa. Por ello, la propuesta a la que me referiré más adelante se relaciona con el establecimiento de un *compliance* intragrupo o de regulación sobre las relaciones externas originadas por las personas jurídicas, pues solo a través de su implementación puede reconocerse el derecho de separación empresarial a los agentes unitarios que se ajusten a las normas éticas extra empresa cuando subsista un hecho ilícito consumado por el conglomerado. Esto conforma uno de los desafíos planteados por la agrupación de agentes colectivos que ve detenido su progreso, en buena medida, por la parálisis normativa que el

⁶¹⁷ *Ibidem.*

fenómeno delincuencia organizada sufre debido al desarrollo que la ciencia penal ha tenido a sus espaldas, a pesar que la realidad normativa apunta a la necesidad de reconocer alguna relevancia a los vínculos externos e intereses de los grupos corporativos que afectan negativamente tanto a socios (internos y externos) como a diversos sectores públicos y privados.

Aquí, se trata de ofrecer una solución desde el espacio del Derecho penal bajo el enfoque del grupo como si fuera una sola persona (jurídica), y para ello es preciso considerar el impacto que las relaciones internas entre corporativos del grupo tienen hacia afuera. En este contexto, se aspira a reflejar los efectos de las operaciones intragrupo *ad extra*, pese a cualquiera de las formas organizativas que adquiera la colectividad empresarial.

1.2 Asunción de tipologías mercantiles por el crimen organizado. Evocación paradigmática en el comercio internacional.

Comentaba que si bien las exigencias y formas de mercado favorecen el crecimiento económico también benefician el crecimiento e internacionalización de prácticas ilícitas, pues, en realidad, la complejidad del comercio internacional obliga a las personas jurídicas a buscar fórmulas flexibles de mercado, adaptadas a sus necesidades y siempre diferentes a las estructuras societarias tradicionales trazadas por los Estados para situaciones de carácter interno, como las expuestas precedentemente. De esta necesidad nacen métodos como el *joint venture*, *offshore*, *holding*, y demás formas que hacen casi imperceptible el límite entre las actividades lícitas e ilícitas.

Y es que, ya no se trata de un mercado donde las tradicionales redes criminales operan de forma unilateral o independiente ni perviven de la cooperación entre ellas, sino de la apertura de nuevos vínculos entre la economía legal e ilegal. En otros términos, las relaciones económicas internacionales –cada vez más estrechas- han incrementado la importancia del mercado mundial, dando lugar a una globalización que a su vez genera mayores corrientes de capital, bienes, servicios y personas, hasta llegar a escalas no contempladas por la ciencia penal. Estas formas de mercado, el volumen de negocios y la movilidad social juegan un papel preponderante en el comercio, la economía y el delito, al menos como generadores de riesgos criminales. Lo dicho, no es ajeno a la delincuencia

organizada que encuentra un punto de aprovechamiento sobre los espacios económicos y empresariales.

De acuerdo al Departamento de Información Pública de Naciones Unidas, “los grupos criminales colaboran cotidianamente con empresas comerciales que invierten en una variedad de proyectos "legítimos", lo cual no sólo les ofrece la oportunidad de lavar su dinero de procedencia ilícita, sino también de acumular riqueza en un marco legal”⁶¹⁸.

Estas inversiones se realizan bajo parámetros organizativos empresariales; así, se pueden realizar especulaciones económicas, que van desde la compra de inmuebles hasta la utilización de servicios financieros y empresas de servicio público. En Tailandia, por ejemplo, los lucros obtenidos de la heroína fueron reciclados por sindicatos comerciales y sociedades secretas de Bangkok hacia inversiones en la industria textil.

En efecto, las empresas legales constituyen puentes de legitimación sobre las ganancias recaudadas por organizaciones criminales, en otras palabras, los lucros ilícitos no se conciben lícitos sin el apoyo de corporativos legales. Bajo este escenario, “el dinero sucio y encubierto se deposita en bancos comerciales que lo usan para ampliar sus préstamos a empresas legales e ilegales, y también se canaliza hacia inversiones "respetables" en artículos primarios, acciones [e incluso] bonos gubernamentales”⁶¹⁹. En fin, como cité en los primeros párrafos de este apartado para ilustrar el tema, a efectos prácticos y para dar sustento al desarrollo de la investigación, me limitaré al breve desarrollo de las figuras específicamente mencionadas.

1.2.1 *Joint venture* o sociedad conjunta.

De acuerdo a los vínculos existentes entre empresas, se pueden apreciar diversas formas de integración corporativa, las cuales ofrecen tipologías donde difícilmente se pueden visualizar los límites entre lo lícito e ilícito, ya que con frecuencia se superponen. Muestra de la polivalencia funcional de las formas de conexión la ofrece la *joint venture*, que “puede constituirse con fines de cooperación, coordinación o concentración *stricto*

⁶¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública, “Crime Goes Global”, Naciones Unidas (1995), en Interamerican USA, “Crimen Organizado y globalización financiera”, Interamerican Community Affairs, (2016), pp. 5. Disponible en <http://interamerican-usa.com/articulos/Crim-org-terr/Crm-org-Glob-fin.htm>.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

*sensu*⁶²⁰. Es por ello que a través de los deberes de lealtad o fidelidad generados desde el espacio de la comunicación interna (al grupo) o externa (a la corporación) se determine si los actos realizados por el conglomerado se encuentran dentro del ámbito penal, específicamente del crimen organizado.

Y es que la figura abarca una amplia gama de acuerdos de colaboración que dan lugar a convenios de naturaleza puramente contractual o, incluso, origen a una nueva sociedad. Así, las filiales comunes representan el caso paradigmático donde dos empresas o grupos de empresas constituyen una nueva sociedad “con el objeto de introducirse en un nuevo mercado (por ejemplo, una compañía extranjera se asocia con un socio “local” para aprovechar su red de distribución); para desarrollar un nuevo producto (dos compañías automovilísticas se asocian para desarrollar un nuevo prototipo); o para cualquier otro fin de interés común”⁶²¹, entre estas incumbencias se localiza la predisposición criminal.

El contexto correspondiente al conjunto de personas jurídicas, representa un desafío para la ciencia penal, pues debe cubrir los vacíos normativos en la esfera de la delincuencia organizada; así, ha de elaborar herramientas adecuadas como el *compliance* entre compañías que recoja los objetivos, reglas de la organización y funcionamiento para evitar la actitud criminal del grupo considerado como un todo, debido a que el interés grupal determina la modificación de los intereses individuales (de las sociedades integrantes). Hasta ahora, las soluciones propuestas en el área de la responsabilidad penal de las uniones corporativas son insuficientes para satisfacer la protección frente fenómeno crimen organizado, ya que las medidas de control penal se orientan al interior de la persona jurídica considerada unilateralmente, originando con ello una vigilancia autónoma e individual al grupo. Así, el remedio parece especialmente indicado para combatir vínculos intragrupo, los cuales generan perjuicios al exterior del colectivo, colmando de esta forma exigencias que el conjunto empresarial debe ostentar frente a la sociedad.

La experiencia muestra que las *joint venture* han servido en el establecimiento de negocios ilegales como, por ejemplo, violaciones de embargos internacionales, evasión fiscal, contrabando, tráfico de armas, de drogas, blanqueo de capitales y demás. En

⁶²⁰ PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas...”, op. cit., p. 7.

⁶²¹ *Ibidem*.

concreto, esta tipología empresarial es utilizada por el crimen organizado en el tráfico ilegal de inmigrantes, por dar un ejemplo, en Alemania se crearon empresas de importación y exportación para ingresar extranjeros al propio país y a Europa occidental. Estas empresas fueron fundadas especialmente para extender garantías y tarjetas de invitación que se presentaron como base para la captación de visados en las representaciones alemanas en el extranjero. En algún supuesto se llegaron a cerrar veintiséis contratos con empresas asociadas acerca de la organización de presuntos viajes turísticos y su pago; aparentemente se hicieron reservas de hotel y se celebraron contratos de seguros médicos, documentos presentados posteriormente a la embajada alemana con las tarjetas de invitación de la empresa también alemana para solicitar los visados. De esta forma se captaron al menos diez mil personas, y se considera que los beneficios fueron millonarios⁶²².

Los corporativos de importación-exportación además de ser utilizadas en el tráfico de inmigrantes, han sido usados para llevar a cabo transacciones financieras, específicamente transferencias de ingresos en el extranjero y blanqueo de capitales. En otros casos registrados, se abrieron distintas empresas, entre ellas agencias de viajes, para traer inmigrantes turcos a Alemania, en más de cien casos.

Otro ejemplo *ad hoc* que sirve para ilustrar el tema es el relacionado a la organización india que constituyó una serie de restaurantes utilizados para el lavado de dinero, al mismo tiempo que empleaba a ciudadanos indios cuya entrada a Alemania se realizaba a través del tráfico ilegal de inmigrantes. Aun así, lo más grave es que las organizaciones criminales, principalmente empresariales, adquieren influencia en el sector público, tal es el caso de una organización corporativa dedicada al tráfico de indocumentados quien junto con funcionarios de las oficinas de migración y pasaportes de Kingston (Jamaica) otorgaban documentación de viaje así como formularios en blanco para ser llenados. Esto suponía un beneficio económico *per capita* de cuarenta mil dólares americanos.

⁶²² TOLLE, Ansgar, “Las nuevas formas del crimen organizado. Nuevos grupos de delincuencia organizada en el contexto europeo”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n° 3 (1998), p. 120-121.

1.2.2 *Offshore* o sociedad extraterritorial.

Por otro lado, muchos caminos dentro de la red financiera conducen a las formas organizativas *offshore*, quizá la figura que en mayor medida representa la interacción entre organizaciones criminales y empresas legítimas, especialmente, instituciones financieras. Dado que el propósito de esta forma de mercado es fijar actividades económicas o financieras extraterritoriales que, si bien, significa externamente al país, en realidad se trata de establecer actividades fuera de regímenes tributarios similares. En otras palabras, si una persona radicada en Brasil decide realizar una inversión en Uruguay, dada la similitud del sistema fiscal no se puede hablar de una real extraterritorialidad, pero si esa misma persona decide llevar a cabo inversiones en las Islas Caimán, donde el régimen tributario es distinto (menos rígido), entonces se puede hablar de una extraterritorialidad fiscal, esto es, de un *offshore*, pues de lo que se trata es de enfrentar una reducción de costos, menor presión en leyes laborales, normativas gubernamentales mínimas u otros beneficios desde el punto de vista del lucro económico para la empresa o persona física. En este sentido, las organizaciones lícitas e ilícitas aprovechan la flexibilidad normativa que ofrece la figura, originándose crímenes relacionados a la delincuencia organizada empresarial.

En efecto, esta tipología corporativa es reconocida por su actuación en los límites normativos. Recientemente, a través del caso *Panamá Papers* se dieron a conocer once millones de documentos, pertenecientes a la firma de abogados Mossack Fonseca, que muestran los vínculos entre empresas lícitas e ilícitas, así como de setenta y dos jefes de Estado (actuales y pasados), incluyendo algunos acusados del desvío de fondos públicos (en sus respectivos países). Además revelan como la firma legal (persona jurídica) no solo auxilia a sus clientes (personas físicas y jurídicas) en el blanqueo de dinero, sino propone esquemas para diluir la responsabilidad penal, esquivar sanciones y evadir impuestos.

Para dar un ejemplo concreto de la influencia que las personas jurídicas tienen en el entorno del crimen organizado, los documentos de Panamá develan el caso del banco ruso Rossiya que lavó mil millones de dólares e involucró a colaboradores cercanos al presidente de ese país. Esta institución bancaria canalizaba dinero a través de empresas *offshore*. Así, Los documentos sugieren que las empresas Sonnette Overseas, International Media Overseas, Sunbarn y Sandalwood Continental se beneficiaron de

transacciones con acciones falsas, acuerdos de consultoría ficticios, préstamos no comerciales y compra de activos por debajo de su precio. Muestra de que las empresas estaban constituidas legalmente es que International Media Overseas y Sonnette Overseas son oficialmente propiedad de músico Sergei Roldugin, uno de los amigos más cercanos del mandatario ruso⁶²³.

Hay que señalar que la cobertura *offshore* no se limita a este sector, por el contrario, se extiende a compañías aseguradoras quienes también la utilizan para auxiliar a ciertas firmas en el establecimiento de “subsidiarias cautivas” que reciben primas de seguro para cubrir el riesgo de la empresa matriz.

Ciertamente, “el efecto de los paraísos extraterritoriales es una masiva evasión fiscal, inmensas reservas de fondos corporativos bajo la forma de dinero libre de impuestos y una fuga de capitales que deja a las economías nacionales, ya débiles y severamente endeudadas, devastadas e incapaces de funcionar”⁶²⁴, ya que el escape monetario reduce drásticamente los ingresos del fisco, paraliza programas sociales, incrementa el déficit presupuestal y estimula la acumulación de deuda pública.

1.2.3 Holding o sociedad tenedora.

Otra de las formas contempladas por la disciplina mercantil es el *Holding*, cuya función es administrar la propiedad de otras sociedades o empresas. Se considera una forma de integración corporativa que puede originarse a través de la adquisición por un grupo de personas (físicas o jurídicas) de propiedades y/o firmas diversas buscando su rentabilidad y no, propiamente, la integración de sus actividades. Algunos países con normas antimonopolio pueden restringir esta práctica, debido a los numerosos casos documentados sobre delitos ligados al lavado de dinero a través de esta figura, aunque los procesos penales se limitan a sucursales bancarias.

⁶²³ THOMPSON, David, “Panamá Papers: los colaboradores del presidente de Rusia, Vladimir Putin, vinculados a “lavado de dinero” tras masiva filtración”, (4 de abril de 2016), BBC Panorama, pp.1. Disponible en <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/>

⁶²⁴ Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública, “Crime Goes Global”, op. cit., pp. 5.

Cabe destacar que en escasas ocasiones las instituciones financieras van a juicio, pues normalmente se llegan a acuerdos judiciales. El caso más paradigmático es el de *HSBC Holdings* quien auxilió diversas organizaciones ilícitas en su mantenimiento, facilitando el lavado de activos provenientes del crimen organizado de México y Colombia, poniendo en custodia las ganancias obtenidas de actividades ilícitas a partir del ofrecimiento institucional de amparar el dinero bajo el secreto bancario suizo, brindando además entramados de sociedades *offshore*⁶²⁵ y testaferros pantalla que la propia institución ayudaba a diseñar para sus clientes. Otras prácticas de la corporación consistían en la ocultación de dinero para que sus clientes evitaran el pago fiscal a la hacienda pública de sus respectivos países, así como el manejo de fondos de Estados sancionados por Washington como lugares de alto riesgo para el blanqueo de capitales, como Irán, Siria y Arabia Saudita. Infelizmente, no es el único caso que se presenta en la materia, ya en enero del 2009 el Departamento del Tesoro y fiscales de Manhattan, acusó a seis bancos extranjeros por prácticas ilícitas, entre ellos se encuentra *Credit Suisse*⁶²⁶, *ING Bank*⁶²⁷, *Barclays*⁶²⁸ y *Standard Chartered*⁶²⁹. En estos casos la sanción se limitó a la imposición

⁶²⁵ Las sociedades *offshore* son empresas que se caracterizan por estar registradas en un país, normalmente un paraíso fiscal, en el que no realizan ninguna actividad económica o comercial. Por este motivo se les llama también sociedades no residentes. Estas compañías están controladas por empresas o ciudadanos extranjeros, que llevan a cabo sus negocios en otras partes del mundo y que utilizan el paraíso fiscal únicamente como domicilio legal de la sociedad.

⁶²⁶ En 2009 la oficina del fiscal estatal de Nueva York informó que *Credit Suisse* reconoció haber violado las normas estatales al falsificar los documentos de una institución financiera, lo que permitió que sus clientes (entre ellos Irán, Libia y Sudán) tuvieran acceso al sistema financiero estadounidense pese a que habían sido sancionados por las autoridades de ese país. Disponible en <http://actualidad.rt.com/economia/view/4724-El-banco-Credit-Suisse-pagara-a-EE.UU.-una-multa-de-536-millones-de-d%C3%B3lares>. Por otro lado, la misma entidad financiera en 2014 ayudó a contribuyentes norteamericanos a evadir impuestos utilizando las leyes de secreto bancario de Suiza para ocultar activos. Disponible en <http://www.valenciaplaza.com/ver/116643/credit-suisse-pagara-multa-historica.html>. En ambos casos la entidad financiera ha llegado a acuerdos para el establecimiento de multas.

⁶²⁷ El banco holandés *ING* fue multado con 619 millones de dólares por el Departamento de Justicia y la Oficina del Fiscal del Distrito de Nueva York por llevar a cabo operaciones ilegales con entidades financieras de Cuba e Irán, ayudando a proporcionar a patrocinadores del terrorismo y a otras entidades sancionadas acceso al sistema financiero estadounidense durante más de una década, permitiéndoles mover miles de millones de dólares a través de bancos estadounidenses para compras ilícitas y otras actividades, según lo informó la ayudante del Fiscal General para Seguridad Nacional, Lisa Mónaco. Disponible en http://www.huffingtonpost.es/2012/06/12/ing-multado-por-operaciones-ilegales_n_1590701.html.

⁶²⁸ El banco británico *Barclays* pagó una multa de al menos 450 millones de dólares a las autoridades de Estados Unidos y Gran Bretaña, por la manipular la tasa de créditos interbancarios conocida en inglés como *London Interbank Lending Rate (Libor)*, que es la referencia para contratos de derivados en todo el mundo por billones de dólares, y también se usa para los créditos corporativos. *Barclays* reportó regularmente tasas menores que las que realmente estaba pagando durante la crisis financiera, a fin de ocultar sus problemas, de acuerdo con la declaración de la Comisión de Comercialización de Futuros de Materias Primas de Estados Unidos (CFTC, por sus siglas en inglés).

⁶²⁹ El banco británico *Standard Chartered* pagó una segunda multa de 327 millones de dólares por ocultar a las autoridades reguladoras de Estados Unidos miles de transacciones con entidades iraníes. Esta entidad financiera ya había accedido en a pagar una multa en primera instancia de 340 millones de dólares por

de multas casi por cualquier conducta ilegal, incluido posibilitar al crimen organizado acceder al sistema financiero, omitiendo lo establecido en el art. 10 CNUDOT que insta a responsabilizar penalmente a las personas jurídicas por participación en delitos graves cuando se encuentre involucrado un grupo delictivo organizado, o bien, por la comisión directa del propio delito de delincuencia organizada.

Más allá de lo citado, esta clase de sucesos se presenta repetidamente desde hace –al menos- dos décadas. Aquí cito dos acontecimientos representativos de la época, mostrándose desde entonces la estoicidad penal. El primero se relaciona con el American Express International Bank, quien en 1994 fue acusado por lavado de dinero proveniente de organizaciones criminales mexicanas dedicadas al tráfico de drogas. Sin embargo, la sanción –al igual que en el caso HSBC- se limitó a una multa de siete millones de dólares, más un decomiso por 25 millones, mediante un acuerdo judicial impuesto por el Tribunal Federal de Brownsville, Texas. El proceso contra la institución financiera surgió a partir de cargos criminales presentados contra dos directores del banco en su filial de Beverly Hills, California, quienes fueron condenados por fraude bancario y blanqueo de capitales por la transferencia de fondos a través de cuentas controladas de American Express a empresas creadas en las Islas Caimán. Para evitar la disolución de la empresa (por pérdida de su estatuto), la institución fue multada mediante acuerdo y los funcionarios federales aceptaron renunciar a la acusación penal del banco, según su argumento, porque la actividad criminal no había invadido toda la empresa, sino que se limitaba a una sucursal⁶³⁰.

El segundo evento corresponde al ocurrido en Hungría, donde el Banco Internacional de Europa Central (CIB) fue adquirido por un consorcio de instituciones financieras extranjeras integrado por la Banca Commerciale Italiana, Bayerische Vereinsbank AG, Banco de Créditos a Largo Plazo de Japón, Banco Sakura y la Société Générale. El CIB conservaba plena libertad para movilizar dinero sin interferencia del gobierno ni de normas sobre cambio de moneda. En 1992, en Luxemburgo, se confirmó que el cártel de Cali utilizó al CIB para transferir grandes cantidades de dinero. Pero, como manifestó un

ocultar a autoridades estadounidenses más de 60,000 transacciones iraníes valoradas en 250,000 millones de dólares.

⁶³⁰ MOKHIBER, Russell, "AmEx's Dirty Money", (Diciembre de 1994), *Multinational Monitor*, Washington, p.1. Disponible en http://www.multinationalmonitor.org/hyper/issues/1994/12/mm1294_11.html.

miembro de la brigada antidrogas de Hungría, "con los problemas económicos de este país y la necesidad de activos líquidos, no se puede pedir al gobierno que analice demasiado el origen del dinero depositado en sus bancos"⁶³¹.

Con lo anterior, no intento estigmatizar las figuras mercantiles, sino de destacar su perjudicial empleo y la participación de estructuras criminales en el tráfico económico. En efecto, figuras como el *offshore* ofrecen atractivos beneficios fiscales que operan como un factor de importancia, dado que permite el ahorro y la posibilidad de aumentar beneficios a través de la eliminación de impuesto, característica de los paraísos fiscales. Al mismo tiempo, posibilitan un mayor nivel de privacidad que se constituye como un aspecto significativo en las cuentas establecidas, ya que no permite el intercambio de información con otros países, tal es el caso de Luxemburgo, Suiza, Singapur, Líbano, entre otros. En este contexto, la ausencia de reciprocidad en el intercambio de datos no favorece la transparencia en operaciones financieras, por el contrario, permite la posibilidad de ocultar dinero sin el debido control fiscal, mercantil y/o penal.

Como muestra, destaco la figura del *offshore trust*, cuya constitución en paraísos fiscales ofrece un marco jurídico especial de protección, que consiente su uso para diferentes fines, entre los más comunes se encuentra la reducción fiscal, protección de activos y la planificación hereditaria. En el primer supuesto, el *offshore trust* permite que la propiedad se divida en propiedad legal (*legal ownership*) y derechos de uso (*beneficial ownership*). Esta situación, en diversos casos, se aprovecha para conseguir ventajas fiscales, especialmente en combinación con otro tipo de entidades. Por ejemplo, es común que el *trust* mantenga acciones de sociedades *offshore* o controle una comunidad de bienes familiares. En el caso de la protección de activos, el *offshore trust* permite la salvaguarda del patrimonio personal o familiar, a través de la transferencia de bienes a un *trustee* o administrador, dejando de pertenecer legalmente aquellos caudales al promovente. De esta suerte, su patrimonio queda fuera del alcance de posibles acreedores o litigios como el divorcio, enfrentamientos laborales, acusaciones de negligencia, etc. También es habitual su utilización para la separación de bienes entre cónyuges, especialmente en supuestos donde uno de ellos realice actividades económicas que conlleven un alto riesgo de sufrir litigios o contraer deudas. En el caso de la planificación hereditaria, el *trust*

⁶³¹ Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública, "Crime Goes Global", op. cit., pp. 5.

puede ser una alternativa útil frente al testamento, ya que ofrece una mayor flexibilidad al momento de proyectar el reparto de los bienes, pues se evita el juicio sucesorio y sus correspondientes costes. Al mismo tiempo, sirve para evadir derechos de consanguinidad forzada, que impiden la libre elección de los herederos.

Frente a lo dicho, recientemente la OCDE estableció el Acuerdo de Intercambio de Información Automática (IAI), la cual determina estándares para conmutar datos entre jurisdicciones. Su propósito es robustecer la comunicación en materia económica entre gobiernos. Dicha comunicación incluirá balances, intereses, dividendos y ventas de activos financieros de cuentas mantenidas por personas físicas y/o jurídicas. Datos que serán proporcionados por las instituciones financieras a los gobiernos, abarcando diversas figuras mercantiles entre las que destacan el *offshore*, el *trust* y las fundaciones⁶³². Actualmente, países que mantienen o amparaban el secreto bancario –como Reino Unido y Suiza-, forman parte del intercambio que entrará en uso para la UE en 2017.

A pesar del acuerdo IAI, las perspectivas de cambio son poco alentadoras, ya que las grandes corporaciones y organizaciones criminales que operan a nivel mundial se rigen por las mismas leyes. En otros términos, el sistema bancario permite a personas jurídicas (legales e ilegales) y físicas ocultar su riqueza bajo el argumento de su buena fe e ignorar las prácticas antiéticas de empleados o filiales, mientras continúan preservando capital del crimen organizado utilizado para recapitalizar su negocio, constituyéndose de esta forma en partícipe. En cualquier caso se trata de la ocultación de dinero y/o su utilización para maniobras empresariales subrepticias. Esto determina que los vínculos en el crimen organizado no se originan únicamente desde la persona natural, sino también en el espacio de las personas jurídicas, de suerte que las actividades de mercado actualmente se orientan de acuerdo la necesidad de los grupos criminales, y no al contrario.

En tanto, las formas mercantiles sirven como parámetro para determinar el carácter operativo del grupo delictivo, así como para vislumbrar las numerosas configuraciones organizativas (legales) que las uniones empresariales criminales pueden arrogar, la cuales causan confusión en la investigación y procesamiento penal. Por ello, no basta enfocarse en el cómo del grupo, es decir, la forma comercial adoptada que determina

⁶³² Cfr. Acuerdo de Intercambio de Información Automática. Disponible en <https://www.oecd.org/ctp/harmful/37975122.pdf>.

materialmente tan solo el *modus operandi*, sino en el para qué de la organización que fija los objetivos ilícitos del conjunto y, en consecuencia, su relevancia penal.

Lo único cierto es que las relaciones hacia afuera son observadas en diversas áreas, principalmente la mercantil, y ante las cuales el Derecho penal ha quedado estático a pesar de estar frente a supuestos de delincuencia organizada determinados por el art. 10 de la Convención de Palermo.

2. Correspondencia entre delincuencia organizada y grupos empresariales.

En definitiva, la delincuencia organizada unida a la criminalidad de empresa constituye uno de los grandes desafíos para la ciencia penal. Su capacidad expansiva y habilidad corruptora en los ámbitos económico, político, social e incluso religioso hacen de ésta criminalidad un verdadero reto en la creación de un modelo de imputación. La experiencia muestra que la delincuencia organizada se infiltra cada vez más en empresas legales con prestigio en el mercado cuyo propósito es reciclar sus beneficios, de forma que el “ciclo productivo” resulta fundamental en su desarrollo económico⁶³³. Esta relación no es del todo desconocida en Derecho comparado, por ejemplo, en Italia se habla de “empresa mafiosa” para denominar al fenómeno de inmersión del capital obtenido ilícitamente en el capital “sano” de empresas consolidadas; en España, se ha comprobado que detrás de la organización ETA existe un emporio económico y un entramado de corporaciones que de una u otra forma colaboran con los fines del terrorismo⁶³⁴; en México, los grupos de crimen organizado se relacionan con bancos, casas de cambio, de arte, minería, entre otras empresas legales. Este contexto sitúa una imagen de la criminalidad organizada que no solo actúa en la economía sumergida o informal como suele creerse, sino también en la economía legal y sólidamente implantada, aprovechando cualquier grieta del sistema jurídico así como las formas organizativas empresariales para actuar. En los últimos tiempos es cada vez más evidente el vínculo organizaciones ilícitas y personas jurídicas, pues ambas guardan una necesidad recíproca en el logro de los diferentes ciclos del delito: comisión, encubrimiento y financiación para su comisión⁶³⁵.

⁶³³ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 91.

⁶³⁴ *Ibidem*.

⁶³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 61.

En diversas ocasiones se puede ver que la de trata de personas, tráfico de órganos, de drogas, lavado de dinero, y demás delitos pertenecientes al crimen organizado, suelen realizarse por la colaboración de empresas lícitas (que incluso llegan a instrumentalizar a las personas naturales que la conforman, como es el caso de trata por explotación laboral), o bien, por el auxilio que prestan a grupos criminales organizados para su comisión, constituyéndose el ente colectivo como un elemento de importancia en el tráfico delictivo organizado, como lo hago notar en párrafos antecedentes. De esta manera, muchas conductas llevadas a cabo por la delincuencia organizada son realizadas a través de personas jurídicas que se erigen como cooperantes en el cumplimiento del fin delictivo, pasando a protagonizar una de las formas más representativas del delito.

Bajo este escenario, el tema de crimen organizado y empresa alcanza una especial relevancia en cuanto acontecimientos sociales y económicos, nacionales e internacionales, que si bien pone de manifiesto la comisión habitual del ilícito bajo el amparo de entes colectivos organizados, también deja entre ver su ausencia de reproche penal, estableciéndose como un factor criminógeno de importancia que impide una ofensiva eficaz contra su prevención⁶³⁶.

Si bien, tradicionalmente la delincuencia organizada se considera conformada por sujetos individuales, también es susceptible de integrarse por agentes colectivos en el marco de un grupo de personas donde existen relaciones complejas de división de trabajo, jerarquía y comunicación, vacío normativo que produce serios problemas al momento de individualizar responsabilidades, aún más cuando el hecho ilícito (delincuencia organizada) es cometido con la participación de ambos entes (colectivos e individuales).

Es importante destacar que cuanto mayor es el número de personas que componen la organización –así como sus distintas naturalezas- más impersonales y complejas se tornan las relaciones, haciéndose necesaria la división del trabajo, una reglamentación interna, delimitación de competencias, definición de roles y delegación de autoridad, todo ello generado a través de la comunicación. En esta medida, la empresa se hace independiente de sus integrantes y sus relaciones pasan a un segundo plano, quedando en un primer enfoque los vínculos formados entre personas jurídicas. En consecuencia, la característica

⁶³⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 29.

que condiciona la integración del grupo empresarial organizado y su independencia respecto a los miembros que la conforman, es precisamente el número de éstos⁶³⁷.

Y es que al momento que la organización empresarial se independiza de sus miembros, es decir, se despersonaliza y, a su vez, se institucionaliza, es cuando se puede hablar de verdaderas organizaciones complejas, donde la responsabilidad penal individual plantea inconvenientes para su determinación dada la consideración de una posible *criminalidad de grupo empresarial*.

Lo anterior fue advertido por BUNSTER, al estructurar la noción de la delincuencia organizada desde la perspectiva colectiva que conceptualizó como la “operación continua, a través de la reiteración de acciones delictivas de diversa índole, enderezadas a lucrar con la apertura, mantenimiento y explotación de mercado de bienes y servicios, efectuada por entes empresariales jerárquicamente estructurados, y como regla, dotados al efecto de recursos materiales y redes especialmente ilimitadas de operación”⁶³⁸. Desde esta perspectiva, la organización criminal deja de comprenderse como una ordenación formal de actividades, para ser considerada como un sistema relacionado a expectativas empresariales creado intencionalmente y, en algunos casos, de manera espontánea por la emulación que emerge de la interacción corporativa.

Esto da lugar a sostener que los grupos no constituyen una suma de sus miembros, sino un “*otro*” distinto con reglas y dinamismo propios. A partir de esta idea se desarrolla la discusión actual sobre la responsabilidad colectiva en/de los grupos organizados como empresas, sindicatos, partidos políticos, asociaciones y demás. En consecuencia, no se trata de una sola conducta ni la de varias personas, sino de la *interrelación* de innumerables conductas que forman un *insight* estructural donde el conocimiento consciente o inconsciente del grupo directivo adquiere, emplea y se proyecta por medio de la unión de estructuras que producen consecuencias lesivas a bienes jurídicos.

En tanto concepto abierto a consideraciones político-criminales, Naciones Unidas en 1975, analizó la correlación de la criminalidad económica en la materia, llegando a la

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 86.

⁶³⁸ BUNSTER, Álvaro, “La Delincuencia Organizada ante el Derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 87 (1996), pp. 757-769.

conclusión de establecer parámetros de prevención en la expansión criminal de entes colectivos. En el Congreso de Caracas de 1980, se planteó la necesidad de reprochar a las personas jurídicas reinterpretando el principio “*societas delinquere potest*”, surgiendo el imperativo de reconsiderar la construcción tradicional de culpabilidad marcadamente individualista⁶³⁹, ello porque –como lo señala ZÚÑIGA- las categorías dogmáticas no tienen un contenido material, ontológico, acabado, absoluto de “la naturaleza de las cosas”, sino que son construcciones sociales, útiles, necesarias para fines concretos de prevención de conductas disvaliosas. Sin embargo, dicha funcionalización de los conceptos no puede ser totalmente radical porque podemos llegar a una “flexibilización” de las categorías hasta el punto de encontrarse vacías de contenidos garantísticos y solo actúe el interés por la prevención de conductas. Ante tal situación, es necesario el equilibrio de las demandas político-criminales de prevención con las garantías que sirven como límites al *ius puniendi*. De acuerdo al actual sistema que impera en nuestros días, donde las categorías dogmáticas juegan un papel preponderante, la sola prevención de conductas no puede fundamentar la intervención penal, lo deben hacer criterios de merecimiento y necesidad de pena como expresión de los principios de legalidad, proporcionalidad y subsidiariedad⁶⁴⁰, así como la importancia del bien jurídico y el grado de afectación al mismo.

En este entendido, se puede considerar la existencia de organizaciones sin personalidad jurídica con fines ilícitos, por lo que su tratamiento es de asociación ilícita; la pervivencia de organizaciones legales instrumentalizadas por miembros o grupos criminales, por lo cual se responsabiliza de forma individual a las personas naturales que se sirven del agente colectivo; y, una tercera expectativa sería la vinculada a las organizaciones con personalidad jurídica y fines lícitos que participan de las actividades de grupos criminales en la obtención de un beneficio, o bien, conforman *per se* un conglomerado criminal. Pensemos en el caso de Caja Libertad Servicios Financieros, Casinos Big Bola, Grupo Gasolinero Mexicano y el equipo de futbol club “Gallos Blancos” de Querétaro. Los primeros tres entes se vinculan con la compra de combustible sustraído ilícitamente por grupos delictivos organizados y su venta en gasolineras legítimamente establecidas, ganancias ilícitas que blanqueaban a través de la caja de ahorros, casinos y el equipo de futbol de primera división.

⁶³⁹ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p.30.

⁶⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p.33-34.

La respuesta ofrecida por el ordenamiento positivo penal mexicano a esta clase de situaciones se centra en el art. 11 CPF (ver capítulo IV, apartado 3) que determina la responsabilidad de la persona física, aun cuando las propias entidades colectivas proporcionen los medios en la comisión del delito y resulte cometido a su nombre o bajo su amparo y en su beneficio. El precepto establece también la posibilidad de decretar en sentencia la suspensión o disolución de la agrupación, exclusivamente en casos especificados por la ley o cuando el juzgador lo estime necesario para la seguridad pública⁶⁴¹. Esto limita al tipo penal de delincuencia organizada, pues la legislación nacional no prevé ninguna situación específica –exigencia de la norma en comento– para realizar el reproche penal a las personas jurídicas, reconociendo de esta forma su incapacidad en la realización de acciones penales. Siendo ello así, los agentes colectivos no pueden ser sujetos al juicio de culpabilidad, dejando exclusivamente al arbitrio del juez el establecimiento de medidas sin previo juicio de reproche, lo cual se traduce en una prevención que deriva de la sanción impuesta a la persona física, situación que destaca –insisto– su carácter accesorio.

Así entendido, el CPF y el CNPP comportan una falta de correspondencia, pues el primero permite decretar el juicio de atribución de las personas jurídicas bajo arbitrio judicial, mientras que el segundo establece una responsabilidad penal accesorio del ente colectivo. No obstante, en ambos casos permanece el modelo de responsabilidad penal indirecta y dependiente del ente colectivo, en tanto se requiere del reproche previo de la persona física, persistiendo un sistema de responsabilidad accesorio; ello, sin mencionar la ausencia del sistema/catálogo de sanciones (administrativas y/o penales) para casos donde se decreta la presencia de responsabilidad penal de los entes colectivos.

En este sentido, continúan quedando impunes hechos penalmente relevantes realizados por entes colectivos cuando no se logre determinar la participación de la persona física; por lo tanto, no puede colmarse la exigencia de responsabilidad criminal directa e

⁶⁴¹ El art. 11 CPF dice: “Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública”.

independiente exigida por el art. 10 de la Convención de Palermo, donde las personas jurídicas son responsables del delito de delincuencia organizada, con independencia de la participación de personas naturales.

Resulta trascendente, cuando menos, analizar la idoneidad de la respuesta normativa y su interpretación dogmática, que se desarrolla en el espacio de la criminalidad organizada corporativa de acuerdo a las modernas demandas político-criminales de contención sobre su importante poder criminógeno, pues aunque el tráfico de drogas hoy es el sector más significativo, cada vez crecen más los tipos de “mercancías” ilícitas que pueden comercializar las mafias internacionales: armas, tecnología, órganos humanos, pornografía infantil, personas, y demás formas conectadas con la delincuencia organizada. Tema que también muestra insuficiencias en su sistema de imputación (individual), situación de la cual surge la necesidad de crear nuevos mecanismos de atribución que respondan a las características del crimen organizado empresarial, que regularmente aprovecha el carácter transnacional del libre mercado⁶⁴².

Al respecto, no se debe desatender en la responsabilidad penal de la organización la teoría del levantamiento del velo, posicionada como una de las doctrinas de mayor importancia en materia de imputación sobre la persona física, pues aquí no se trata de priorizar la responsabilidad penal de la persona jurídica y dejar en el tintero la correspondiente a las personas naturales, sino de evitar lagunas de punibilidad en el ámbito de la delincuencia organizada que a pesar de guardar una naturaleza de responsabilidad colectiva se continúa centrando en lo individual como principal componente de la materia.

En suma, cuando reflexionamos sobre crimen organizado debemos pensar no solo en el grupo formado por personas físicas, sino –también– en la agrupación integrada por personas colectivas, ahí donde el beneficio no se busca al interior del ente sino al exterior sea colaborando, auxiliando o liderando grupos criminales. Esta es la principal distinción entre los delitos empresariales ordinarios desarrollados *ad intra* y la delincuencia organizada corporativa.

⁶⁴² Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p.93.

En efecto, las uniones de empresas constituyen hoy en día una realidad en el actual sistema delictivo. Ante ello, el concepto de delincuencia organizada no puede quedar estático, pues los conglomerados corporativos integrados por diversos sujetos colectivos, formalmente independientes y revestidos de personalidad jurídica propia y diferenciada los cuales actúan bajo una dirección económica común, originan una separación entre la realidad material y las formas jurídicas que diluyen la responsabilidad del grupo o de alguno de sus miembros, evitando el reproche penal que les corresponde como un todo que son. Precisamente, es la pluralidad y el *principio de unidad empresarial* lo que, a mi juicio, fundamenta el concepto de delincuencia organizada de empresa, presupuestos necesarios contruidos a partir de una visión compartida que guarda correspondencia con el conjunto (estructura recíproca), y que resultan indispensables para la imputación.

En este contexto, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Ontario emitida contra Agentes de seguridad pertenecientes a la empresa Integración Total, S.A. por la comisión de violaciones y homicidio contra pobladores de las comunidades Q'eqchis en la región de Guatemala, sociedad que se encontraba bajo control y dirección de la compañía minera canadiense Skye Resources, quien buscaba el desalojo forzoso con el fin de despejar la tierra de las comunidades indígenas para llevar a cabo el Proyecto Fénix. En 2008, HudBay Minerals adquirió y se fusionó con Skye Resources (renombrada como HMI Nickel). La sentencia del Tribunal de Ontario responsabiliza penalmente de los hechos a ambas compañías (Skye Resources y HudBay Minerals) por negligencia en el control y supervisión de la sociedad subcontratada de seguridad (Integración Total S.A.), al tener conocimiento de que esta última se conformaba por ex-miembros de la guerrilla guatemalteca, además de carecer de autorización para operar, aceptando el riesgo en la comisión de delitos mediante la autorización de desalojos forzosos sin la adopción de medidas razonables en el control de la violencia contra la comunidad⁶⁴³.

El fallo del citado tribunal reconoció personalidades jurídicas distintas entre las personas físicas y jurídicas. Ya desde la sentencia *Salomon vs. Salomon & Co.*, la doctrina jurisprudencial canadiense discrepa del modelo vicarial de responsabilidad y, consecuentemente, muestra su acuerdo sobre el esquema de atribución penal propia o

⁶⁴³ Cfr. Sentencia 1414/2013 del Tribunal de Ontario. Disponible en <http://www.chocversushudbay.com/wp-content/uploads/2010/10/Judgment-July-22-2013-Hudbays-motion-to-strike.pdf>.

individual, pues considera que las corporaciones son entidades jurídicas distintas a sus accionistas, además de que una corporación matriz es una entidad legal diversa de una subsidiaria⁶⁴⁴.

No hay duda que, a efectos de responsabilidad, diversas sentencias y ordenamientos normativos en materia comparada, individualizan a los corporativos y sus agentes cuando conforman un grupo, también es claro que sancionan penalmente a la persona jurídica que formal y materialmente realiza un delito. Sin embargo, se continúa evitando la delincuencia coligada a supuestos donde las uniones corporativas operan a través de sociedades, en el caso del Tribunal de Ontario, controlantes y controladas (interpuestas, filiales o afiliadas, subsidiarias y relacionadas), dado que su complejidad representa uno de los principales inconvenientes en materia de imputación, sobre todo cuando las empresas se amparan bajo la forma de *outsourcing* o subcontratación. Esta cuestión puede ser resuelta bajo las reglas establecidas para el *autor de atrás*, cuyo objeto es reprochar al organizador criminal que aprovecha la estructura tanto de la empresa como de la organización delictiva con el propósito de que sus decisiones desencadenen comportamientos criminales de los subcontratados, quienes mantienen una disposición originaria a cumplir mandatos, razón por la cual la empresa controladora debe responder como autor mediato del delito ejecutado por la subcontratada. En estos supuestos se habla del dominio de voluntades propuesto por Roxin⁶⁴⁵, debido a la particularidad de que el ejecutor obra sin coacción ni bajo error, formas clásicas de la autoría mediata.

Derivado del surgimiento de los complejos empresariales, el Derecho acepta la responsabilidad administrativa, financiera y fiscal de las uniones corporativas, argumentando que los sujetos colectivos utilizan la asociación para diluir la responsabilidad de algún(os) miembro(s) o del grupo⁶⁴⁶. Esto se vincula al abuso del derecho de asociación instrumentado por las distintas sociedades donde resulta ilícito su propósito, aspectos que constituyen una de las bases sobre la responsabilidad penal del

⁶⁴⁴ Ver Sentencia del Tribunal de Apelaciones (STA), caso *Gregorio v. Intrans-Corp.* (1994), 18 OR (3d) 527 (CA); Sentencia 1414/ONSC/2013 Tribunal Superior de justicia de Ontario. Disponible en <http://www.chocversushudbay.com/wp-content/uploads/2010/10/Judgment-July-22-2013-Hudbays-motion-to-strike.pdf>.

⁶⁴⁵ ROXIN, Claus, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *RP*, n° 18, (2006), p. 242 y ss.

⁶⁴⁶ Ver STSJ (Venezuela) n° 558/2001. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/1275/127521062006.pdf>.

grupo empresarial desde la esfera del crimen organizado y no únicamente de la persona jurídica considerada unilateralmente y formalmente obligada⁶⁴⁷.

Con ello, se trata de evitar que los entes colectivos, agrupados con personalidades jurídicas distintas, con unidad de dirección y que, para su beneficio, utilizan diversas personas físicas o jurídicas en la comisión de ilícitos penales, evadan su responsabilidad conjunta por organización criminal. En este sentido, se debe reconocer el *principio de unidad o indivisibilidad de la imputación*, de acuerdo al cual todos los partícipes deben ser sancionados bajo la misma figura⁶⁴⁸, pues se trata de un hecho que no puede ser considerado aisladamente, esto es, normativamente distinto para cada agente, toda vez que intervienen conjuntamente. En este entendido, hay que tener presente que, en la delegación de competencias, las alianzas corporativas operan en un plano de igualdad, pues, como destaca BOLEA, ahí se “establecen relaciones no jerárquicas entre varias [empresas]. Al respecto, se reconoce una posición de garantía compartida [entre ellas] en plano de igualdad (división de competencias en un plano horizontal)”⁶⁴⁹. Esto lo fortalece SCHWEITZER, quien argumenta que en sentencia condenatoria, cuando intervienen varias personas (físicas o jurídicas) en su ejecución, no puede ni debe resultar una calificación jurídica diferente para cada uno de los partícipes⁶⁵⁰, debido a que lo sancionable es la conformación del conglomerado en sí mismo con actitud criminal.

En este sentido, se hace patente el *deber de solidaridad en la responsabilidad*, porque al mostrarse de acuerdo la existencia del grupo y aceptar su unidad los agentes asumen una responsabilidad indivisible, correspondiendo su reproche sobre un todo (organización),

⁶⁴⁷ *Ibidem*.

⁶⁴⁸ Ver GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco, “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”, *Revista de Ciencias Penales*, n° 1, T. XXXIV, Santiago, (1975), pp. 3-47; GAETE ROJAS, Sergio, *La comunicabilidad en torno a los elementos del delito*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963, pp. 25 y ss; ROMÁN VIDAL, Sergio *Comunicabilidad de los requisitos personales integrantes de una figura de delito y parricidio*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, p. 73. En palabras de GRISOLÍA: “lo que es realmente unitario y por lo tanto no se escinde jamás es el hecho cometido o ejecutado que, atendidas las circunstancias especiales concurrentes, recibirá una diversidad de calificación jurídica” en BALMACEDA HOYOS, Gustavo, “Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 19, n° 2, Santiago, (2012), pp. 45-81. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532012000200003&script=sci_arttext#n76.

⁶⁴⁹ BOLEA BARDÓN, Carolina, “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, *Criminet*, n° 17-17 (2015), p. 20.

⁶⁵⁰ BALMACEDA HOYOS, Gustavo, “Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 19, n° 2, Santiago, (2012), pp. 45-81.

ya que lo injusto en la materia se logra por los especiales vínculos de comunicación a través de los cuales se concilia de forma unitaria la consumación del delito, valorándose el resultado como inseparable. En consecuencia, al existir una obligación inherente cada miembro del grupo contrae una obligación por la totalidad.

Dado que la delincuencia organizada se fundamenta en el *principio de especificidad*, ésta debe cumplir con características particulares: número de personas, permanencia y jerarquía como condiciones indispensables para ser considerada como tal. Ante ello, es dable mencionar algunos criterios para determinar la presencia de un grupo organizado de empresas:

1. Comunicación del interés determinante. Sugiere que los vínculos, conexiones y relaciones mutuas que concurren entre las personas jurídicas originan una unidad subjetiva de la que se infiere el interés común, unitario, indiviso y, por lo tanto, solidario.

Este razonamiento resulta necesario a efectos de reprochar a las empresas bajo la figura de la *responsabilidad impropia*⁶⁵¹, o bien, por *imputación recíproca*, ahí donde las diversas personas contribuyen equivalentemente a la producción del daño, cuyo límite se encuentra en el carácter unitario de las empresas, de tal suerte que una relación sin intereses categóricos no podría calificarse de organización criminal, sino de asociación, banda o cuadrilla, donde el interés no se encuentra definido.

2. Criterio del control. Determina el grado específico de participación de una sociedad sobre otra. Resulta de especial interés para el crimen organizado de empresa ya que la participación de sus órganos se genera en mérito a especiales vínculos que se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades, así sucede con el *trust vertical*, *outsourcing* y *holding*. Luego, si se constata la existencia de sociedades controlantes y controladas, por un lado, se puede

⁶⁵¹ GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños”, (tesis doctoral inédita), Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, Barcelona, (2005), p. 36-37. Disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7286/tcgl1de1.pdf;jsessionid=2ABB23D9B42500C1490C4922E21157B4.tdx2?sequence=1>.

determinar el grado de intervención delictiva en los delitos principales y, por el otro, se logra el reproche penal a la empresa controlante que comúnmente queda impune, estas son dos exigencias de la Convención de Palermo.

3. Criterio de unidad económica. Se enfoca desde la unidad patrimonial o de negocios. Se presume cuando existe identidad entre accionistas o propietarios que ejercen la administración o dirección de al menos dos empresas; o bien, cuando un conjunto de compañías en comunidad realizan negocios conexos que constituyan la fuente principal de sus ingresos (como el *trust horizontal*, *cártel* y *consorcio*). De esta manera, se toma en cuenta al bloque patrimonial como un todo económico para reconocer la existencia del grupo⁶⁵².
4. Criterio de la influencia significativa. Consiste en la capacidad de una empresa inversora para afectar las políticas operacionales y financieras de otra de la que posee acciones o derecho a voto⁶⁵³; parámetro que puede representar la comisión de delitos asociados al crimen organizado, pues su influencia nos sitúa en el supuesto de dirigir las acciones empresariales del grupo que, incluso, pueden ser criminales. Esta medida se encuentra íntimamente relacionada con el criterio del control externo (*compliance* hacia afuera).

Además de los criterios que determinan el soporte de un grupo organizado corporativo, también se debe contar con ciertas características en su conformación. Al respecto, considero las siguientes:

1. Debe tratarse de un conjunto de personas jurídicas que obran concertada y reiterativamente en sentido horizontal (actividades idénticas o similares) o vertical (cadena productiva) proyectando sus actividades hacia afuera, esto es, frente a terceros con los cuales contraten o entren en contacto.
2. Existencia de un actuar concertado a través de la necesaria presencia de una o varias personas naturales y/o jurídicas que se constituyen como controlantes y que,

⁶⁵² Cfr. STSJ (Venezuela) n° 558/2001.

⁶⁵³ *Ibidem*.

efectivamente, ejerzan el dominio sobre otros entes colectivos imponiéndoles ciertas directrices.

Ese control puede ser directo o indirecto. Es directo cuando se evidencia una objetiva gerencia común e indirecta cuando se practica mediante personas interpuestas. Este último supuesto, en ocasiones, se ejerce utilizando sociedades cuyo único fin es convertirse en propietarias de otras corporaciones quienes, a su vez, son dueñas o accionistas de otra u otras, que en realidad son las operativas. Estas cadenas de compañías o sociedades son llamadas instrumentalidades, por ser las que reciben las directrices del controlante.

La importancia en la identificación de sociedades controlantes y controladas radica en que en muchas ocasiones las primeras se ocultan en las segundas a efectos de evitar su imputación, motivo por el cual señalo como determinante el *criterio del control*.

Estos parámetros son meramente enumerativos, pues no impiden que se impute el control efectivo a otras personas a través de criterios distintos, tal y como sucede en materia bancaria o de seguros donde las autoridades judiciales o administrativas se encuentran facultadas para aplicar parámetros no previstos en ley, pero que permiten reconocer la existencia del grupo y sus miembros e identificar a los controlantes. Esto es así, ya que a veces la dirección dimana de sociedades con poco capital o de varias sociedades que en un mismo plano diseñan las políticas de otras personas jurídicas o naturales aparentemente insolventes, pero que tienen sus bienes en los corporativos que utilizan en sus negocios grupales. La identificación del controlante resulta trascendente, dado que la persona física o jurídica que ocupa esa posición, a efectos de individualización de la pena por delitos cometidos en el ámbito de la delincuencia organizada, adquieren una mayor responsabilidad derivada de los actos del grupo.

Sin embargo, existen parámetros que determinan la existencia del controlante, sin necesidad de identificarlo. En Derecho comparado algunos ordenamientos

jurídicos⁶⁵⁴ prevén criterios que permiten inferir la existencia de un grupo de empresas sin necesidad de determinar al controlante. Así, por ejemplo, se presume la existencia de un grupo cuando varias personas jurídicas utilizan una misma denominación social a la que añaden o suprimen una palabra que formalmente la distingue como otra persona jurídica, o bien, cuando existe una situación de dominio accionario de una sociedad sobre otra y los órganos de dirección de cada una de ellas estuvieren conformados, en una proporción significativa, por las mismas personas⁶⁵⁵.

3. Los miembros del conjunto no requieren tener el mismo objeto social. Regularmente el objeto social de cada elemento del grupo es distinto, puesto que las empresas que van naciendo acometen en diferentes áreas del negocio principal.

En este sentido, las sociedades subsidiarias, filiales o afiliadas y las relacionadas o vinculadas (controladas), estén o no domiciliadas en el mismo país, cuentan con un objeto y actividad a realizar para los controlantes, que no siempre es conexas con la actividad principal que ejecuta, reconociendo entonces que el grupo puede extenderse al punto que las empresas terminales acaban siendo derivaciones con objetos o actividades que, en principio, no se vinculan con las desarrolladas por su controlante, dando lugar a las llamadas empresas pantalla o de simulación que sirven, por ejemplo, para reinvertir ganancias ilícitas, eludir obligaciones (positivas o negativas), defraudar al fisco y demás.

4. La unidad de dirección, gestión o gerencia común donde los controlados siguen las directrices impuestas por los controlantes. En este sentido, la noción de grupo se extiende a las personas en las que se poseen intereses económicos o una dirección en la administración; empresas que pasarán a formar parte del grupo del controlante.

Por lo tanto, una persona (jurídica o natural) que dirige un grupo, no puede ser miembro de otro. Esto no funciona idénticamente con los administradores instrumentales, ya que ellos pueden dirigir –aparentemente– diversas empresas,

⁶⁵⁴ Ver art. 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (Venezuela).

⁶⁵⁵ Ver STSJ (Venezuela) n° 558/2001.

incluso de distintos grupos, recibiendo de los diferentes controlantes órdenes e instrucciones en cuanto a sus funciones específicas, incluyendo las ilícitas.

El grupo es una unidad que actúa de forma abierta o subrepticia y, como tal, alguno o algunos de sus miembros pueden estar domiciliados en países extranjeros. A efectos de evitar impunidad de alguno de los integrantes del conjunto, por cuestiones de forma, deben seguirse los parámetros establecidos en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados⁶⁵⁶ que reconoce como fundamental en el concepto de grupo así como el control que la sociedad extranjera ejerce sobre otra u otras, vinculando las secciones controladas a la nacionalidad de los controlantes. Su importancia radica en el cumplimiento a la exigencia derivada del art. 3 de la Convención de Palermo, en dos aspectos fundamentales: primero, en el carácter transnacional que los grupos de empresas como instituciones legales pueden asumir y, segundo, para impedir la existencia de personas jurídicas con apariencia de nacionales, que generan inconvenientes al momento de reprochar por delincuencia organizada, dada la heterogeneidad que la materia guarda en los diversos países.

5. Al igual que en las personas naturales, la permanencia es un elemento imprescindible en la esfera del crimen organizado, ya no en el logro de un negocio determinado, sino para actuar dentro de una o varias actividades económicas constantemente, es decir, no se considera el vínculo ocasional que opera con asociaciones en cuentas de participación, consorcios para la construcción, manejo de una obra determinada o para la explotación de un negocio concreto, sino el vínculo permanente inter-empresarial o intra-grupo.

Al respecto, debe reconocerse el necesario desarrollo del concepto jurídico de grupo, en virtud de las diversas personalidades jurídicas que las empresas actuantes poseen y a través de las cuales permanece su protección, resultando evidente la existencia de una

⁶⁵⁶ Ver art. 25.2 inciso b) del Convenio. En el mismo sentido ver punto 30 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

limitada responsabilidad penal a las mismas en el campo de la delincuencia organizada, asociación de tipo mafioso o conspiración.

Ante ello, algunos Estados optan por acogerse a instrumentos internacionales⁶⁵⁷ (bilaterales o multilaterales) en razón del allanamiento a la personalidad jurídica de las empresas, con el objeto de encarar responsabilidades mercantiles, tributarias, societarias, laborales e incluso penales. Sin embargo, este último aspecto, objeto de nuestro análisis, no se contempla cuando se trata de un grupo de sujetos colectivos, excluyendo por sistema la delincuencia organizada empresarial, exigencia del art. 10 de la Convención de Palermo. Frente a ello, se esbozan parámetros que generan elementos indispensables para lograr un acercamiento al concepto de crimen organizado incluyente de las personas jurídicas, con el objeto de colmar los requerimientos pretendidos por los instrumentos internacionales: conseguir la responsabilidad penal de sujetos colectivos por agrupación criminal debido a la intercomunicación desviada o lesiva, incompatible con las condiciones mínimas de estabilidad o desarrollo ordenado, entre ellos o entre organizaciones criminales y corporaciones, toda vez que poseen características similares, esto es, organización funcional, jerarquías, división de trabajo, profesionalización de sus miembros, como señala ZÚÑIGA⁶⁵⁸.

Estos criterios consideran como una realidad el hecho de que los entes colectivos son susceptibles de formar un grupo organizado para concretar actos ilícitos, dadas las características que guardan. Siendo ello así, como es sabido, no sólo las personas físicas están sujetas al reproche penal en la materia, también las personas jurídicas pueden ser señaladas conforme a los supuestos citados en los párrafos anteriores, sea como controlantes o como controladas, por citar alguna de las formas que adquieren.

En este sentido, no solo los accesos/comunicación se abren para los ciudadanos, también para la delincuencia que aprovecha el libre comercio internacional para moverse sin restricciones, especialmente representado en la criminalidad organizada quien cuenta con estructura de una sociedad comercial, utilizando las posibilidades que le otorgan las redes del libre comercio internacional y los adelantos tecnológicos para mover capitales,

⁶⁵⁷ Ver Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del Banco Mundial.

⁶⁵⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 92.

beneficios, mercancías ilícitas, personas, órganos, armas, etc. Los agentes corporativos vinculados al fenómeno se benefician de las lagunas de punibilidad existentes⁶⁵⁹, lo cual provoca en este trabajo el diseño aproximado de un injusto penal y su sistema de imputación, que sin renegar de los derechos fundamentales puede ser eficaz en la función social del instrumento penal, es decir, como contenedor de riesgos que irremediablemente deben coordinarse con políticas integrales. Esto lo trataré en los próximos párrafos.

3. Comunicación y vínculos *ad extra*. Fundamento del injusto del crimen organizado corporativo.

De acuerdo al injusto penal de delincuencia organizada, desarrollado en apartados antecedentes, es necesario considerar los vínculos exteriores que forma el conglomerado; para ello, con independencia de lo ofrecido por la dogmática, se debe contemplar la reacción penal asociada al crimen organizado en la esfera de las personas jurídicas, pues a través de ellas se generalizan mayores riesgos en la comisión de delitos, fisura que facilita una mayor impunidad dado su carácter estructural y vacío normativo existente en la actualidad.

Históricamente se ha puesto de manifiesto la peligrosidad que supone una agrupación de personas, dada la comunicación recíproca de actos y objetivos que facilita la lesión a terceros. Por ello, insisto que el tema crimen organizado no debe reducirse al ámbito de las personas físicas, por el contrario, debe ser aplicado a cualquier situación donde un ente individual o colectivo adopte, en acuerdo con otras personas u organizaciones, la comisión de un delito, pues, cada una de las partes guarda una relación de colaboración restringida a la acumulación de rutinas, recursos (materiales, financieros y humanos) y conocimientos que generan sendas de dependencia (*path dependence*) que condicionan el comportamiento de los distintos actores⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p.94.

⁶⁶⁰ Cfr. NOOTEBOOM, Bart, "Innovation, learning and industrial organization", *Cambridge Journal of Economics*, n° 23 (1999), pp. 127-150. También ver GARCÍA GARNICA, Alejandro/LARA RIVERO, Arturo/TABOADA IBARRA, Euinice, "La coordinación "híbrida" desde las perspectivas de Williamson y de Nootboom", *Análisis Económico*, n° 40, vol. XIX (2004), p. 112. Disponible en <http://www.alejandrogg.com.mx/revistas/art-coordinacionhibrida.pdf>.

Partiendo del hecho de que las uniones corporativas se caracterizan por ser abiertas, éstas muestran una marcada heterogeneidad en términos de su composición (actividades y grados de diversificación), así como en los tipos de mercados (lícitos e ilícitos). En otras palabras, las redes económicas tienen un alto impacto sobre la actividad real, no sólo por la dimensión del portafolio de empresas que se unen, sino porque son generadores activos de riesgos delictivos, especialmente del crimen organizado⁶⁶¹. De ese modo, no sólo llegan a lesionar bienes jurídicos vinculados a personas físicas, también convierten a otras personas jurídicas en víctimas, las cuales se enfrentan como competidores, causando una perturbación económica y de mercado.

En este contexto, la visión de conjunto no permite que el reproche penal de la persona jurídica quede estático a la perspectiva individual, por el contrario, debe desplazarse en torno a la unión corporativa quien desarrolla una amplia gama de actividades, las cuales en muchos casos –incluso- tienen funciones en campos no conectados con sus actividades de producción (por ejemplo, servicios de comunicaciones y de banca; farmacéutica, construcciones y comercio). En este supuesto, la existencia de las uniones empresariales, como forma de organización, se perfila no sólo a las áreas comunes como las finanzas, aspectos de organización y recursos humanos, sino a la búsqueda de nuevos negocios que abren sus posibilidades de actuación ilícita, tal es el caso de la gestión de empresas de transporte para el tráfico ilícito de drogas o las inversiones inmobiliarias para el blanqueo de dinero. Ya aludí a *HSBC Holdings* como caso representativo (ver capítulo V, apartado 1.2.3).

En este sentido, los conglomerados corporativos se perfilan como auténticos dominadores del mercado ilegal pues, dada la ausente regulación en la materia, se encuentran poco expuestos a la normativa externa. La conformación del entramado de actividades ilícitas desarrolladas en el seno del grupo y su inserción en el mercado lícito hacen que el Derecho penal, especialmente desde la óptica de la delincuencia organizada, dirija su mirada alrededor de las uniones corporativas, pues se ha generalizado la idea de revitalizar sus procesos de crecimiento (económico) o su mantenimiento en el mercado a través del

⁶⁶¹ Cfr. BISANG, Roberto, “La estructura y dinámica de los conglomerados económicos en Argentina”, en PERES NUÑEZ, Wilson (coord.), *Grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos. Expansión y desafíos en la era de la apertura y la globalización*, Ed. Siglo XXI, México, 1998, p. 101

crimen. En otras palabras, se trata de un proceso pro-cíclico y complementario a la actividad interna de las unidades económicas⁶⁶².

Entiendo que, hasta ahora, el desarrollo de la ciencia penal en el marco de la persona jurídica trata su reproche desde la orientación de vínculos formados *intra*-empresa, esto es, desde su carácter interno e individual, como unidad económica; escenario que significa un indudable éxito en el progreso de la materia criminal. Pese a ello, la perspectiva hasta ahora conocida restringe el alcance del Derecho penal al escenario de las relaciones introspectivas. Ello, hace obligatorio a continuar el análisis de los agentes colectivos desde la perspectiva extrínseca de las relaciones, con frecuencia utilizadas por las personas jurídicas en la formación de grupos/conglomerados económicos que se destacan, además de del desarrollo económico y de mercado, por la comisión de delitos en que habitualmente se ven inmersos. En este sentido, una vez determinada por la doctrina la responsabilidad penal de los entes colectivos, es indispensable el desarrollo específico de los vínculos *extra*-empresariales por la importancia que el tema representa en términos del desafío que la disciplina penal tiene por delante.

Es indudable que los cambios en el escenario económico internacional dan lugar a nuevas formas de organización empresarial. Así, la globalización de los mercados desencadena una competencia que, a su vez, incita a la búsqueda de nuevas estrategias en los procesos no solo productivos y de mercado, sino de negocios. Una de las condiciones encontradas es la descentralización de los procesos mediante el fomento de las relaciones de cooperación entre empresas, manifestada en forma de agrupaciones corporativas o de encadenamientos empresariales⁶⁶³. Ambos casos se presentan como estrategias privilegiadas que hacen frente a las nuevas características de la economía global, al mismo tiempo que se muestran como uno de los principales retos para la ciencia penal. Y es que la actual organización de las personas jurídicas se sustenta en relaciones de cooperación (inter-empresas) fijadas en vínculos de confianza, valores compartidos y objetivos comunes que crean una dependencia institucional, evidenciando la importancia de regular a partir de los lazos externos construidos.

⁶⁶² BISANG, Roberto, “La estructura y dinámica de los conglomerados...”, op. cit., p. 111.

⁶⁶³ Cfr. BUENO, Carmen/SARAVÍ, Gonzalo, “Relaciones de cooperación inter-empresariales. Lecciones de la experiencia mexicana”, *Revista Nueva Sociedad*, n° 151 (1997), pp. 102-121. Disponible en http://www.nuso.org/upload/articulos/2627_1.pdf.

Este contexto da lugar a un redescubrimiento del crimen organizado en el marco de las personas jurídicas, pues su potencialidad de adecuación a nuevos escenarios de desarrollo y la disposición de diversas formas de negocios, benefician no sólo el desarrollo de mercado también la actividad criminal, convirtiéndose la cooperación inter-empresarial en un sector altamente riesgoso en la generación de delitos.

La coincidencia los fenómenos personas jurídicas y delincuencia organizada no es meramente casual. Las primeras, por sí mismas, presentan una serie de condiciones que les permite ser parte de un exclusivo modelo criminal. Ahora bien, el establecimiento de vínculos de participación entre sujetos colectivos de igual o distinta dimensión, pese a sus diferencias y características propias, representan un componente común que adquiere una centralidad determinante en el desarrollo del crimen organizado.

Siendo ello así, la *cooperación inter-empresa* se sustenta en el vínculo de colaboración que establecen las unidades económicas con el fin de alcanzar un objetivo o expectativa común. Esta relación normalmente se involucra más allá del intercambio de satisfactores disponibles en el mercado, esto es, las partes aceptan obligaciones y ofrecen garantías de manera voluntaria respecto a su conducta presente y futura⁶⁶⁴. De esta forma, los tipos de acuerdos (*joint ventures*, franquicias o subcontratación) hacen posible que la persona jurídica acceda a conocimientos científicos y tecnológicos que no pueden ser manejados dentro de una unidad caracterizada por un conocimiento y capacidades específicas⁶⁶⁵, lo cual contribuye a la alianza de capacidades y aprendizaje del conocimiento tácito y codificado de los otros entes colectivos⁶⁶⁶, de manera que el continuo paso a la cooperación genera lazos de conexión y voluntad conjunta que las uniones empresariales desarrollan de manera plena y formal, colaboración (positiva o negativa) que repercute en la actitud del conglomerado.

⁶⁶⁴ Cfr. GARCÍA GARNICA, Alejandro/LARA RIVERO, Arturo/TABOADA IBARRA, Eunice, “La coordinación “híbrida”...”, op. cit., p. 104.

⁶⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶⁶ Cfr. CUSUMANO, Lucia, “Technology policy and cooperative R&D: the role of relational research capacity”, *Danish Research Unit for Industrial Dynamics*, n° 3 (2000), p. 7. Disponible en <http://www3.druid.dk/wp/20000003.pdf>.

En efecto, la alianza corporativa surge por el interés mutuo que las partes tienen en el establecimiento de una relación⁶⁶⁷ que, desde el punto de vista de la política-criminal expansionista, aumenta el oportunismo en las transacciones entendidas como “la búsqueda del interés propio con engaño”⁶⁶⁸, lo cual amplía el espectro en la comisión delictiva. Y dado que el comportamiento oportunista se refiere a la revelación incompleta o distorsionada de la información, especialmente a los esfuerzos premeditados para equivocar, distorsionar, ocultar, ofuscar o confundir, WILLIAMSON deja claro que los agentes humanos no cumplirán confiablemente sus promesas y quebrantarán “letra y espíritu” de un acuerdo, cuando así convenga a sus intereses o a los del ente colectivo⁶⁶⁹. Este supuesto es destacable ya que permite distinguir y considerar el acto ilícito *ex ante* y *ex post*, además de identificar la actitud ilícita de una persona jurídica o del grupo económico dada la simetría o asimetría de la comunicación e información existente entre ellas. De esta manera, la dependencia puede sugerir una mutua actitud oportunista o ilícita empresarial, sobre todo porque la relación contractual inter-empresarial, si bien preserva la autonomía de las partes, es coordinada por un ente central o entidad dominante (autor de atrás) que determina los objetivos comunes y, por lo tanto, la actitud negativa o desviada del conglomerado.

Tradicionalmente se ha considerado a la unión de agentes colectivos como un conjunto de empresas de naturaleza y especialidades diversas cuya autonomía normativa se mantiene al interior del grupo; ello es así, porque las perspectivas de mercado y jurídicas son distintas, pues, mientras que en el ámbito económico o de productividad la estructura contractual entre personas jurídicas atenúa riesgos (de mercado), desde el enfoque jurídico-penal se incrementan, dado que la participación de numerosas personas jurídicas circunscribe un sistema que facilita la comisión de delitos y dificulta su punición. Luego, al encontrarse su actuar sujeto a una política común (de grupo), se conforma una tercera entidad que debería conservar en su interior una dependencia normativa, pues sólo a través de ella se puede mantener el equilibrio en el abuso estratégico y/o en los riesgos asociados a las deficiencias de las corporaciones.

⁶⁶⁷ Cfr. WILLIAMSON, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, Ed. Collier Macmillan Publishers, New York, 1985, p. 255.

⁶⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 65.

⁶⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 388.

Bajo este escenario, dado que el nuevo institucionalismo económico sustenta la dependencia o coordinación inter-firmas en un contexto simétrico de conocimientos, presencia de un lenguaje común y homogeneidad de experiencias entre las partes, se genera certeza y conocimiento del acto. Siendo ello así, la capacidad adaptativa de las empresas es consciente. En opinión de NOOTEBOOM, “es la confianza la que rige las relaciones de cooperación entre empresas en la medida que los individuos que representan a las firmas “A” y “B” reducen su brecha cognitiva, las partes logran comunicarse e integran a su saber rutinas y hábitos”⁶⁷⁰, generando una cultura empresarial que en no pocos casos es criminal.

De este modo, los procesos de aprendizaje, conseguidos a través de la comunicación, condicionan las relaciones de cooperación entre los actores sociales, esto es, los vínculos de colaboración entre empresas tienen éxito en la medida que confluyen sus formas de percibir la cultura empresarial (*dimensión cognitiva de la empresa*)⁶⁷¹. Y es que las uniones empresariales utilizan el intercambio de información y conocimientos para coordinar sus perspectivas y manifestar un acuerdo común –lícito o ilícito-; así, cuando dos o más corporaciones se favorecen o cooperan en la comisión delictiva resulta indispensable la correspondencia en la comunicación, pues sustenta el proceso de integración cognitiva de las personas jurídicas realizado a través del establecimiento de prácticas sociales y administrativas, o bien, mediante el uso de símbolos, protocolos y procesos que constituyen la identidad e integración del grupo. En este contexto, si la función del crimen organizado permanece en la producción de decisiones colectivamente indebidas, la disposición del riesgo o lesión se vincula a la intercomunicación que genera vínculos de colaboración inter-empresas que alinean las percepciones, entendimientos y objetivos⁶⁷² ilícitos del conglomerado. Lo cierto es que el proceso cognitivo ilícito se asocia a la dependencia e idiosincrasia de las personas jurídicas, el cual –a diferencia de lo establecido por las doctrinas mercantiles- nunca es contingente, sino manifiesto, es decir, los saberes ilícitos se homogenizan entre las distintas corporaciones en la medida que comparten una cultura injusta creada a través de la comunicación lesiva o desviada del derecho.

⁶⁷⁰ NOOTEBOOM, Bart, “Innovation, learning...” op. cit., p. 111.

⁶⁷¹ *Ibidem*.

⁶⁷² NOOTEBOOM, Bart, “Innovation, learning...” op. cit., p. 113.

Los vínculos externos ilícitos de las personas jurídicas se crean y difunden por la certidumbre de los vacíos normativo-penales, de manera que ven en ellos la existencia de oportunidades para la comisión de delitos. Ante tal situación, y para facilitar el alcance de objetivos criminales, las empresas buscan el apoyo en otros individuos u organizaciones con el propósito de complementar sus conocimientos (productivo, tecnológico u organizacional) que contribuyen a que las empresas e integrantes se anticipen y adapten a las variaciones del ambiente normativo, creando así una *consciencia situacional* (*situational awareness*⁶⁷³) en el/del ente colectivo, ahí donde la empresa sabe lo que ocurre y, en consecuencia, dispone sus decisiones ilícitas. Siendo ello así, no se trata de un comportamiento concreto, sino del resultado de una actitud empresarial que se refleja en sus conductas ulteriores.

Bajo este escenario, desde la perspectiva del emprendimiento de acciones ilícitas, la confianza juega un papel fundamental, pues cuando se trata del intercambio de valores y normas *ex ante* los acuerdos entre empresas se pueden construir sobre-expectativas de daño intencional, o al menos, siempre existe el incentivo potencial para hacerlo, en tanto en cuanto las unidades corporativas representan intereses por sí mismas, sea como conglomerado o en su forma individual. Este enfoque, a diferencia del tradicional *compliance*, supone condicionar la confianza entre los miembros colectivos del grupo empresarial a un comportamiento ético en la construcción de rutinas, ya que los vínculos se dan al exterior del corporativo, es decir, entre las distintas firmas⁶⁷⁴. Esto es así, porque el riesgo en la comisión delictiva se incrementa a medida que la distancia cognitiva entre las empresas se minimiza. De este modo, la retroalimentación de conocimientos ilícitos representa el sentido de solidaridad de las comunidades delictivas organizadas. A pesar de ello, actualmente, las normas jurídico-penales limitan su anticipación al comportamiento interno de la empresa, no obstante el reconocimiento inter-empresarial de normas y valores que determinan los hábitos y comportamiento de los entes colectivos. Siendo ello así, sus esquemas de sanción se internalizan apartando la colaboración externa inter-empresa, umbral cierto del crimen organizado.

⁶⁷³ Para un mayor análisis sobre la consciencia situacional ver ENDSLEY, Mica, "Theoretical underpinnings of situation awareness: A critical review", en ENDSLEY, Mica/GARLAND, Daniel, *Situation Awareness Analysis And Measurement*, Ed. Lawrence Erlbaum Associates, New Jersey, 2000, p. 131 y ss; SARTER, Nadine/WOODS, David, *How in the world did I ever get into that mode: Mode error and awareness in supervisory control*, Ed. Human Factors and Ergonomics Society, (1995), p. 5-19.

⁶⁷⁴ Cfr. NOOTEBOOM, Bart, "Innovation, learning..." op. cit., p. 113.

Con todo, desde el punto de vista de NOOTEBOOM, este concepto es limitado si no se incluyen el lenguaje y el conjunto de percepciones e interpretaciones que los individuos tienen de la situación. En este contexto, el ambiente grupal –además de políticas internas y estructuras profesionales y financieras- incluye un lenguaje, pensamientos, normas y valores⁶⁷⁵, elementos que en conjunto determinan las prácticas lícitas o ilícitas que las empresas realizan coordinadamente.

En realidad, a diferencia de lo hasta ahora establecido respecto a la delincuencia organizada de persona física, en el crimen organizado corporativo –en muchas ocasiones legítimas- la unión del grupo se somete a normas contractuales, por lo que su cooperación resulta inicialmente legal. Lo ilegítimo surge cuando las propias instituciones habilitan el comportamiento desviado de la corporación a través de la comunicación que se da en el establecimiento de rutinas que gobiernan la conducta del conglomerado mediante la inclusión de procesos virados en la percepción, interpretación y conocimiento que regulan e integran el comportamiento del grupo, encauzando la coordinación de recursos no solo al aspecto interno, sino externo. Siendo ello así, la comunicación lesiva resulta ser un componente esencial en el entorno de la delincuencia organizada empresarial, pues incrementa las posibilidades de actuación riesgosa sea “facilitando la ejecución del programa criminal o su impunidad”⁶⁷⁶. Por ello, no es justificable suponer como conducta típicamente antijurídica el simple conjunto material de personas con finalidades delictivas; para ello, hay que reconocer como elementos del injusto penal del crimen organizado de empresa tanto la formación de vínculos externos como la comunicación desviada o lesiva, ambos amplificadores de los espectros delictivos.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 114.

⁶⁷⁶ FARALDO CABANA, Patricia, *Sobre los conceptos de organización criminal...*, op. cit., p. 69.

3.1 *Compliance* inter-empresarial. A propósito de las uniones empresariales.

3.1.1 Bases normativas del *compliance ad extra*.

En las últimas décadas el Derecho penal se ha desarrollado en base a una política-criminal de riesgo creando tipos penales de punibilidad anticipada. El riesgo delictivo se ve incrementado cuando de personas jurídicas se trata, más aun si constituyen grupos organizados que arrojan tipologías de mercado en la concreción de crímenes, situación a través de la cual la delincuencia organizada adquiere un nuevo cariz que, a mi juicio, representan su máxima expresión.

Tradicionalmente, el concepto de riesgo empresarial se asocia al nivel de incertidumbre respecto de peligros latentes en distintos ámbitos; a saber: en el espacio estratégico (amenazas y oportunidades transversales a la organización, relacionadas con su filosofía de operación e imagen); en la esfera de mercado (emparentado a clientes y su percepción, productos, cobertura geográfica, marca y competencia); en el sector financiero (flujos de capital, deuda, activos, cambio de divisas, entre otros); y, en el ámbito operacional (asociado a sus elementos y resultados, es decir, la seguridad en la producción)⁶⁷⁷. Frente a ello, se encuentra la *gestión de riesgos*, cuyo propósito es identificar y eliminar fuentes de conflicto que compliquen el desarrollo de los objetivos de la empresa. Esta evaluación de riesgos, trata de encontrar el equilibrio en el desarrollo de la actividad empresarial que se manifiesta a partir de la generación de medidas preventivas para mantener su continuidad y confiabilidad.

Pese a lo anterior, la noción de riesgo empresarial no se limita a cuestiones estratégicas u operacionales de mercado o financieras; por el contrario, se extiende a la parte normativa. En otras palabras, al riesgo empresarial se suma el riesgo normativo, que da lugar al *compliance*, conceptualizado como la “prevención de riesgos de responsabilidad penal empresarial por incumplimiento de regulaciones legales”⁶⁷⁸. En este contexto, las

⁶⁷⁷ QUALINET SURLATINA GESTION, División Aviación y Proyectos Internacionales, “Gestión del Riesgo Empresarial”, Junio-Julio (2007), p. 36. Disponible en <http://www.qsl.cl/noticias/archivo/jose/Ed.35P36-37-38.pdf>.

⁶⁷⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 22.

prácticas corporativas de riesgo son comprendidas, además de la actividad empresarial, en la parte normativa, dados los vacíos legales existentes.

El escenario corporativo ha experimentado una evolución significativa en sus áreas de actuación y desenvolvimiento. Su crecimiento ha servido a la política criminal y económica para el impulso de una intensa actividad normativa por parte de la administración pública, cuyo objetivo ha sido fomentar al interior de la persona jurídica la contención de fuentes de peligro que afecten bienes jurídicos; visión estratégica que se explica como una *forced collaboration* de prevención de ilícitos, lo cual se traduce en el fortalecimiento instrumental del derecho para el impedimento de comportamientos antisociales.

Bajo este panorama, diversos instrumentos internacionales, desde la vertiente de la prevención delictiva, advierten acerca del riesgo que contemplan las prácticas empresariales. De esta suerte, se contienen recomendaciones expresas para establecer medidas eficaces, disuasorias y preventivas en/para las personas jurídicas, parámetros que adquieren diversas connotaciones, entre las que destaca la asunción de las personas colectivas como sujetos de Derecho, cuya consecuencia necesaria es la creación de nuevos modelos de imputación.

Sobre esta reciente especialidad penal, Naciones Unidas se muestra proclive a la atribución de intención y culpa, a la determinación del grado de culpabilidad colectiva y al tipo de prueba requerido para la imposición de sanciones a personas jurídicas. De acuerdo con ello, los *Principios Rectores en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal* –en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional, aprobados en 1985 por el Séptimo Congreso de la ONU sobre el Delito y Tratamiento del Delincuente-, recomiendan la adopción de criterios penales para sujetos colectivos, bajo el entendido que la responsabilidad penal no sólo debe afectar personas que hubieran actuado en nombre de una institución, sociedad o empresa, o aquellos que tuvieran funciones ejecutivas o normativas en ella, sino también a la institución, sociedad o empresa misma⁶⁷⁹, obligando a los Estados firmantes a idear medidas apropiadas para prevenir o sancionar la promoción de actividades criminales derivadas de prácticas

⁶⁷⁹ Ver fracción VIII de los Principios Rectores en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional.

empresariales, recomendación reiterada con posterioridad por la Asamblea General en el párrafo 4 de su resolución 40/32⁶⁸⁰.

A partir de que el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas apoya la imposición de multas, incluso penales, u otras medidas contra empresas radicadas en jurisdicciones donde el ordenamiento jurídico vigente no reconoce su responsabilidad penal⁶⁸¹, comienza a surgir una regulación que vincula a los entes colectivos con la delincuencia transnacional que facilita la comisión delictiva por *grupos empresariales*, dada su compleja naturaleza, especialmente en los campos económico, fiscal, medio ambiental, entre otros. Normas derivadas de diversos fallos e iniciativas como el Convenio del Consejo de Europa para la protección del medio ambiente (4 de noviembre de 1998) que en su art. 9 refiere la adopción de providencias para que las entidades jurídicas respondan penalmente de sus actos⁶⁸².

De acuerdo con lo expresado, el GAFI dentro de sus cuarenta recomendaciones vinculadas al lavado de activos, opta por implementar la posibilidad que los Estados establezcan medidas de carácter preventivo en la materia, extendiendo la exigencia a instituciones financieras y no financieras, negocios y profesiones designadas para identificar, evaluar y, en consecuencia, establecer providencias eficaces para aminorar el riesgo de blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, como lo sugiere la recomendación A.1 sobre la evaluación de riesgos y su aplicación⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Véase Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

⁶⁸¹ Ver resolución 1994/15 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, recomendación g).

⁶⁸² Ver Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, op. cit., p. 104

⁶⁸³ De acuerdo a las recomendaciones del GAFI, las Normas Internacionales contra el Blanqueo de Capitales, Financiación del Terrorismo y la Proliferación (febrero de 2012), establecen en su apartado A sobre POLÍTICAS Y COORDINACIÓN DE AML/CFT lo siguiente: “1. Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en el riesgo. “Los países deben identificar, evaluar y comprender el riesgo que presenta el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo para el país y deben tomar medidas, incluida la designación de una autoridad o un mecanismo para coordinar las actuaciones para evaluar los riesgos y aplicar los recursos destinados a garantizar que los riesgos se mitiguen con eficacia. Sobre la base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en el riesgo (RBA) para asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe ser una base esencial para la asignación eficiente de los recursos a través de la lucha contra el blanqueo de capitales y la lucha contra la financiación del terrorismo (AML/CFT) y la aplicación de las medidas en función del riesgo a través de las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifican los riesgos más graves, deben asegurarse de que su régimen AML/CFT aborde adecuadamente estos riesgos. Cuando los países identifiquen los riesgos como más bajos, pueden autorizar medidas simplificadas de algunas de las Recomendaciones del GAFI, en determinadas condiciones. Los países deben exigir a las instituciones financieras y a las no financieras, negocios y

Por su parte, el *Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves* (OEA-CICAD) contiene disposiciones que favorecen el establecimiento, desarrollo y ejecución de programas, normas, procedimientos y controles internos de prevención y detección del lavado de activos o financiamiento del terrorismo, esto es, el establecimiento de *programas de cumplimiento* obligatorio o de colaboración forzada por parte de las instituciones financieras⁶⁸⁴.

Asimismo, resulta de interés para el desarrollo del tema hacer mención de la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, pues al igual que los instrumentos internacionales anteriores, establece la necesidad de implementar normas de conducta para el adecuado cumplimiento de las funciones públicas, así como de mecanismos para hacer efectiva su observancia. En otras palabras, se exige a los Estados la imposición de controles específicos de prevención, detección y sanción para erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como de actos específicamente coligados con tal desempeño, donde –en primer plano– se encuentran los entes colectivos; razón por la que el *Convenio de la OCDE sobre la Lucha Contra el Soborno de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*, obliga a las partes a establecer al menos la posibilidad de imponer sanciones monetarias –no penales– a las personas jurídicas, dado el frecuente soborno de funcionarios públicos extranjeros. En consecuencia, el escenario asociado a los ilícitos de corrupción constituyen un referente en la producción de los *compliance programs*, dado el contenido ético que envuelven.

profesiones designadas (DNFBPS) identificar, evaluar y tomar medidas eficaces para mitigar su riesgo de blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”.

⁶⁸⁴ Ver Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, p. 15-16. Por otro lado, su art. 21.1 dice: “Las instituciones financieras, bajo las regulaciones y supervisión a que se refiere el art. 24 de este Reglamento deberán adoptar, desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Esos programas incluirán como mínimo: a) el establecimiento de procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales del mismo; b) programas permanentes de capacitación del personal, tal como "conozca su cliente" e instruirlo en cuanto a las responsabilidades señaladas en los arts. 16 a 19 de este Reglamento; c) mecanismos de auditoría acordes con las normas para prevenir y detectar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, para verificar el cumplimiento de los programas, normas, procedimientos y controles internos. La auditoría podrá encomendarse a una firma auditora externa registrada o al auditor interno de una institución financiera”.

El *libro verde* publicado por la *Comisión de las Comunidades Europeas sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios*, alude a las iniciativas citadas y complementa que sobre la base de éstas, los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o control en el seno de las mismas, pueden ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude, corrupción o blanqueo del producto de estos últimos, cometidos por una persona sometida a su autoridad y por cuenta de la empresa. El propio documento extiende la responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión, participación (en calidad de cómplice o de instigador) o tentativa en actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales, cometidos en su provecho por cualquier persona que ostente un cargo directivo en el seno de la misma. Además, su responsabilidad deberá estar prevista cuando la falta de *vigilancia o control* por parte de alguno de los sujetos mencionados haga posible la comisión del crimen por cuenta de la persona jurídica y/o por un ente sujeto a su autoridad, de manera que la responsabilidad del sujeto colectivo se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices del fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales⁶⁸⁵.

Las citadas bases normativas establecen las responsabilidades por infracciones a los deberes de *control y vigilancia*, principios que se extienden al Derecho penal, por considerar una notable analogía entre éste y las infracciones de las normas económicas. Tal situación ha llevado a retomar una estrategia de prevención complementaria del *ius puniendi* como parte del control interno de las corporaciones. De esta manera, “se ha desarrollado un progresivo acoplamiento de la autorregulación empresarial con la heterorregulación jurídica [administrativa/penal], en el contexto de una estandarización de reglas técnicas de prevención de daños”⁶⁸⁶. Articulación que surge por la falta del reproche ético-social del Derecho administrativo, lo cual da cabida a un tratamiento penal en el espacio de responsabilidades de la persona jurídica.

En aras de la disminución de riesgos generados por los sujetos colectivos –dada su naturaleza compleja–, resulta necesaria una gestión adecuada al derecho que analice el

⁶⁸⁵ Ver Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, op. cit., p. 105.

⁶⁸⁶ BERMEJO, Mateo G./PALERMO, Omar, “La Intervención delictiva del *Compliance Officer*”, en KUHLEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 171.

sistema de control basado en los principios de *vigilancia y cumplimiento* normativo y proponga distintos modos de reproche penal derivados de nuevas formas actuación empresarial destinadas a la prevención de riesgos de responsabilidad⁶⁸⁷, como es el caso del crimen organizado corporativo.

3.1.2 La necesidad de establecer un *compliance* hacia afuera.

En los párrafos precedentes, referí el desarrollo legal internacional en materia de responsabilidad de estructuras complejas (empresarial o estatal) en la prevención de riesgos por incumplimiento normativo, constituyéndose como punta de lanza en el establecimiento del *compliance*, figura que ha logrado fortuna en el Derecho penal.

Es por ello que, en los párrafos siguientes, llevaré a efecto algunas reflexiones sobre los programas de cumplimiento, debido al atractivo planteamiento de importantes inconvenientes teóricos/prácticos que presentan, los cuales, en gran medida, se encuentran más allá del Derecho penal material, tal es el caso del Derecho procesal y los Derechos Humanos que sirven como puntos de análisis.

La doctrina ha manifestado la importancia que las personas jurídicas representan para el Derecho penal dados los riesgos criminales que individualmente generan; ahora bien, si los sujetos colectivos arrojan tipologías empresariales asociadas a la actuación grupal, aquél peligro incrementa de forma importante. Al respecto, el *compliance* entendido como forma de regulación interna e individual del corporativo, puede presentar dificultades al momento de normar vínculos extra-empresariales, esto es, relaciones generadas entre colectivos integrantes del conglomerado. Dada la impunidad que puede prevalecer en las uniones corporativas, a mi juicio, es necesario establecer un programa *inter-empresarial* que norme las relaciones de los agentes económicos componentes del grupo, o sea, su correspondencia externa, a ello haré especial referencia.

Diversos estudios en materia de responsabilidad penal de entes colectivos determinan que el análisis sobre su reproche debe llevarse a cabo tomando en consideración que la discusión sobre si se debe o puede exigir el cumplimiento de normas penales a los entes

⁶⁸⁷ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance...*, op. cit., p. 27-28.

colectivos se encuentra superado en sentido positivo⁶⁸⁸. En este entendido, resulta indiscutible la consideración de la persona jurídica como sujeto de Derecho penal, en virtud de los escenarios riesgosos que producen; situación que, a su vez, lleva a la normativa internacional a regular la comisión de hechos ilícitos desde dentro del ente colectivo, pues mediante la autoobservación de su actuar se pueden detectar y, en consecuencia, evitar la producción de hechos penalmente relevantes, por conformar la persona jurídica una fuente de riesgos que no se limita al ámbito administrativo. Por el contrario, se extiende al penal donde se destaca la comisión de delitos económicos, medioambientales, actos monopólicos, corrupción, entre otros, y aún más al fenómeno del crimen organizado.

En otros términos, derivado de la complejidad estructural que guardan las personas jurídicas, la actual doctrina y práctica penal orientan su espacio de juego al marco de su control interno. Esto obliga a las legislaciones a exigir del mismo ente una *autovigilancia* que evite ilícitos administrativos y/o penales.

Aceptado el reproche penal de las personas jurídicas, cabe analizar otras perspectivas con el objeto de continuar su desarrollo. Entre los aspectos a destacar se encuentra el establecimiento de criterios de atribución, planteamiento interesante para la ciencia penal que zanja la falta de control interno de las personas jurídicas a través de la implementación de un *compliance program*, cuyo propósito es la adopción de medidas internas en la empresa destinadas a asegurar la observancia de normativa, estándares y directivas empresariales, constituyéndose de esta manera como un mecanismo de control que deviene de un sistema de colaboración entre el derecho público y la autorregulación privada de las personas jurídicas.

Conviene precisar que el término *compliance* es uno de los más complejos a determinar debido al sincretismo de los derechos administrativo, civil, mercantil, penal, entre otros. De manera genérica, se puede conceptualizar como “la fidelidad al Derecho en lo que a mandatos y prohibiciones legales se refiere”⁶⁸⁹, o como el “catálogo de estándares

⁶⁸⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, op cit., p. 15.

⁶⁸⁹ BOCK, Dennis, “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en KHULEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds.), *Compliance...*, op. cit., p. 107.

mínimos de cumplimiento [empresarial]⁶⁹⁰, o bien, como el “actuar conforme a la legalidad, entendiendo también por legalidad el cumplimiento de obligaciones civiles y directrices internas de la empresa”⁶⁹¹. De forma específica, se puede aludir al *compliance* como aquellas medidas normativas de autorregulación y heterorregulación las cuales tienen por objeto asegurar el cumplimiento de directrices por parte de la persona jurídica y su personal, para la evitación de riesgos e ilícitos desde y hacia la empresa.

Bajo este entendido, la figura del *compliance* distingue dos ámbitos: la *heterorregulación* y la *autorregulación*. En el primero, el Estado “impone a las empresas la obligación de adoptar controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones normativas”⁶⁹²; en el segundo, la persona jurídica establece la creación de controles internos sobre los actos de sus órganos y miembros en el seguimiento de metas y objetivos, lo que se traduce en el cumplimiento y aplicación autónoma de programas de prevención. Ambos supuestos se vinculan, pues se trata de configurar “una serie de pautas, líneas directrices o reglas que deben cumplirse para que el actuar [de la empresa] deba ser considerado en armonía con el ordenamiento jurídico”⁶⁹³.

Es indudable que la *autorregulación* sobreviene de una *heterorregulación*. Así, la empresa crea procedimientos adecuados para la promoción de su ética empresarial (*autorregulación*), como exigencia impuesta por normas externas a la persona jurídica (*heterorregulación*). Se trata, entonces, de una *autorregulación regulada* por considerarse una manifestación de la normativa pública al interior del ente colectivo, la cual tiene como propósito “la corresponsabilización de los particulares en la gestión de riesgos contra determinados bienes. En concreto, aquellos sujetos que, por su actividad o por sus conocimientos ponen en peligro determinados bienes de carácter colectivo se ven obligados a minimizar los riesgos de su actividad”⁶⁹⁴. En este entendido, mientras la

⁶⁹⁰ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal? (A propósito de Código Nacional de Procedimientos Penales)”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *El código nacional de procedimientos penales. Estudios*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2015, p.141.

⁶⁹¹ NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en KHULEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTIZ DE URBINA, Iñigo (eds.), *Compliance...*, op. cit., p. 23.

⁶⁹² *Ibidem*.

⁶⁹³ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal?...”, op. cit., p. 141.

⁶⁹⁴ DARNACULLETA I GARDELA, María Mercè, *Derecho Administrativo y Autorregulación: La autorregulación regulada*, Madrid, 2005, p. 80.

heterorregulación se produce al exterior, la *autorregulación* se promueve al interior del ente colectivo.

Así, la legislación de la autorregulación impone prerrogativas a las personas jurídicas que se concreta en manuales de organización y funcionamiento creados por las mismas empresas para la prevención de riesgos, instituyéndose como “mecanismo de gestión y control interno que permite el cumplimiento de toda la normativa que les afecta, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal”⁶⁹⁵. De esta manera, los ejes éticos o manuales empresariales componen un límite al actuar de la persona jurídica y de sus miembros; así, los códigos éticos dejan de ser meros ejes programáticos (*programmatic focus*) para constituirse en normas de cumplimiento obligatorio (*binding rules*) para la prevención delictiva dirigidas a sus representantes (Cámaras Empresariales y sus Confederaciones), a las empresas mismas y al personal integrante del ente colectivo; ello, porque si bien podría entenderse que las disposiciones éticas son un simple llamado a actuar con responsabilidad, no debemos olvidar que existen sanciones de carácter disciplinario, administrativo o penal por incumplimiento a dichas pautas, lo que refleja el perfil vinculante de dichas normas.

Por otro lado, dadas las modernas exigencias político-criminales de prevención de riesgos empresariales, en los que las malas prácticas forman su eje rector, se opta por incluir dentro del programa de cumplimiento la obediencia de la legislación penal, donde la *autorregulación regulada* establece indirectamente (desde fuera) las actividades riesgosas del sujeto colectivo que pueden dar apertura a un ilícito penal (desde dentro)⁶⁹⁶, dando origen al *criminal compliance*.

En otras palabras, se reglamenta desde la ética –y en estadios previos al tipo penal– actividades proyectadas dentro de la empresa, constituyéndose los programas de cumplimiento como elemento fundamental del reproche criminal a las personas jurídicas, pues los parámetros internos se adoptan con el objeto de prevenir actos delictivos en el desarrollo de las actividades empresariales y, consecuentemente, evitar algún tipo de sanción. Ante ello, la existencia de un programa de cumplimiento eficaz “permite

⁶⁹⁵ NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales...”, op. cit., p. 27.

⁶⁹⁶ En el caso específico que tratamos de la materia penal, ya que las actividades riesgosas de las personas jurídicas pueden derivar además en ilícitos de carácter administrativo, laboral, mercantil, entre otras.

neutralizar imputaciones por imprudencia dirigidas contra los directivos de la empresa, así como eludir la sanción por la infracción del deber de vigilancia”⁶⁹⁷.

En este contexto, el principal planteamiento teórico radica en saber si el programa de cumplimiento es un deber de garantía, y si su ausencia, existencia defectuosa o permanencia obsoleta o ineficaz es equiparable a una infracción de deber de vigilancia⁶⁹⁸. Al respecto, la doctrina afirma que la implementación del programa de cumplimiento “integra –entre otras medidas– la sistematización y procedimentalización formalizadas de un modelo de vigilancia de los superiores sobre los subordinados”⁶⁹⁹. Luego, –como sostienen SILVA, BOCK y REICHERT– dado el carácter del ente colectivo (estructura compleja) resulta necesaria la implementación *ex ante* del programa, por considerarse equivalente a la infracción de un deber de vigilancia. Desde este punto de vista, la omisión en la implementación del *criminal compliance* por parte del órgano de administración conlleva necesariamente a la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el subordinado materialice un delito⁷⁰⁰.

En relación a lo anterior, tal programa se concibe como un deber jurídico penalmente fortalecido dirigido a personas físicas, cuyo propósito es contrarrestar y, en consecuencia, reemplazar gradualmente el *status quo* defectuoso del sujeto colectivo (defecto de organización) que favorece la comisión delictiva, como lo sostiene SILVA⁷⁰¹.

Frente a ello y a las recientes formas de organización, donde los sujetos desarrollan sus actividades, específicamente las uniones empresariales, resulta atractiva la idea de plantear el establecimiento de un *compliance program between companies* cuando exista una relación entre personas jurídicas que conformen una agrupación empresarial en cualquiera de sus tipologías, es decir, en forma de *outsourcing, trust, holding, cártel, etc.*, a partir de determinar si los programas individuales e internos, de cada agente económico integrante del conglomerado corporativo, resultan suficientes para colmar las exigencias preventivas y político-criminales del riesgo penal colectivo.

⁶⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Deberes de vigilancia y Compliance Empresarial”, en KHULEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds.), *Compliance...*, op. cit., p. 102.

⁶⁹⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2013, p. 194.

⁶⁹⁹ *Ibidem*.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, pp. 194-195.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 195.

El planteo anterior surge de las frecuentes acusaciones sobre conspiraciones formadas para la realización de ilícitos, por ejemplo, la manipulación del mercado (precios, producción, distribución y comercialización). En situaciones como la proyectada el *criminal compliance* unilateral no consigue regular las relaciones extra-empresa pues su naturaleza es, precisamente, la evitación de crímenes generados en su interior, resultando necesario el establecimiento de programas de vigilancia y cumplimiento exterior, es decir, al interior de los grupos empresariales, cuyo propósito es distinguir la identidad estructural de las personas jurídicas que participan de la alianza así como los entramados económicos que vinculan a tales organizaciones, algo que va más allá del programa de cumplimiento interno e individual.

Lo anterior implica que desde el punto de vista cognitivo, se tenga que analizar no sólo a los entes colectivos, considerados en su forma individual, sino valorar el cumplimiento de programas desde los grupos formados por agentes colectivos, donde también se construye la organización-empresa como el núcleo esencial del *compliance program*⁷⁰². La consecuencia lógica de lo exteriorizado es evitar inconvenientes de imputación cuando las personas jurídicas se amparan bajo la forma de grupos, uniones o redes empresariales.

Si bien, el primer planteamiento referente al programa de cumplimiento, como deber de garantía o infracción de deberes, ha sido clarificado por diversos ordenamientos normativos, jurisprudencia, así como por la propia doctrina que ponen de manifiesto el reproche penal de la persona jurídica por incumplimiento a los deberes de vigilancia como elemento fundamentador del delito. Por otro lado, se dejan al margen las uniones corporativas, luego, en el entendido que el programa de cumplimiento es un mecanismo de control en la evitación de riesgos penalmente relevantes en estructuras que por su complejidad dificultan la atribución de responsabilidad. En este sentido, las uniones empresariales deben contar con un programa independiente y específico de cumplimiento normativo que regule al interior del conglomerado, concebido como vínculos entre colectivos, de otra forma se deja el cumplimiento normativo al amparo de los programas individuales que pueden llevar a diluir la información base del reproche penal,

⁷⁰² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...*, op. cit., p. 94.

dificultando la imputación en caso de la comisión de un delito por alguna o algunas de las empresas que participan del grupo.

En este caso, cabe destacar que los deberes de control y vigilancia que rigen las relaciones al interior de una empresa deben trasladarse dentro del grupo de agentes colectivos. Esto es, las mismas reglas que operan para los vínculos generados entre *superiores-subordinados* deben tutelar, por ejemplo, entre empresas *controlantes-controladas*, ya que los programas de cumplimiento individual de las personas jurídicas no rigen necesariamente las relaciones con otras entidades, pues son orientados al interior y dirigidas a sus propios integrantes (personal), esto es, desconocen a las uniones empresariales como un todo integrado por personas, a las cuales la ciencia penal reconoce como sujetos de Derecho. Nos encontramos, en consecuencia, ante un supuesto frente al cual es indispensable establecer un programa específico que regule las relaciones al exterior de las empresas individuales, o bien, al interior de la asociación conformada por diversos agentes económicos, se trata –incluso– de un programa de extensión de cumplimiento. La cuestión radica en complementar los esfuerzos de control y vigilancia hacia dentro de la unión de colectivos, donde también existen relaciones en sentido vertical y horizontal.

Resulta ilustrativo el caso de la productora de paneles de cristal líquido (LCD) *AU Optronics Corporation* Taiwán (y su filial estadounidense *AU Optronics Corporación América*), quien fue sancionada –en septiembre 2012– al pago de \$500.000 millones de dólares en Estados Unidos, debido a su participación con las empresas LG Display, Chimei innoLux Corporation, Chunghwa Picture Tubes y Hannstar Display Corporation así como 22 ejecutivos, por conspirar en la fijación de precios de paneles de LCD entre 2001 y 2006. Los miembros del conglomerado mantenían reuniones multilaterales y bilaterales mensuales donde fijaban los precios –de gama y mínimos– sobre sus productos, situación que vulneró las reglas de competencia tanto en el establecimiento de costos como en el intercambio de información acerca de sus proyectos de producción futuros y otras condiciones comerciales, afectando algunos de los mayores fabricantes de computadoras en el mundo como Hewlett Packard, Dell y Apple. Derivado de ello se

impuso la adopción de un programa de cumplimiento antimonopolio, como parte de la sanción⁷⁰³.

Otro ejemplo que fortalece el establecimiento de programas de cumplimiento general para empresas que actúen en alianza, es el desarrollado por la autoridad de competencia económica en México, quien impuso una multa conjunta de 223 millones de pesos a Whirlpool, Appliances, Panasonic, Tecumseh y Embraco⁷⁰⁴, al acreditar la participación directa del grupo empresarial en la implementación de prácticas monopólicas absolutas, debido al establecimiento de acuerdos ilegales en la fijación de precios de compresores herméticos (base motora para refrigeración y aire acondicionado) exportados, importados y comercializados en el país entre 2004 y 2008. La investigación confirmó que la unión empresarial determinaba en forma coordinada los incrementos y estrategias a seguir cada año, constituyendo una práctica anticompetitiva.

Ambos casos, tratan de vínculos existentes al exterior de la persona jurídica, pero al interior del grupo empresarial. Supuestos donde el *compliance program* individualmente considerado, pierde eficacia, pues aunque exista *ex ante* al interior del agente colectivo, en realidad su práctica empresarial se desarrolla frente a otras entidades colectivas, es decir, en el estadio exterior. Visto de esta forma, el programa de cumplimiento individual no alcanza para normar tipologías empresariales asociadas a cánones externos que derivan normalmente de una relación *controlado-controlante* y no superior-subordinado, como sucede con las personas físicas.

La falta de regulación en las relaciones exteriores de la persona jurídica o al interior del grupo empresarial, como se quiera ver, da lugar a un vacío generador de riesgos delictivos, por parte de grupos conformados por personas colectivas. Esto porque los entes controlantes –como *Au Optronics Corporation Taiwan*–, faltan no sólo a sus deberes de vigilancia, sino que fomentan una cultura antiética y criminal en otras empresas, para obtener ventajas indebidas a favor de ellas así como del grupo en el que

⁷⁰³ Ver sentencia Taiwan au optronics corporation, Department of Justice, September 20, (2012). Disponible en http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/287189.htm

⁷⁰⁴ LÓPEZ, Marisela, “Whirlpool y Panasonic conspiraron para elevar precios”, (12 de marzo de 2014), *Milenio Diario*, México. Disponible en http://www.milenio.com/negocios/Conspiraron-firmas-elevar-precios_0_260973916.html.

se desenvuelven, en perjuicio de otros agentes económicos y, por lo tanto, del público en general.

Específicamente, lo interesante de esta idea es el reproche al organizador criminal (persona jurídica) quien aprovecha su estructura unitaria como grupo, con el objeto de que sus decisiones desencadenen comportamientos criminales de los entes colectivos, quienes mantienen una disposición originaria a cumplir mandatos, motivo que, por ejemplo, en el caso de un *holding*, lleva a la empresa controlante a responder como autor del delito ejecutado por la controlada, debido al dominio de la voluntad y a la particularidad de que el ejecutor obra sin coacción ni bajo error. Otro supuesto de atribución es la imputación recíproca en caso de delincuencia organizada corporativa, por la equivalencia en las aportaciones de los integrantes del grupo.

Finalmente, se ha manifestado que la culpabilidad de organización resulta ser el elemento legitimador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de suerte que su ausencia deberá ser considerada como una circunstancia excluyente de responsabilidad. En otros términos, el reproche penal a la persona jurídica sólo es legítimo si se comprueba la culpabilidad de organización. En este contexto, eludir indebidamente los controles internos por parte de los responsables individuales⁷⁰⁵ conlleva una imputación del agente económico, pues en cualquier caso (*compliance program o compliance programs between companies*) se debe valorar la falta a los deberes de control y vigilancia para lograr el reproche a los entes colectivos.

3.1.3 Autorregulación regulada y tercerización del Derecho penal.

Partiendo del hecho que la *autorregulación* es la capacidad que tienen las personas jurídicas para regularse a sí mismas; en ese entendido la *autorregulación regulada* es una forma de autorregulación impuesta por agentes externos. Esto es, se trata de la imposición normativa que el Estado promulga para las personas jurídicas en orden a que establezcan normas en su interior que permitan la contención de riesgos desde y para la empresa, en otras palabras, se trata de cumplir y aplicar de manera autónoma los programas de prevención. Esto da lugar a una tercerización que la autorregulación regulada hace del

⁷⁰⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance...*, op. cit., p. 104.

Derecho penal, a lo cual me referiré en los próximos epígrafes como forma de lleva a la reflexión de la figura, para ello tomaré como modelo el marco normativo mexicano.

En el Derecho mexicano, la autorregulación regulada se encuentra en la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, que obliga a las empresas a establecer procedimientos para promover el sano desarrollo de las actividades que representan, procurando aumentar la ética empresarial en los negocios y, por lo tanto, la calidad de los servicios y productos que brinden⁷⁰⁶.

Muestra de ello son las disposiciones a la lucha contra el lavado de dinero que devienen de cuestiones ético-empresariales para evitar la corrupción económica⁷⁰⁷. En ellas se establece que los sujetos obligados –como las entidades financieras– deben determinar medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u omisiones que puedan constituir operaciones con recursos de procedencia ilícita así como identificar clientes y usuarios con el objeto de evitar la comisión de conductas delictivas; todo ello bajo el apercibimiento de recibir las sanciones correspondientes. La citada norma es un claro ejemplo de autorregulación regulada a la que deben ajustarse tanto la persona jurídica como los miembros que la integran; pese a ello, insisto en el desapego que existe de los vínculos que las personas jurídicas generan cuando se trata de grupos empresariales.

Otra muestra de *autorregulación regulada* nos lo brinda el art. 20.III de la misma norma, al citar que la Asamblea General, integrada por afiliados y representantes de las Cámaras, tiene como facultad la aprobación de políticas generales para determinar las sanciones por incumplimiento a los estatutos respectivos. Por otro lado, el art. 34.VIII, encarga la operación del Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM) a las cámaras (conjuntamente con la Secretaría de Economía), para ello, considera que las reglas de operación deben contener –al menos–, la supervisión y aplicación de sanciones.

Lo anterior puede representar complicaciones prácticas, ello es así porque no sólo se “legisla” desde la zona de lo privado, sino que la aplicación y supervisión normativa –incluidas las sanciones– también son delegadas al ámbito interno de la empresa, conforme se ve en los distintos estatutos de las cámaras empresariales dirigidas a sus

⁷⁰⁶ Ver art. 9, fracciones V y VI.

⁷⁰⁷ Ver art. 15 LFPIORPI.

afiliados⁷⁰⁸. De esta forma se constituye una “justicia de Derecho privado” donde la persona jurídica y sus órganos se establecen como una especie de legislador-autoridad dentro del ente colectivo, pese a que la observancia de *garantías judiciales* también resulta obligatoria, pues aquellas no se limitan a los recursos legales en sentido estricto, sino al “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto que pueda afectarlos”⁷⁰⁹, con mayor razón si el acto emana de una *heterorregulación*, como mandato Estatal.

Así, la justicia privada puede presentar inconvenientes similares a los de un proceso penal –cuando menos desde el punto de vista de la sanción y los Derechos Humanos–, pues asume funciones propias de la justicia punitiva, es decir, creación y aplicación normativa. Esto ha llevado a que se extienda, en el tráfico jurídico-empresarial, la idea de considerar el *compliance* como una forma de “desplazamiento de tareas tradicionales estatales de la administración de justicia penal a las empresas”⁷¹⁰, confiando labores “legislativas” y de aplicación normativa a entes privados, quienes se constituyen como una especie de “tribunal” en la toma de decisiones sobre la imposición de la sanción, ya sea por parte de las cámaras de comercio respecto a las empresas que representan o de las empresas frente a sus empleados que quebrantan la norma interna.

Antes bien, si el *compliance* es por naturaleza un complemento del Derecho penal, resulta inevitable reflexionar sobre si éste pretende “tercerizar la persecución penal y [...] preparación de las circunstancias del caso por parte de las empresas para la fiscalía”⁷¹¹, o bien, si se trata de un paralelismo en el proceso penal.

⁷⁰⁸ Como ejemplo, la Cámara de Comercio de Tuxtla, establece en su art. 83 como sanción la suspensión temporal de derechos de sus afiliados. Su aplicación corresponde al consejo directivo de la cámara por los votos que representen las dos terceras partes de los miembros de dicho consejo. Para tal efecto el secretario del consejo en funciones citará con acuse de recibo o ante la presencia de dos testigos al afectado para que comparezca a defenderse de las acusaciones que se determinaran en el citatorio, en una reunión extraordinaria del consejo directivo. Una vez escuchado al afectado en la misma sesión extraordinaria, o en una posterior el consejo directivo en privado determinará la medida correctiva de suspensión de los derechos de afiliado.

⁷⁰⁹ Ver SCoIDH, caso Ivcher Bronstein c. Perú, 6 de febrero de 2001.

⁷¹⁰ KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal”, en KHULEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds.), *Compliance...*, op. cit., p. 69.

⁷¹¹ *Ibidem*, p. 73.

En resumen, como sostiene KUHLEN, la existencia de una *justicia de empresa* que establece y eventualmente sanciona conductas de los empleados contra la misma⁷¹², debe considerar dos aspectos: a) el mínimo constitucional que la justicia privada debe respetar, por encontrarse en juego derechos de terceros (empleados de la empresa), motivo por el cual su regulación debe contener una protección similar a los derechos de los sospechosos⁷¹³; y b) el decaimiento en la necesidad de sanción cuando se llega a un acuerdo deseado para la propia persona jurídica (empresa o cámaras).

Por otro lado, el tema del *compliance* no se agota en la legislación secundaria, existen otros ordenamientos de menor jerarquía normativa susceptibles de integrarse a su entorno, tal es el caso de la certificación de estándares de calidad (NADI, DIN, DAN, AFNOR, BSI, ISA, ISO). Disposiciones que han servido para el establecimiento de criterios de responsabilidad, pues se trata de un agregado de actividades al interior de las organizaciones con el propósito de cumplir los más diversos objetivos en materia de calidad, seguridad ocupacional, ética empresarial, prevención de riesgos medioambientales, laborales, políticas de seguridad de la información o, incluso, criterios de responsabilidad social corporativa⁷¹⁴.

Lo anterior tiene como significado el acatamiento permanente de la normativa vigente y cualquier otro requisito legal o reglamentario, relacionado a las buenas prácticas empresariales y sociales, cuyo principal componente es la prevención de riesgos, como una nueva forma de hacer empresa, vinculada a los procesos de globalización económicos y jurídicos, especialmente asociados al marco penal donde surge la necesidad de protección de bienes jurídicos, sobre todo en la esfera económica.

Este escenario universalizado de desarrollo en los negocios de la persona jurídica, replantea no sólo los diseños de gestión empresarial sino los esquemas jurídicos tradicionales, cuya consecuencia es un cambio de paradigmas en la organización del ente que, en un primer plano, debe considerar la responsabilidad social empresarial, forjando así –el Derecho– una vía de transformación en las operaciones/organización de las empresas desde la ética y la responsabilidad social, impulsando una cultura de denuncia

⁷¹² *Ibidem*, p. 71.

⁷¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 69-71

⁷¹⁴ NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales...”, op. cit., p. 23.

e investigación desde y al interior-exterior de la empresa, siendo ello preciso en la calidad de los sistemas de cumplimiento.

En México, las bases legales del sistema referido se encuentran en el art. 5° de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), Ley del Mercado de Valores (art. 15), Ley de Instituciones de Crédito (art. 117) y Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (art. 2). La primera de ellas, sostiene el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia, prevención y corrección conferidas a la CNBV. Dentro de esas potestades destaca la *evaluación de riesgos* sobre los sistemas de control y calidad de la administración de las entidades financieras para procurar, en lo particular, que las mismas mantengan una adecuada liquidez, solvencia y estabilidad y, en lo general, se ajusten a las disposiciones que las rigen, así como a los usos y sanas prácticas de los mercados financieros (art. 5 LCNBV). Por su parte, la LMV establece, entre sus objetos principales, la minimización del riesgo sistémico (art. 1) de la operatividad de las entidades financieras a través de la garantía de las obligaciones. Así, por ejemplo, la Ley de Sociedades Mercantiles señala que los estatutos, o bien, la propia asamblea general de accionistas pueden establecer la obligación para los administradores y gerentes de prestar garantía para asegurar las responsabilidades contraídas en el desempeño de sus encargos (art. 152); garantía que será certificada por el o los comisarios u oficiales de cumplimiento, dando cuenta de cualquier irregularidad a la Asamblea General de Accionistas (art. 166).

En este contexto, cabe analizar la obligatoriedad del sistema de *compliance* bajo el principio de *control*, pues el incumplimiento de reglas internas necesarias para realizar las operaciones y servicios respectivos puede dar lugar a medidas cautelares como la suspensión o limitación parcial de las operaciones activas, pasivas y de servicios de la persona jurídica⁷¹⁵. De esta forma se establece “un deber jurídico frente a las deficiencias de los sistemas de gestión y control interno de riesgos”⁷¹⁶, pues la función del programa de cumplimiento tiene especial importancia respecto de la prevención y supervisión de conductas que pueden generar a un número indeterminado de delitos.

⁷¹⁵ Cfr. art. 128, fracción I de la Ley de Instituciones de Crédito en México.

⁷¹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance...*, op. cit., p. 107.

Desde este punto de vista, la LFPIORPI establece la obligatoriedad –penal– a las Entidades Financieras de establecer medidas y procedimientos de prevención y detección de actos afines al lavado de activos (art. 15, fracción I), con el propósito de recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos en la materia, además de aquellos que se encuentren relacionados, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento (art. 1), cuestión reiterada por la Ley de Instituciones de Crédito (art. 115). Bajo el argumento de investigar a los usuarios, la legislación obliga a la empresa a extender sus facultades hacia afuera, es decir, obtiene y deja la averiguación en manos de particulares.

Sobre la base de este conjunto de regulaciones internas se desarrolla la nueva vertiente vinculada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde la prevención y detección de hechos delictivos apoyados en una correcta organización interna sirve para exonerar o –al menos– reducir la sanción.

El art. 11 CPF mexicano, hace referencia a la responsabilidad criminal de la persona jurídica por la comisión –en principio dolosa– de un delito por parte de algún miembro o representante de aquella, sin hacer mención de los deberes de control y vigilancia con los cuales debe contar el propio ente colectivo, limitándose la legislación nacional al reproche penal del colectivo únicamente cuando exista atribución criminal a la persona física⁷¹⁷, esto es, supedita la atribución de responsabilidad corporativa al actuar de sus integrantes. En este contexto, es dable sostener que la existencia previa de un *compliance program* eficaz pierde sentido debido a que la empresa igualmente será reprochada por los actos de sus empleados; ello, porque la norma no considera los principios de vigilancia y control que la persona jurídica ejerza sobre la persona natural.

Así, la existencia de un programa eficaz –de inicio– debería tener un efecto de exclusión de responsabilidad tanto para los miembros del órgano de administración como para el ente colectivo, en el entendido que la inexistencia del *compliance* constituye el elemento fundamentador de atribución penal a la persona jurídica. En ese aspecto, BACIGALUPO sostiene que el déficit de organización “debe ser un presupuesto de la responsabilidad de

⁷¹⁷ Ver art. 421 Código Nacional de Procedimientos Penales.

la persona jurídica en todos los casos”⁷¹⁸, cuestión que resulta discordante con lo establecido por la norma penal mexicana, como lo referiré más adelante.

En la misma línea, el Código Penal suizo (art. 102.2) muestra un claro ejemplo de responsabilidad de las personas jurídicas, en el sentido de reprochar actos delictivos por la omisión de medidas organizativas como forma de prevención criminal. Por otro lado, la Ley italiana 231 (art. 6) establece criterios de organización del ente, en ellos la persona jurídica es irresponsable de los delitos cometidos por sus administradores, directivos o representantes y sus subordinados en beneficio o por su cuenta, cuando se compruebe una adecuada organización preventiva, esto es, siempre que haya adoptado modelos de organización y gestión idóneos para evitar delitos (art. 6.1.a), haya confiado la vigilancia o funcionamiento a un organismo del ente dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control (art. 6.1.b) y si las personas han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión, en estos casos el ente colectivo no es reprochado penalmente. Por lo tanto, los modelos deben prever, en relación a la naturaleza y dimensión de la organización así como de la actividad desarrollada, medidas idóneas para garantizar el desarrollo de la actividad en el respeto a la ley, así como para descubrir y eliminar oportunamente situaciones de riesgo (art. 7.3)⁷¹⁹. De esta forma, al cumplirse las exigencias del modelo de prevención que imponen a las personas jurídicas, se excluye expresamente la responsabilidad de las mismas.

En la misma orientación, en España tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 que reforma el Código penal, se establece la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas cuando adopten y ejecuten de manera eficaz (antes del hecho delictivo) modelos de organización y gestión basados en los principios de control y vigilancia, cuyo propósito es la disminución de riesgos criminales como forma de prevenir el delito (art. 31 bis. 2). Una situación a destacar de la norma española es el sistema de atenuantes para el ente colectivo pues, una vez ejecutado el delito, pero antes del conocimiento del proceso, el corporativo, confiesa la infracción, o antes del juicio oral colabora en la investigación criminal, repara o disminuye el daño causado por el delito y/o toma medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (art. 31 quarter), la empresa encausada obtiene un

⁷¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance...*, op. cit., p. 99.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 102.

beneficio, fundamentado en criterios de oportunidad, como plataforma de la disminución punitiva. Esto me lleva a cuestionar si se trata de una forma de cooperación premial o de una *forced collaboration* de prevención, ya sea que se traduzca en una colaboración voluntaria u obligada, lo cierto es que la norma española hoy cuenta con un instrumento legal que fortalece el impedimento de comportamientos criminales.

Lejos de ello, el CPF mexicano omite establecer una norma de responsabilidad independiente entre las personas física y jurídica, que se funde en la infracción de los deberes de control y vigilancia de los administradores como un supuesto individual de estos⁷²⁰. Muy a la inversa, la Ley de Instituciones de Crédito establece una responsabilidad directa e ilimitada al ente colectivo respecto de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus actividades, así como por las acciones celebradas por quienes ostenten algún cargo, mandato, comisión o cualquier otro título jurídico que aquéllas hubieren otorgado para la realización de sus operaciones⁷²¹, evitando con ello un modelo donde las infracciones (individuales) a los deberes de vigilancia de los administradores no deberían, en principio, dar lugar a una responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷²².

En suma, la legislación mexicana opta por un estándar de responsabilidad criminal del colectivo dependiente de la persona física, al mismo tiempo que separa el supuesto de infracción a los deberes de vigilancia de los administradores. Bajo este entendido, siempre es posible comprender que en los hechos de los representantes legales, administradores o empleados que obren en nombre o por cuenta del ente colectivo se encuentra legítimamente implícito el requisito de la culpabilidad de organización⁷²³, como lo muestran los arts. 11 CPF y 91 LIC.

⁷²⁰ *Ibidem*.

⁷²¹ Cfr. art. 94 LIC.

⁷²² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance...*, op. cit., p. 102.

⁷²³ *Ibidem*, pp. 99-100.

3.1.4 *Compliance officer*. Inconvenientes en el modelo normativo mexicano y su contención en actos externos a la persona jurídica.

En México, la obligación de cumplimiento de las diversas normas que regulan la actividad de las personas jurídicas implica un arduo desempeño de autorregulación y autocontrol de las mismas, ello porque los dos estándares de cumplimiento –como lo hace notar NIETO MARTÍN– se fundamentan en principio, por la capacitación del personal sobre valores éticos y cumplimiento de la ley; y en segundo lugar, por la debida vigilancia de las actividades tanto del personal como de la empresa.

Respeto al primer aspecto, no cabe duda de que la formación, en materia de cumplimiento a la legalidad, resulta necesaria para evitar riesgos o ilícitos. Por cuanto hace al segundo modelo, la legislación mexicana en materia de sociedades mercantiles establece su cumplimiento facultando al *comisario* quien se constituye en una especie de *compliance officer*, el cual –entre otras cosas– se encarga de llevar a cabo, de manera ilimitada, actos como la práctica de exámenes sobre las operaciones de la empresa, revisión de su documentación, registros y todo aquello que sea necesario para efectuar la vigilancia e inspección sobre las operaciones que la ley impone a las mismas⁷²⁴.

Desde mi perspectiva, este patrón no resulta ser el más idóneo en cuanto a las herramientas utilizadas al momento de llevar a cabo el control y vigilancia, pues vulneran derechos fundamentales como la intimidad de la persona quien es evaluada para determinar su potencial riesgo en las actividades empresariales. En otros términos, al tratarse de una *autorregulación regulada* la persona jurídica opera con la aquiescencia del Estado –por imposición de ley–, lo cual orienta a un quebrantamiento de derechos fundamentales por tercero; tema que no abordaremos por ir más allá del objeto de reflexión que nos ocupa, pero dejamos en el tintero para su posterior deliberación.

Por otra parte, es necesario señalar la *posición de garante* del *comisario*, quien adquiere un papel preponderante en la responsabilidad penal de la persona jurídica. La propia ley obliga a las sociedades a nombrar uno o varios de ellos para desempeñar facultades de vigilancia al interior de la empresa con el objeto de evitar actos ilícitos, por lo tanto, si

⁷²⁴ Ver artículo 166 fracciones III y IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

“no cumplen sus tareas como se desea, eventualmente se harán merecedores a una sanción”⁷²⁵. De esta suerte, el *comisario* se erige como una especie de “*investigador privado*” al interior de la empresa asumiendo deberes especiales de *custodia por transferencia* respecto a una fuente de riesgos, como es la persona jurídica.

A este respecto, la jurisprudencia alemana ha sostenido que esa postura podría encontrar su fundamento en “la asunción efectiva del círculo de deberes a la cual se le agrega una relación especial de confianza que es la que precisamente lleva a quien transfiere a poner en manos del obligado especiales deberes de protección”⁷²⁶. Pese a ello, conforme a la normativa nacional, el *comisario* encuentra restringida su capacidad de actuación, ya que, por un lado, es obligado a informar a la Asamblea General de Accionistas sobre actividades irregulares de la empresa, así como de las denuncias que se presenten contra los propios accionistas, y por otro lado, se encuentran impedidos en la toma de decisiones acerca de las medidas contra aquellas actividades, de hacerlo –incluso– el *comisario* puede ser sancionado por un actuar opuesto al interés de la sociedad⁷²⁷.

De este contenido se derivan dos inconvenientes: el primero, referido a la existencia de una transferencia de responsabilidad de la persona jurídica al órgano de vigilancia (*comisario* o *compliance officer*) por falta al deber de cuidado, pudiendo quedar impunes actos de la empresa; el segundo, se advierte la amenaza de sanción dirigida al *comisario* cuando se oponga a intereses de la empresa, limitando su actuar frente a los riesgos generados, incluso si éstos conllevan a un ilícito penal. Situaciones que reducen “la disposición al reconocimiento de los errores de la empresa, pero más allá reconduce a la desnaturalización de la figura del *comisario* como órgano de vigilancia, cargando éste con los riesgos de punibilidad”⁷²⁸.

Quiero destacar que el *compliance* y Derecho penal encuentran su punto de confluencia en la responsabilidad penal de la persona jurídica (y de los administradores); sin embargo, con la introducción de la figura del *compliance officer* dicha responsabilidad parece

⁷²⁵ PRITTWITZ, Cornelius, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*”, en KHULEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTIZ DE URBINA, Íñigo (eds.), *Compliance...*, op. cit., pp. 211-212.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 213.

⁷²⁷ Vid. art. 170 LGSM.

⁷²⁸ PRITTWITZ, Cornelius, “La posición jurídica...”, op. cit., p. 212.

diluirse. Así, lo recuerda BOLEA, quien en supuestos de responsabilidad criminal de la persona jurídica desde la perspectiva unilateral, determina que “admitir una posición de garantía del encargado de cumplimiento podría llegar a descargar de responsabilidad al administrador en algunos supuestos. Piénsese en casos de instrumentalización del órgano de administración a través engaño, haciendo llegar, por ejemplo, información falsa a la dirección de la empresa que permanece inactiva frente a la comisión de un delito de corrupción, provocando en ésta un error de tipo invencible, lo que conduciría a apreciar una autoría mediata en la persona del encargado de cumplimiento y determinaría la impunidad del administrador”⁷²⁹. En consecuencia, si el *compliance* pretende establecer lineamientos de prevención sobre riesgos financieros, operativos y penales, así como mantener la integridad de los estándares legales de la empresa, el desplazamiento de responsabilidad implica obviar de alguna forma el reproche penal de la persona jurídica, al mismo tiempo que se reducen las posibilidades de evitar actos delictivos desde o hacia la misma.

En relación a lo sostenido, los programas de cumplimiento y sus elementos, como el oficial de cumplimiento, resultan prácticos al interior de la empresa, considerada en su forma individual. Al respecto, cabe sostener que su operatividad y eficacia se encuentran a mitad de camino, toda vez que el desarrollo de la figura no considera a las uniones empresariales y sus vínculos externos como grandes productores de riesgos delictivos, debido a la muy compleja estructura que guardan, la cual va más allá del ámbito meramente económico. En consecuencia, es menester replantear los componentes del *compliance* en base a lo expuesto.

3.2 *Compliance* externo e imputación recíproca. Aproximación un modelo de contención y reproche penal del crimen organizado corporativo.

Reconocida la comunicación como generador de vínculos extra-empresariales, hay que considerar las reacciones legales que existen frente al crimen organizado. En efecto, muchas son las reglas penales que pretenden afrontar el hecho criminal, partiendo siempre de la misma idea: la organización es necesariamente más peligrosa y genera mayor

⁷²⁹ BOLEA BARDÓN, Carolina, “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, *Criminet*, n° 17-17 (2015), p. 22.

impunidad para sus miembros. Por lo tanto, el Derecho penal ha de ser coherente con esa idea, absolutamente aceptada⁷³⁰.

Con antelación mencioné acerca del desafío que representaba para la culpabilidad esta materia. A mi juicio, en el crimen organizado se contemplan dos escenarios que crean confusión al momento de plantear el juicio de reproche; por un lado, se reconoce a la conformación del grupo como el acto criminal *per se* y, por el otro, se evidencia como injusto la comisión de tipos básicos por parte de la organización. En mi experiencia, debe permanecer el primero de los entornos, pues si se pretende salvaguardar la autonomía del delito, se debe evitar la técnica de dependencia normativa. Y es que, cuando se habla de independencia del tipo, se piensa en la responsabilidad orientada a la conformación dolosa del grupo criminal, dado que sus integrantes (personas jurídicas) deben tener el interés de organizarse, para concretar delitos indeterminados⁷³¹. En este sentido, el reproche debe estimarse a título de *imputación recíproca*, independientemente si la asociación delictiva es conformada por personas físicas y/o jurídicas, en cuanto que el verbo rector del tipo lo constituye la formación en sí misma del colectivo, excluyendo la idea de considerar a sus manifestaciones como parte del injusto, pues, de acuerdo a las exigencias normativas, son independientes y sólo pueden/deben responder los integrantes que resulten reprochables por la conformación del grupo, según criterios de imputación subjetiva y objetiva, dado que entre los integrantes existe una estrecha comunidad de intereses que dificultan su separación (jurídica), por lo que pensar en su división (individualización) resultaría abusivo a efectos de reproche. Y es que la relación entre las personas físicas y/o jurídicas es tan estrecha que una es necesariamente responsable por las acciones de la otra, pues no sólo existe el vínculo interpersonal, sino una verdadera conexidad práctica entre personas. En otros términos, todos los integrantes deben responder por la configuración de la organización, y sólo algunos por la ejecución de sus manifestaciones. Esto es así, porque el principio de imputación recíproca rige entre las integrantes de la organización, donde

⁷³⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 32.

⁷³¹ Algunas legislaciones, utilizan verbos típicos que describen modos de participación complicidad que facilitan la imputación a título de autor a quienes realicen conductas parciales de integración asociativa criminal. Así sucede, por ejemplo, en el caso del Código Penal español, que en sus arts. 515 a 519 tipifica conductas diferentes de asociación criminal. En el caso del art. 516 se habla de promotores y directores de bandas armadas o terroristas y se les distingue de los meros integrantes. En el art. 517 se hace la diferencia entre fundadores, directores y presidentes de las asociaciones y en el art. 518 a los cooperadores económicos que favorezcan la fundación o actividad de la asociación. En el art. 519 aparece especialmente tipificado el delito de provocación, conspiración y proposición a cometer el delito de asociación ilícita.

a cada uno se le imputa la totalidad del hecho (conformación de la asociación), con independencia de la concreta acción realiza en otros ilícitos⁷³².

En consecuencia, si el crimen organizado es un delito que materializa la acción, a través de la simple decisión de los intervinientes en la conformación del grupo (con finalidad delictiva), en esa medida cada uno de los participantes se constituye como verdadero autor/coautor del hecho ilícito, por tener un codominio del hecho. En palabras del TS español, “la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común”⁷³³ y estas contribuciones causales son decisivas en la ejecución del hecho punible (integración de la organización). Por ello, entiendo que la doctrina de la imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado, determina que todos los componentes aceptan implícitamente como propio lo que cada uno realiza. Tal acuerdo debe comprenderse como coincidencias de voluntades dirigidas a una misma finalidad. En este contexto, la realización conjunta del hecho sólo requiere que los las personas físicas y/o jurídicas sumen sus actos en función de una finalidad objetiva común. Por ello, más que hablar de responsabilidades individuales sumadas, cabe mencionar una responsabilidad por la totalidad del hecho en la materia⁷³⁴.

Cabe destacar que la coautoría se diferencia de la cooperación y participación, en tanto el coautor “dirige su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; [traducido en] condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría”⁷³⁵. Sobre este escenario y presupuestos de solidaridad, la actual STS 221/2016 determinó como autores de un delito de estafa básica personas físicas y jurídicas, quienes respondieron de manera conjunta⁷³⁶.

Por otro lado, a pesar de ser aplicable la doctrina de la imputación recíproca por crimen organizado en la reciente STS 154/2016, en mi opinión, el fallo no considera el delito citado porque la norma penal española, en su reforma a la LO 1/2015, sólo considera la

⁷³² Ver STS 3087/2014 de 12 de julio.

⁷³³ *Ibidem*

⁷³⁴ Cfr. SSTS 7343/2010 de 14 de julio y 27/2010 de 22 de diciembre.

⁷³⁵ *Ibidem*.

⁷³⁶ Cfr. STS 221/2016 de 16 de marzo.

responsabilidad penal de las personas jurídicas desde su aspecto individual, esto es, como unidad económica regulada *intra*-empresa. Muestra de ello, es que el art. 570 bis LO 1/2015 que regula el concepto de organización criminal, orienta un modelo de imputación sobre personas físicas cuando se trata de grupos delictivos. En este entendido, a pesar de quedar abierto el concepto de sujeto de derecho en la materia (persona física o jurídica), permanece la prisión como única forma de sanción, cuya naturaleza, evidentemente, se encamina a la persona física, soslayando la conspiración generada por uniones empresariales⁷³⁷.

Lo anterior, lleva a la necesidad de considerar, al momento de reprochar el delito en análisis, además los vínculos *ad extra* entre corporativos, lo cual evita su impunidad. En consecuencia, las relaciones externas deben ser controladas por el Derecho, mediante un *compliance*, dada su dimensión riesgosa en la comisión de delitos, pues, ahí es donde las personas jurídicas desarrollan y mantienen lazos de cooperación y complementariedad.

En efecto, existe la necesidad de establecer *compliances* inter-empresariales, como forma de prevención delictiva en materia de conspiración, sobre todo cuando se trate de la arrogación de tipologías empresariales como el *holding*, *trust*, *cártel*, *outsourcing*, etc., generalmente utilizadas por el crimen organizado, las cuales, no se limitan a delitos económicos, sino que se extienden a otros delitos como la trata de personas, tráfico de armas, de órganos, secuestro, narcotráfico, entre otros, como lo muestra la STS 54/2016.

Por otra parte, hay que valorar la probable presencia del desapego al pacto por parte de algún coautor, debido a que, como cita el TS español, “[pueden] quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo”⁷³⁸. Partiendo de ello, si la efectiva acción es la composición del grupo, entonces es difícil hablar de imputación sobre posibles excesos no abarcados por la acción conjunta. Esto es así, porque las decisiones de alguna persona jurídica, partícipe sobre el plan inicial, sería posterior a la consumación delictiva, es decir, a la integración de la asociación empresarial. En efecto, en caso de concurrir dichas determinaciones corporativas éstas se confirmarían en el espacio de las manifestaciones del grupo, pero nunca en su conformación. Así, por ejemplo, la realización de un delito distinto al pactado originalmente es ulterior a la

⁷³⁷ Vid. STS 54/2016 de 29 de febrero.

⁷³⁸ *Ibidem*.

integración del colectivo. En otras palabras, en el conglomerado preexiste una idea delictiva, con independencia de la clase de ilícito a concretar (delitos económicos, tráfico de drogas, de órganos, trata de personas, entre otros); por ello, la decisión de ser parte de una asociación (criminal) empresarial siempre tiene lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos.

Aquí es necesario destacar como ejemplo de los sólidos nexos entre empresas lícitas e ilícitas, el reciente caso de Coca-Cola, donde en una de sus filiales en Signes (Francia) se localizaron cerca de cuatrocientos kilos de cocaína en un contenedor de jugo procedente de Costa Rica. Se estima que su valor aproximado es de más de 42 millones de dólares. Igualmente, se trata del caso más relevante en materia de drogas (y de crimen organizado empresarial) en la historia de ese país.

Conforme a lo dicho, no cabe considerar hechos imprevisibles para las corporaciones partícipes, ya que éstas sólo pueden surgir en actos posteriores a la conformación de la organización. Este argumento lleva inexorablemente a reprochar el crimen organizado bajo el principio de imputación recíproca. En el plano mexicano, la legislación penal, presenta distintas formas de autoría y participación en el delito (siempre de personas físicas, dado que la ley no contempla la regulación de personas jurídicas), por ejemplo, conforme a la ley, jurisprudencia y dogmática mexicana tiene calidad de autor quien domina el hecho, sea porque lo ejecuta directamente (autor directo), porque actúa con otros en su ejecución en virtud de un acuerdo previo (coautor) o por utilizar a otro como un instrumento en la comisión del delito (autor mediato)⁷³⁹. En este sentido, observamos que el dominio del hecho en las diversas formas de autoría citadas se verifica, en todo caso, un dominio de la acción, un dominio funcional y un dominio de la voluntad, respectivamente. El último de los supuestos puede concretarse mediante coacción sobre el instrumento, a través de la creación o aprovechamiento de un error en el mismo o en virtud de aparatos organizados de poder⁷⁴⁰, aspectos cuya aplicación se puede generar en el espacio de las personas jurídicas, por la característica general/abierta de la norma.

⁷³⁹ Ver art. 13 CPF.

⁷⁴⁰ FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 9.

Frente a la tradicional concepción de autoría mediata donde el *hombre de atrás* se vale de un instrumento en la comisión delictiva cuya voluntad controla (por error o coacción), existe una tercera postura planteada por ROXIN⁷⁴¹ para aquellos casos donde el autor – quién tiene el dominio del hecho- logra dominar la voluntad del instrumento el cual puede intercambiarse libremente (fungibilidad), pues el hombre de atrás aprovecha la estructura y condiciones de un aparato organizado, de suerte que sobre el mismo hecho se consideran tanto un dominio de la acción (verificado en el ejecutor) como de la voluntad (reconocido en el hombre de atrás)⁷⁴² admitiéndose la extensión de esta particular forma de dominio (voluntad) en aparatos organizados de poder de carácter extraestatal (delincuencia organizada).

La trascendencia de este planteamiento teórico ha tenido una acogida favorable en México, resultando atractivo su interés práctico para imputar la criminalidad de grupo. Así, para el reproche de las empresas integrantes de la organización criminal es preponderante la *teoría del dominio del hecho*, constatado por la SCJN al establecer que el autor de un delito no es únicamente quien realiza materialmente la conducta típica, sino todo aquel que posee bajo su control directo la decisión total de llegar al resultado, es decir, quien tiene a su alcance la posibilidad de materializar el hecho delictivo o dirigir el proceso causal del acontecimiento criminal⁷⁴³. En el mismo sentido, la STS 221/2016 aplica las reglas generales de la autoría a las personas jurídicas⁷⁴⁴.

Por otro lado, la misma Corte mexicana se ha pronunciado también en casos donde el autor comparte el actuar delictivo con otros autores, mediante una distribución y división del trabajo. Es decir, cuando hay pluralidad de actores, se configura la participación conjunta que constituye la coautoría, pues, a pesar de la división de funciones (en los delitos adyacentes a la delincuencia organizada), los autores concurrentes se encuentran en el mismo plano de participación, pues todos partícipes coadyuvan a la producción del resultado típico (conformar la organización criminal) constituyéndose como coautores. De esta manera en la ejecución del hecho importa la realización conjunta del delito por varios sujetos con *codominio funcional del hecho*.

⁷⁴¹ Cfr. ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *RP*, n° 18, (2006), p. 242 y ss.

⁷⁴² FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata...*, op. cit., P. 10.

⁷⁴³ SCJN, tesis V.2o.P.A.26, SJF, T. XXVIII, diciembre de 2008, p. 978.

⁷⁴⁴ Ver STS 221/2016 de 16 de marzo.

Por lo tanto, conforme al sistema penal mexicano, en casos de coautoría no es dable atribuir exclusivamente a cada uno de los imputados la aportación parcial que realizó, pues por el dolo encaminado a la consecución total del resultado cada copartícipe debe responder del delito considerado en forma unitaria, a saber, como un solo resultado de la suma de conductas múltiples, precedidas de un designio criminal y un acuerdo conjunto llamado *pacto criminoso*. Esto es así, porque la aportación de un sujeto al hecho delictivo no puede formalmente considerarse como una porción de la acción típica si aquélla resulta *adecuada y esencial* al hecho, de tal manera que evidencie entre los agentes la presencia de un reparto del dominio del hecho en la etapa de su realización, esto es, un *codominio funcional del hecho*, por lo cual tal aportación es suficiente para considerar a dicho agente coautor material del delito en términos del art. 13 fracción III CPDF⁷⁴⁵.

Al mismo tiempo, en casos de organización criminal, utiliza como medio de imputación el modelo de la coautoría establecido en el art. 13 fracción I CPF (los que acuerden o preparen su realización). Así se observa, por ejemplo, en la orden de aprehensión emitida en contra el ex Director General de Petróleos Mexicanos (PEMEX) que estableció lo siguiente: “Por lo que se refiere a la forma de intervención, ésta ópera en términos de lo dispuesto en el art. 13, fracción I del Código penal federal sustantivo, lo que evidencia la realización de la conducta delictiva que se estudia, pues Rogelio M.S., Carlos F., Juan José D. y Julio P. acordaron destinar ilegalmente fondos públicos del orden de los seiscientos cuarenta millones de pesos, para beneficiar al Partido Revolucionario Institucional, durante la jornada electoral del año dos mil, mediante el Convenio Administrativo Sindical 9399, de fecha cinco de junio de dos mil...”⁷⁴⁶.

En ambos casos se considera la existencia del *codominio funcional del hecho* en el delito de delincuencia organizada. Esto lleva necesariamente a plantear la figura de la *imputación recíproca*, ya que al tratarse de una organización la atribución debe dirigirse sobre la integración de la misma y no sobre el rol que desempeñe cada integrante del grupo –requerimiento de la Convención de Palermo y de la LFDO-. En este contexto, el dominio del hecho injusto, traducido en la conformación del colectivo, no lo ejerce un sólo sujeto sino todos los miembros que participan de la organización criminal a través

⁷⁴⁵ Ver SCJN, tesis I.1o.P. J/5., SJF, 7ª época, T. VI, agosto de 1997, p. 487.

⁷⁴⁶ Cfr. pág. 38 orden de aprehensión, derivada de la causa penal 42/2002.

de la realización mancomunada y recíproca, tratándose de una coautoría que por acuerdo dominan –en parte y en todo-, funcional e instrumentalmente, aportando cada partícipe una contribución de importancia en la materialización del delito. De esta manera, si el tipo referido solo advierte como injusto la simple formación de hecho de la organización mediante un número determinado de sujetos con una finalidad ilícita, resulta suficiente la colaboración de los partícipes en la configuración del conglomerado delictivo para imponer las penas previstas en la ley de la materia, ya que para su consumación no se requiere la realización de otra conducta tipificada como delito, esto último ratificado jurisprudencialmente⁷⁴⁷.

En este sentido, la norma exige que los partícipes se encuentren vinculados correlativamente por medio de una resolución conjunta, a través de la cual cada sujeto asume una función parcial de carácter esencial que les hace aparecer como co-portadores de la responsabilidad por la ejecución conjunta del hecho (reunirse con finalidad delictiva). Así, cuando tres o más personas deciden unirse materialmente con el propósito de delinquir, cada interviniente desarrolla un aspecto de igual importancia en la realización del hecho punible: la aceptación voluntaria de participar en la formación del grupo criminal, razón suficiente para atribuir a cada integrante su conducta más la del resto de los miembros, convirtiéndose cada uno de ellos en autores/coautores del delito.

Situación distinta es la forma de reproche, hasta ahora considerada en la materia, pues versa en relación al objeto de la organización, esto es, sobre la comisión de delitos posteriores a la configuración del grupo donde justamente nuestro Derecho penal sanciona la actuación desempeñada por los integrantes al interior del grupo, pese a que la actual redacción normativa no alcanza a penar la distribución de funciones pero, se hace porque su interpretación se percibe ampliamente extendida a sus manifestaciones. Con razón CORCOY BIDASOLO establece que estos ilícitos posibilitan la condena de personas

⁷⁴⁷ En este sentido la SCJN ha establecido el siguiente criterio jurisprudencial: “Delincuencia organizada. El delito previsto en el art. 2º., y sancionado en el art. 4º., ambos de la ley federal contra la misma, es autónomo y no una agravante. Del texto de los arts. 1º, 2º, párrafo primero, y 4º. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con su exposición de motivos, se advierte que el solo acuerdo de la organización o la organización misma, que tenga como fin cometer algunos de los delitos precisados en el numeral 2º, citado, es suficiente para imponer las penas previstas en el art. 4o. de la ley referida, con independencia de la sanción que le corresponda al ilícito o ilícitos cometidos. Acorde con lo anterior, debe decirse que el ilícito de mérito no es una agravante de los diversos previstos en las fracciones del citado art. 2o. de la ley en cuestión, toda vez que las circunstancias señaladas denotan la autonomía del ilícito de delincuencia organizada, porque le dan vida propia, esto es, para su consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito”.

respecto de las cuales no se ha podido probar su participación en un delito en concreto⁷⁴⁸. Se trata en general del llamado “hombre de atrás” o “jefe de la banda”, la cúpula directiva de la organización que no interviene directamente en la comisión delictiva realizada por sus integrantes. Muchas veces esos cargos intermedios ni tan siquiera conocen a los jefes y en otras ocasiones los jefes subcontratan la comisión de determinados delitos a otras organizaciones. Esto ha llevado a la doctrina alemana a calificarlo como “tipo de recogida”⁷⁴⁹, pues se trata de un tipo residual donde tienen cabida comportamientos que el legislador no pudo introducir en otras normas penales más específicas, tal es el caso de la delincuencia organizada que se configura como un “extra” en la gravedad de los delitos manifestados, por lo cual el reproche debe limitarse a la formación de la organización como tal y utilizar en la imputación de sus manifestaciones las reglas comunes de autoría y participación (art. 13 de CPF), dado que ahí es donde cabe la *autoría mediata*.

A pesar de lo mencionado, la ley especial establece un sistema diferencial entre los sujetos que tienen funciones de administración, dirección o supervisión respecto a la organización criminal y aquellos que no cuentan con aquellas tengan (art. 4 LFDO). Esta regla resulta insuficiente al momento de reprochar el ilícito final al líder del grupo pues, en esta parte, la propia legislación limita el tipo penal, representando reparos en el autor (organizador). Ante situaciones como la descrita, los tribunales alemanes se han pronunciado por la teoría del “*hombre de atrás*” o “*autor de tras del autor*” para referirse al organizador criminal quien responde como autor mediato del delito ejecutado por el subordinado, pues aprovecha la estructura de la organización que permite que sus decisiones desencadenen determinados comportamientos de los subordinados quienes mantienen una disposición originaria a cumplir los mandatos. En este caso, se habla de una forma particular de dominio del hecho, cuyo tratamiento debe considerarse desde el dominio de la voluntad⁷⁵⁰ dado que el ejecutor no actúa coaccionado o bajo error, sino con plena responsabilidad⁷⁵¹. En este punto, de acuerdo con ROXIN, el sujeto conoce la antijuridicidad del hecho, puesto que al interior de la organización no existe una verdadera coacción sino una estructura jerárquica de toma de decisiones, de suerte que “quien pueda impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad

⁷⁴⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Expansión del Derecho penal...”, op. cit., p. 72.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 72-73.

⁷⁵⁰ A estos supuestos Roxin los llama “dominio a través de aparatos organizados de poder”.

⁷⁵¹ Cfr. ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *RP*, n° 18, (2006), p. 247.

que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría, lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otro la realización del delito”⁷⁵².

En el espacio de las personas jurídicas, también se siguen las reglas generales del Derecho penal, pues, deberían concebirse desvinculadas del mismo. En consecuencia, la doctrina del dominio de la voluntad resulta aplicable al crimen organizado empresarial, en tanto los sujetos colectivos se proponen desde un principio actividades criminales, coexistiendo una disponibilidad al hecho considerablemente elevada, de los integrantes de las uniones empresariales y su fungibilidad⁷⁵³. Respecto a sus directivos, su autoría se puede alcanzar recurriendo a la infracción del deber, en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad de la empresa. En este entendido, específicamente en el ámbito de la delincuencia organizada, no cabe hablar de autoría por dominio de la voluntad en la conformación del grupo criminal (verbo rector del tipo), dada su autonomía respecto a los delitos finales. Por ello, en el Derecho penal mexicano, la doctrina del hombre de atrás –dentro del colectivo- el dominio sobre la voluntad del ejecutor inmediato se encuentra en el objeto de la organización, esto es, en la ejecución de sus manifestaciones, pues en ellas se individualizan las funciones de cada integrante en el delito (secuestro, terrorismo, contra la salud, etc.). Esto es reconocido por la SCJN, al pronunciarse sobre la autonomía normativa, destacando la irrelevancia de la consumación, materialización o exteriorización de conductas que pudieran integrar los diversos delitos que conforman en abstracto la finalidad perseguida por la organización criminal⁷⁵⁴.

⁷⁵² ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 273. El autor establece que la coautoría exige la resolución y ejecución conjunta de ilícitos, algo que en estos casos no existe, ya que la instrucción de una orden y su observancia no son una determinación común. En la autoría mediata por aparatos organizados de poder, el ejecutor y el autor de escritorio “no deciden nada conjuntamente ni tampoco se sienten situados en el mismo nivel”. Al respecto ver ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación de la delincuencia organizada”, *RP*, n° 2 (1998), p. 63. Disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/31/29>

⁷⁵³ Cfr. ROXIN, Claus, (23 de Marzo de 2006) “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”. En conferencia de clausura del curso de doctorado de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

⁷⁵⁴ TCC, tesis II.2o.P. J/22, SJF, T. XXIV, 9ª época, septiembre de 2006, p. 1194.

Cabe destacar, además, que la imposición de pena debe referirse a la organización que, en apariencia, sanciona el tipo penal y no a la persona considerada en su forma individual. En otros términos, siendo que la LFDO regula un acto conjunto con una finalidad delictiva y los miembros despliegan una misma conducta, consistente en la conformación del grupo, en consecuencia, merecen igual pena, en tanto su participación se vincula precisamente a la formación de una estructura recíproca (*reciprocal frame*). En este entendido, se obtiene como resultado una coautoría, que por naturaleza debe ser atribuida *recíprocamente*, y sólo posteriormente se podrá imputar el resultado de su manifestación (objeto de la estructura) con las reglas establecidas para la autoría y participación (art. 13 CPF), pues en las finalidades de la organización es donde cabe la autoría mediata por dominio de la voluntad.

Y es que conferir una pena distinta a los integrantes que llevan a cabo la misma conducta delictiva, además de constituir un error frecuente en la disciplina, quebranta el principio *non bis in idem*. Hasta el momento no existe sentencia que condene el sólo delito de delincuencia organizada, sin tomar como fundamento sus manifestaciones, dado que en ellas se legitima la distribución de competencias. En este entendido, si se considera la ausencia de injusto en la disciplina, resulta realmente difícil entender la figura que regula el crimen organizado en su aspecto autónomo.

Considerando que actualmente el crimen organizado se imputa bajo las reglas de la doctrina de responsabilidad individual, mi propuesta radica en la atribución compartida de los integrantes de la agrupación criminal considerada como un todo, pues se no trata de un modelo de reproche sobre la consecución de los objetivos corporativos, sino de su evitación.

En relación con lo anterior, la atribución penal sobre las uniones empresariales debe asentarse en la extensión de responsabilidad, de los integrantes al conjunto corporativo al cual pertenecen. Ello es así, porque los agentes participan de una unidad en la cual desempeñan un rol indispensable, tanto en la formación del grupo como en el logro de sus metas. En tal caso, si cada componente realiza una parte del objetivo colectivo, entonces participa del crédito por los logros positivos y negativos (responsabilidades) resultantes de sus acciones combinadas. Para ello, es necesario comprender que el conjunto va más allá de la simple suma de sus miembros, me refiero al aspecto de las

relaciones interpersonales que hacen de la multitud una organización autónoma de personas jurídicas.

En efecto, la organización criminal no es una simple recopilación de individualidades fragmentadas, por el contrario, se trata de un concepto fundado en la identidad de sus componentes (personas jurídicas) que se obtiene a través de las conexiones entre sujetos, las cuales hacen de una colectividad algo más que la suma de sus miembros. Siendo ello así, el conglomerado de personas jurídicas se constituye como un sujeto independiente en el cual las acciones de sus integrantes son en realidad sus acciones.

A pesar de lo anterior, la alineación de intereses entre personas físicas y/o jurídicas con el conjunto empresarial ha pasado inadvertida para la ciencia penal; no obstante, su falta de detección incrementa la ejecución de crímenes, por lo cual es necesario que los agentes interioricen el costo total de su acto, que no solo impacta en la propia persona jurídica sino en el conjunto. Frente a ello, el *compliance ad extra* impulsa un útil mecanismo en la internalización de políticas preventivas de riesgos criminales en el conglomerado, fijando, a su vez, el importe que los comportamientos individuales producen con la adopción de externalidades negativas para el compuesto corporativo. Esto hace que la responsabilidad criminal de las uniones empresariales influya en las acciones de sus componentes, de tal suerte que la imposición de pena sobre la coalición sea apreciada también por los individuos responsables.

Ahora bien, centrado el discurso sobre las personas jurídicas integrantes, resulta necesario preguntarse si las penas pecuniarias, disolución corporativa, suspensión por tiempo determinado, confiscación de bienes, supervisión judicial de las actividades empresariales, entre otras medidas son definitivas en los ilícitos corporativos de la coalición, o bien, si además de aquéllas el estigma corporativo constituye en realidad una sanción no económica, ya que se trata de un reproche sobre la reputación empresarial que afecta a la asociación corporativa en el sentido de contar con una menor disposición de potenciales empresas contratantes para realizar transacciones. En este escenario, el *compliance ad extra* impacta en la rentabilidad corporativa que funciona como fuente de motivación de los actores empresariales cuyo objeto es evitar riesgos criminales o ejecución de delitos que conllevan al estigma. En otras palabras, la deshonra funciona sobre el comportamiento de los integrantes como forma de vergüenza pública, aspecto

importante cuando se trata de corporativos. A pesar de ello, las normas civiles y administrativas –hasta ahora- han creado una política de eliminación del estigma delictivo sobre los actos ilícitos realizados por empresas, pues aunque sus sentencias puedan ser tan severas como las penales en sus efectos financieros, no comprenden el estigma del delito, esto es, no se consideran delincuentes en el sentido usual. En palabras de SUTHERLAND, “una multa civil es un castigo financiero sin el castigo adicional del estigma, mientras que una multa penal es un castigo financiero con el castigo adicional del estigma”⁷⁵⁵.

En efecto, si en la sanción se incluye el estigma delictivo, entonces se sitúa a los infractores de la norma dentro del estereotipo de *delincuente*, pues las normas actuales que regulan los ilícitos cometidos por las uniones empresariales no se encuentran conectadas al estigma del delito, minimizando de esa forma el actuar criminal del grupo. Esta situación permite al crimen organizado corporativo quedar fuera del alcance penal. En general, se aprecia la sustitución del *ius puniendi* por métodos no penales, dado que muchas normas –incluida la de crimen organizado- aún se encuentran limitadas por afectaciones que surgen de humano a humano, lo cual pasa por alto muchas conductas penales que forman parte del Estado moderno; por ello, el parámetro a seguir es la implementación del *compliance ad extra* que considera a la coalición como imputable, pues, a pesar que actualmente algunos países frecuentemente acusen y condenen personas jurídicas por diversos delitos, el espacio de la delincuencia organizada corporativa aún continúa estática.

En ese contexto, las personas jurídicas son agentes autónomos que se distinguen de los simples agregados de individuos por los procedimientos internos adoptados en la toma de decisiones, el cumplimiento de normas de conducta por parte de los agentes al interior del grupo y la inmutabilidad de la identidad del grupo, a pesar de los cambios que la identidad o rol de sus integrantes pueda sufrir. Ciertamente, las decisiones constituyen un elemento indispensable en la separación de sujetos. Así, la decisión interna de la estructura corporativa (siempre coherente con la entidad o el conjunto) constituye la regla de reconocimiento sobre las determinaciones empresariales; por ejemplo, tratándose de uniones empresariales el elemento categórico es la intencionalidad colectiva con la que

⁷⁵⁵ SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco*, (trad. Rosa del Olmo), Ed. La piqueta, Madrid, 1999, p. 99.

actúan los agentes del grupo, la cual no es reductible a la intencionalidad individual. Esto permite establecer cuándo una decisión es de la coalición corporativa y cuándo es una política del agente individual, de manera que pueden ser extraídas las decisiones emanadas de un conjunto empresarial, un subconjunto del mismo o un solo agente.

En una teoría del incumplimiento corporativo, conceptos distintos a la intencionalidad como, por ejemplo, la persecución de las diferentes estrategias que la complementan, deben asumir una mayor importancia, pues los integrantes no sólo actúan premeditadamente sino también son capaces de formar creencias evaluativas, es decir, convicciones sobre proposiciones de valor. En otras palabras, el colectivo de personas jurídicas hace juicios de valor cada vez que sus miembros aprueban propuestas presentadas para su consideración. Sentado esto, la unión empresarial es capaz de hacer un juicio sobre lo bueno y lo malo, y actuar en consecuencia.

Lo anterior es, en gran medida, el fundamento en la conformación y actuación de las alianzas corporativas, pues se encuentran sujetas a decisiones de gestión y estrategia empresarial. Este desarrollo se encuentra relacionado directamente con la capacidad de las personas jurídicas de visualizar su gestión de manera global, dado que, hoy en día, es escasa la actuación individual en el ámbito empresarial, incluidas las pequeñas empresas quienes llegan a tercerizar sus actividades. De esta perspectiva integradora, derivan los criterios, tanto para la fijación de objetivos concretos, como para la integración de las personas jurídicas en un proyecto común empresarial, donde las decisiones y normas de gobierno reflejan la cultura empresarial del grupo. Es decir, la forma de comprender e integrar los valores éticos, dará el contenido real a las normas que asumirá la directiva del colectivo (empresas controladoras), lo cual no es sencillo dada la multiculturalidad empresarial existente en las uniones empresariales. Esta evolución de mercado plantea retos desconocidos para el Derecho penal, provenientes de procesos globalizados de actividades económicas, en un momento creciente de empresas lícitas e ilícitas.

En este contexto, los valores y normas éticas (y culturales) juegan un papel preponderante, ya que impulsan la integración de las personas jurídicas en la unión corporativa, como comunidad económica-social, y facilita a los sujetos colectivos la realización de actividades (legales o ilegales), pues dichos valores actúan como fundamento de las normas de gobierno del grupo, las cuales –en principio- deberían regir los

comportamientos de las empresas y su personal. Aunque ello no siempre es así, dado que en la interpretación valorativa el conjunto empresarial, en muchas ocasiones, flexibiliza sus comportamientos en las actividades económicas, internas y/o externas, lo cual, en parte, condiciona el éxito de sus estrategias, incluidas las deshonestas, pues las diversas culturas empresariales son gestionadas de tal forma que las personas jurídicas se identifican con un solo proyecto corporativo en el ámbito metaempresarial, el cual no siempre es lícito al momento de realizar la actividad económica y/o social.

Mencionaba que la alianza corporativa y sus integrantes (personas jurídicas), gestionan sus procesos de cambio cultural, integrando valores éticos dentro de un entramado organizado, en el que se busca la mejor forma de integración para obtener beneficios, resolver necesidades del grupo empresarial, o bien, de una persona jurídica concreta. En cualquiera de sus formas, se busca favorecer a la comunidad organizada. Esta forma de percibir la comunidad empresarial, muestra la alta complejidad que las entidades representan para el Derecho penal, pues si pueden utilizar eficientemente su capacidad para realizar negocios lícitos, también consiguen coordinar actividades, personas y recursos para materializar delitos. Y es que la actual dinámica de mercado, reduce la forma de entender el comercio desde la empresa individual (en cuanto a organización y diseño estratégico), pues en el presente se plantea la actividad económica global de la empresa, sistema donde con facilidad se concretan ilícitos penales, por el diverso conocimiento-aprendizaje que los diferentes actores proporcionan a las uniones empresariales. En otros términos, si el conjunto empresarial es capaz de transmitir conocimientos apegados a los más altos estándares éticos, también puede comunicar prácticas deshonestas, de acuerdo a las experiencias de sus integrantes (por ejemplo, en el espacio de la evasión fiscal, blanqueo de capitales y demás delitos económicos) y a los propósitos del grupo.

De esta manera, las alianzas corporativas asumen alternativas estratégicas para posicionarse en el mercado asumiendo riesgos, incluso criminales. Ello exige, determinar un control penal en las estrategias empresariales, con el objeto de que las alianzas empresariales transfieran valores éticos a sus integrantes, como forma de prevenir delitos. Es decir, la exigencia de establecer programas de cumplimiento penal externos a los corporativos, dada la ideología global existente en las personas jurídicas, la cual sirve

como punto de referencia en la transmisión de conocimientos (legales o ilegales) entre los *stakeholders*, pensamiento asentado en la aceptación o no previa de valores.

En este entendido, los valores pueden ser producto de conductas antiéticas que, por la frecuencia de su práctica, se asuman como éticamente correctos. De ahí que el requerimiento a los programas de cumplimiento ético, es que sean capaces de modificar los comportamientos ilícitos de sus integrantes, así como la cultura criminal del grupo empresarial. En consecuencia, la globalidad, las uniones empresariales, sus integrantes y su proyecto común, constituyen el referente fundamental para aglutinar valores que permiten integración de las personas jurídicas⁷⁵⁶. Por ello, es preciso identificar juicios de valor antiéticos, traducidos en actos ilegales, para que estos, a su vez, no sean capaces de suministrar una cultura criminal a los integrantes del grupo corporativo. Es aquí, donde la ética auxilia la toma de decisiones, ya que ayuda a tener consciencia sobre los juicios de valor. Es decir, no se pueden tomar decisiones sobre una determinada actuación sin emplear juicios de valor, los cuales, incluso, pueden crear desacuerdos importantes en los grupos empresariales, razón por la que, en diversas ocasiones, son altamente ignorados por organizaciones empresariales dispuestas a materializar delitos.

Lo anterior, se encuentra relacionado con el conocimiento del cual disponen las personas jurídicas, que contribuye al desarrollo legal o ilegal de la alianza, aspecto que plantea –al menos en el ámbito empresarial- la dirección por el conocimiento, íntimamente ligada a la expresión organizativa de las redes, las cuales se fundamentan en las capacidades y potenciales individuales y que agrupadas constituyen unidades de conocimiento, que en el contexto de una red, incrementan sustancialmente su valor como individual y grupal, en la medida que el entramado demanda conocimientos para compartirlos⁷⁵⁷, lo cual repercute en el cumplimiento de objetivos colectivos y necesidades individuales, no siempre legítimas.

Siendo ello así, la unión empresarial, como forma organizativa de aprendizaje, tiene sustento en la comunicación (ver apartado V.3), ya que en realidad se trata conferir-recibir conocimientos. En consecuencia, la comunicación es el valor clave entre las personas

⁷⁵⁶ Cfr. GARCÍA ECHAVARRÍA, Santiago, “Modelos de gestión de la empresa multinacional”, *ICE*, n° 799 (2002), p. 63.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

jurídicas integrantes, pues solo si el conocimiento se comparte existirán estructuras organizativas eficientes, dada la información adquirida⁷⁵⁸. En este escenario, las personas no pueden compartir conocimientos lícitos, si no comparten valores éticos. Por lo tanto, los delitos materializados por alianzas empresariales, no es un problema de técnica en la comunicación, sino de ausencia de valores éticos en la misma. Es decir, las técnicas comunicativas son herramientas utilizadas como vehículo para poder realizarla, mientras que la comunicación en sí misma constituye la transmisión de conocimientos que forman la esencia de la persona jurídica⁷⁵⁹. Ciertamente, el sujeto colectivo, debe contar con la capacidad de compartir su conocimiento en el grupo al que pertenece, así como con otros entramados, para evitar que la información conferida no sea indebida o no se perciba como tal, en este último caso, cuando los principios corporativos que rigen las relaciones entre las personas sean lícitos. En efecto, la capacidad de transmitir facilita la dirección y *performance* de la unión corporativa, que puede soportarse en una red organizativa de conocimiento criminal, aspecto que fundamenta el crimen organizado (empresarial).

En consecuencia, el desafío actual del Derecho penal debe centrarse en la configuración de nuevas formas de control sobre las uniones empresariales, así como en la conformación/renovación operativa de las instituciones de gobierno encargadas de establecer mecanismos de control y vigilancia en la prevención del delito.

Lo dicho, encuentra relación con los aspectos de autoría descrita en los párrafos precedentes, dado que la capacidad en la formulación de juicios de valor proporciona una base para determinar una situación legítima o no de la agrupación, que fija la responsabilidad de la unión empresarial como una entidad separada de sus integrantes. Así, quienes elijan valerse del colectivo deben aceptar sus efectos positivos y negativos, con ello, se asumen los deberes que subsisten entre el grupo de agentes, sus integrantes y las personas físicas.

El contexto descrito, muestra que una entidad compuesta por organizaciones complejas es un conjunto de vínculos producidos por la comunicación. En el derecho corporativo, esta perspectiva es capturada por la metáfora que determina a la empresa como un nexo de contratos que destaca su carácter voluntario y afirma el mutuo intercambio de

⁷⁵⁸ Cfr. GARCÍA ECHAVARRÍA, Santiago, “Modelos de gestión...”, op. cit., pp. 63 y ss.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 64.

intereses, es por ello que cada componente representa los intereses del grupo como un todo. Así, si un integrante de la agrupación recibe todas las recompensas del éxito y todas penas del fracaso entonces sus intereses se encuentran desalineados con los del colectivo empresarial, pues el desarrollo de los intereses grupales depende de los esfuerzos de más de una persona, por ejemplo, la formación del grupo empresarial requiere de varias contribuciones para su realización. En este caso, se estima la contribución de las partes en la misma proporción debido a la equivalencia de lo aportado, consistente en la aceptación y concurrencia de las personas jurídicas para integrar el grupo, independientemente del rol que desempeñen con posterioridad dentro de la estructura colectiva. Esto sirve de base para reprochar criminalmente el crimen organizado corporativo como delito autónomo, ya que en normas donde esta clase de delincuencia se considera una agravante es notoria su naturaleza de dependencia normativa de otros delitos.

No menos importante es el reconocimiento individual de la persona jurídica dentro del colectivo empresarial, pues los miembros de la alianza conducen a la adopción grupal de decisiones racionales que operan como principio de acción del consorcio, determinaciones a través de las cuales se define e identifica a cada agente corporativo como parte de la agrupación.

Derivado de lo antedicho, la apropiación de las tipologías de mercado por el crimen organizado conduce a la necesidad de implementar dispositivos de control y vigilancia intragrupal. Así, el *compliance ad extra* es propuesto para evitar y combatir la divergencia de intereses entre los distintos miembros de la unión corporativa; medida que considera no solo la maximización de los intereses empresariales individuales, sino los principios que destacan el aspecto colectivo como, por ejemplo, el desarrollo de la labor conjunta, que sitúa al comportamiento individual en un segundo plano, pero en el cual se encuentra el cultivo de la lealtad recíproca. En otros términos, el éxito del conjunto empresarial requiere que los participantes se encuentren vinculados y motivados (al menos en parte) por la lealtad hacia la organización con la cual se identifican como miembros de un grupo, al realizar actos dirigidos a la obtención de metas colectivas (principio de acción).

En resumen, la doctrina corporativa desempeña un papel importante en la teorización de la naturaleza y finalidad de la responsabilidad penal del grupo empresarial. A este efecto,

destaco las características particulares que permiten la identificación de las uniones empresariales como un ente independiente de sus integrantes. Un primer elemento, es la identidad que permanece estable a pesar de los cambios que sufran al interior del grupo, esto es, la asociación mantiene el mismo significado (metas y objetivos) antes y después de una alteración en su composición. Una segunda particularidad es la toma de decisiones, pues con ellas los integrantes adoptan colectivamente los principios racionales como principios de acción; y, por último, el componente de mayor relevancia, a mi juicio, es la comunicación intragrupo generada, la cual no solo determina la unidad del colectivo, sino que opera como el injusto en materia de crimen organizado.

Al respecto, es obligado reconocer si la unión empresarial, como corporativo independiente de sus integrantes, debe responder de la acción de un integrante específico o si, por el contrario, la empresa individual es responsable de su actuar por ignorar las prácticas positivas de la asociación. En principio, aunque puede tratarse de casos infrecuentes, si el integrante se opone a una política negativa de la unión empresarial, la alianza debe ser reprochada penalmente, de forma que el acto ilegal es denunciado como hecho de la asociación sin considerar la ubicación de sus componentes al interior. Por otro lado, la existencia de los programas de cumplimiento externo permiten el establecimiento de políticas a través de las cuales el conjunto empresarial se debe regir, de esta manera, en el supuesto de que algún integrante no se encuentre coordinado con la filosofía normativa grupal derivada del *compliance*, entonces debe responder personalmente por el ilícito. Esto es así, porque generalmente cuando una persona jurídica perteneciente a la unión corporativa es acusada por infracciones legales, se argumenta la ignorancia e inexistencia de políticas extra-empresariales, permaneciendo la institución infractora fuera del control de la alianza corporativa. Por ello, para el propósito de este escrito, la unión corporativa se trata como unidad, sin considerar el lugar de los integrantes al interior del aglomerado, tema relacionado con los ilícitos desempeñados ulteriormente por la agrupación.

En este contexto, es preciso señalar que las condiciones determinantes en la responsabilidad criminal de las uniones empresariales son, por un lado, las normas de grupo que operan como factor motivante en la comisión delictiva y, por el otro, el compartimento del daño entre los integrantes, en la medida que aportan una parte esencial en la consecución del objetivo (inicial) colectivo: formar la organización criminal

arrogando formas asociadas a las uniones empresariales, cuyos actos en absoluto deben considerarse aisladamente, esto es, individualmente, sino que, a efectos de imputación, es necesario reconocer su acción unitaria, sobre todo si el origen del término *unión* (del latín *unus* [uno]) determina el carácter indisoluble de la organización, aspecto considerado en la reciprocidad del reproche penal. Dicho de otra manera, la asociación responde por las infracciones de sus componentes toda vez que sus irregularidades son consideradas producto del grupo; pues, en realidad se estima es el esfuerzo conjunto en la consecución de objetivos comunes que operan como principio de acción de la colectividad empresarial, la cual persiste –incluso– si la identidad de sus miembros cambia.

Ahora bien, para evaluar la infracción como grupal no es necesaria la presencia simultánea de todas las personas jurídicas, pues los distintos escenarios que se presenten con posterioridad al establecimiento de la unión corporativa no cambian con la separación estratégica de los integrantes, dado que en estos supuestos opera el principio de pertenencia. Así, en el entendido que la entidad es una colectividad compuesta de personas jurídicas que perviven en diferentes momentos y donde cada una realiza una parte orientada a metas comunes, en esa medida la organización existe a lo largo del tiempo, la cual además va incluyendo otras personas jurídicas que no siempre pueden concurrir en existencia concomitante, pues, incluso pueden ser partícipes externos a la organización, los cuales no son contemplados por las diversas legislaciones en materia de crimen organizado.

Dado que el tema que me ocupa es la delincuencia organizada y la consideración de las personas jurídicas como sujetos de derecho en la materia, cabe abrir un paréntesis asociado a la participación externa de la empresa lícita o ilícita. En efecto, las diferentes legislaciones en materia de crimen organizado no contemplan la colaboración ad extra de la persona jurídica (o incluso física) en la disciplina, limitándose a prever de forma diferenciada la autoría o participación en al interior de una organización criminal⁷⁶⁰. Este

⁷⁶⁰ El art. 4 LFDO dice: “Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes: I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del art. 2o. de esta Ley: a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa. II. En los demás delitos a que se refiere el art. 2o. de esta Ley: a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o b) A quien

escenario, no permite la existencia de grados de concurrencia, pues, por más que en los hechos existan sujetos foráneos, con una mayor o menor intervención en la organización, perteneces a ésta, dado que su colaboración ayuda al sostenimiento de la propia organización delictiva. Con todo, parte de la doctrina penal comparada, señala que el concurso externo en los delitos de organización no tiene lugar para las reglas de imputación, ya que los modos difusos de integración –de determinadas personas- en las actividades del grupo criminal, tratan supuestos de sujetos que no coinciden ni participan en los fines de la misma, por lo que no tienen una incorporación estable o permanente, aunque en diversas ocasiones aporten información, medios, consejos profesionales, entre otros, ayudando con ello a la permanencia y estabilidad de la organización criminal.

Esta clase de participación se intenta regular, de forma paradójica, por ejemplo, en materia de lavado de dinero, numerosos profesionales (notarios, abogados, contadores) aparecen obligados a denunciar dichas operaciones. A partir de lo dicho, cabe cuestionarse si aquellos deben/pueden responder como partícipes de la organización criminal a partir de su tarea profesional, aun cuando normativamente son garantes para evitar éste delito. De ser afirmativa la respuesta, se sitúan como parte externa de la organización criminal en la medida que conocen del delito, por lo que no basta la sospecha sobre la operatividad de la organización, sino la participación con su auxilio profesional. En el caso de los delitos en concreto, incluso pueden aparecer como autores o coautores en comisión por omisión.

Otro ejemplo lo sugiere el tráfico de drogas donde con frecuencia se da la participación externa de sujetos. Piénsese en el caso del conductor del tráiler quien, además de no tener la calidad de garante, ignora que el cargamento llevado en la cabina del transporte es cocaína. En el supuesto, la persona fue acusada por la autoridad ministerial y sentenciada por la autoridad judicial como partícipe interno de los delitos de delincuencia organizada y contra la salud en su modalidad de transportación de drogas, sin tomar en consideración el conocimiento que el sujeto tenía sobre la existencia, operatividad y estructura de la organización criminal, aplicando criterios de imputación objetiva. Como se observa, la solución del concurso externo no se toma en consideración al momento de imputar.

no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa”.

En materia corporativa, puedo referir diversos casos en Estados Unidos donde las personas jurídicas (lícitas) que operan bajo la estructura de *holding* han sido acusadas penalmente, pero sancionadas a través de acuerdos judiciales que se limitan a condenar bajo el argumento que la actividad criminal pertenece a una fracción de la unión empresarial (sucursal), lo cual supone la inexistencia simultánea de los integrantes. En razón de ello, a efectos de lo dispuesto en la Convención de Palermo, el ilícito se halla consumado con la simple alianza, siempre preexistente a los delitos que pudieran resultar.

No obstante lo anterior, el Derecho comparado proporciona modelos normativos de participación al exterior de la organización criminal, como ejemplo, se encuentran los arts. 416 del Código penal italiano y 152 del Código penal uruguayo. El primero, prevé como tipo penal agravado el intercambio de favores electorales con la organización criminal, sobre todo a través de promesas de votos para los candidatos; el segundo, establece la participación externa en la organización criminal, sancionando cualquier asistencia que se preste a la asociación susceptible de favorecer su acción, mantenimiento o impunidad, fuera de los casos de participación o encubrimiento. Uno y otro constituyen ejemplos en la asunción de técnica legislativa para regular la participación externa en la criminalidad organizada. A partir de ello, la cuestión a debatir es si existe algún punto intermedio de participación criminal en la organización, pues parece ser que o existe la plena integración del sujeto en la estructura o se da su total impunidad, pese a concurrir alguna relación plena y total con la organización⁷⁶¹.

⁷⁶¹ En México, al no existir dentro del tipo de delincuencia organizada la participación externa quedan impunes cuestiones especialmente relevantes, en la que existe un detrimento a las instituciones del Estado, tal es el caso de diferentes operativos en los que han aparecido vinculados con la organización diversos funcionarios públicos, empresarios, entre otros actores., se trata de una correspondencia política respecto al crimen organizado, pues “no se alcanza con describir al crimen organizado a través de su estructura o sus fines sino que es necesario poner en evidencia la esencial vinculación que tiene con la corrupción política, de cualquiera de los poderes del Estado”. En este sentido ver FERRO ILARDO, Susana Beatriz, “El crimen organizado y su vinculación con la corrupción política”, *Estudios Latinos e Iberoamericanos*, Ed. Dunken, Buenos aires, (2011), p. 1. Disponible en <https://estudioslatinoselberoamericanos.wordpress.com>. En consecuencia, La verdadera criminalidad organizada, supone la afectación de los principios básicos de legitimación en el ejercicio del poder público. En este sentido, ROSE-ACKERMAN manifiesta que en sistemas corruptos los negocios ilegales funcionan “a salvo de la administración de justicia, bien sea comprando a la policía y a los políticos o incluyéndolos directamente en sus negocios”, esto es, haciéndolos partícipes de las ganancias”. A partir de ello, “el peligro para el desarrollo económico surge cuando los grupos del delito organizado comienzan a dominar negocios de otro modo legales. El delito organizado puede usar las ganancias de la empresa ilegal, no sólo para asegurar la complicidad de los funcionarios públicos en sus actividades ilegales, sino también para infiltrar negocios legales. Las ganancias generadas por los negocios ilegales, obtenidas sin pagar impuestos, pueden reinvertirse después en negocios lícitos y en la obtención de contratos públicos”, en otras palabras, los grupos criminales dominan los ámbitos de comercio legal gracias a la complicidad de funcionarios. Al respecto ver ROSE-ACKERMAN, Susan, “¿Una administración

Lo dicho en párrafos antepuestos, deja entrever el carácter unitario de la asociación empresarial y su independencia de los integrantes. Asimismo, queda claro que los componentes de la organización no deben operar simultáneamente, siendo suficiente que cada uno desempeñe su *hacer* para alcanzar los objetivos comunes, base de su acción.

Ante ello, surge la necesidad de articular la responsabilidad penal en base a la imputación recíproca, figura que permite explicar el propósito del reproche en el espacio del crimen organizado de personas físicas o jurídicas, pues llama la atención el modelo de atribución utilizado en la actualidad que no considera la contribución que las reglas del conjunto juegan en la producción del daño y la responsabilidad de los integrantes en relación con el contenido de esas normas; por el contrario, el Estado limita la condena al infractor directo (integrante), absolviendo indirecta y expresamente al conjunto corporativo (conglomerado), representación que ha sido adoptada como el *ethos* en la imputación del crimen organizado.

En este entendido, con la formación del grupo (organizado), los miembros encuentran su responsabilidad en la internalización de normas colectivas, de las cuales, en gran medida, dependen los resultados del grupo. Si, por ejemplo, comparamos dos filosofías empresariales distintas, donde la primera determina “maximizar el retorno a los accionistas” y la segunda “satisfacer las necesidades de los clientes”, ambos casos alcanzan un estado de norma social que guía las acciones de sus integrantes. En el primer caso, el corporativo puede determinar una conducta deshonesta generalizada pero rentable, en tal supuesto la unión empresarial es infractora a pesar que la conducta criminal sea materializada por uno o más miembros del conglomerado, pues no se considera la forma individual o aislada del acto sino un resultado del conjunto corporativo, donde todos los miembros comparten recíprocamente las responsabilidades. De acuerdo a lo expuesto, la sanción impacta de forma aflictiva a los objetivos del grupo y no solo –de manera directa- a sus integrantes, lo que garantiza una simetría en la imposición de pena tanto en los componentes individuales como en la asociación (ente autónomo).

reducida significa una administración más limpia?”, Ed. Nueva Sociedad, n° 145 (1996), p. 11. Disponible en http://nuso.org/media/articles/downloads/2533_1.pdf.

Así, en la medida que los *delitos* no se perciben como ilícitos, y que las *multas* impuestas en realidad no condenen, ni determinen incentivos para modificar el comportamiento de la organización corporativa, estará en duda si la imposición de tales sanciones al conjunto entra en la concepción de responsabilidad penal, pues no sería punitivo en el sentido que el término ha sido utilizado. Así, se llega a la conclusión general que un quebranto a la norma penal no necesariamente es una violación al código de negocios, no obstante que “el prestigio se pierde por violación del código de negocios pero no por violación del código legal, salvo cuando éste coincide con aquél”⁷⁶². Esto no quiere decir que la responsabilidad criminal de la unión corporativa actualmente sea injustificada, simplemente no tiene el carácter propuesto en la Convención de Palermo, esto es, de responsabilidad penal por crimen organizado corporativo.

Con referencia a lo anterior, se puede considerar que las uniones empresariales no son sólo deliberadas sino organizadas. Y es que se trata de personas jurídicas formales dispuestas a la comisión delictiva que actualmente no se limita al espacio de prácticas comerciales ilegales, sino que participan de otras actividades ilícitas fuera de su ámbito de desarrollo o actividad normal, por ejemplo, contribuyen en la trata de personas, homicidios, tráfico de drogas, entre otros aspectos que van más allá de su esfera de actuación. Aun así, la unión corporativa es una organización formal que tiene como base las relaciones entre sujetos complejos, quienes también se disponen para el control normativo que puedan afectarlos en su crecimiento, especialmente económico. Frente a esta situación, en términos de crimen organizado, el *criminal compliance* que actualmente regula las relaciones intra-empresa parece no tener ningún efecto cuando de asociaciones corporativas se trata, pues se conciben nuevos vínculos en un plano de distinto cuño: el exterior de la persona jurídica. En palabras de SUTHERLAND, “mientras algunas asociaciones han desarrollado códigos de ética de negocios y muchos de los representantes han sido sinceros en la formulación de esos códigos, el efecto actual de los mismos no es diferente de lo que habría sido si los códigos hubiesen sido escritos por hombres que se burlan de todo”⁷⁶³.

⁷⁶² SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco*, op. cit., p. 263.

⁷⁶³ SUTHERLAND, Edwin, op. cit., p. 264.

Y es que, aun cuando no exista una organización formal, las personas jurídicas desarrollan consensos sobre la libre competencia y libre empresa, pero también con consenso practican la restricción comercial así como determinadas prácticas ilegales. Al respecto, he citado diversos ejemplos asociados a sujetos colectivos que no se disponen a soportar la carga de la competencia o a permitir que el sistema económico se regule a sí mismo, por lo que adoptan métodos de manipulación a través de las diversas formas corporativas de organización que la materia mercantil ofrece, tales casos se relacionan a prácticas económicas desleales, donde las uniones empresariales arbitrariamente fijan políticas en el aumento de precios e intercambio de información.

En efecto, las políticas de negocios adoptadas en el marco de la unión empresarial acogen la forma de acción de una unidad corporativa; así, la conducta de la masa es la conducta corporativa, pues las personas jurídicas integrantes no operarían de la misma forma como lo harían aisladamente. En consecuencia, se debe reprochar a la alianza así como a sus integrantes, pues en ellos se tiene que dividir la responsabilidad criminal. Para ello, es ineludible la generación del *compliance ad extra*, pues sólo a través de él se establece una política de prevención de riesgos delictivos entre los integrantes de una asociación empresarial, además, de evitar el ocultamiento de los colaboradores y sus transacciones a través del intercambio de personalidades, cuyo objetivo es producir confusión sobre la responsabilidad. En este entendido, el *compliance* externo permite el conocimiento de las conexiones existentes entre corporativos, tal como lo consienten los programas de cumplimiento actuales, impidiendo entorpecer la ubicación sobre la responsabilidad resultante para las personas jurídicas dentro de la unión. Otro de los argumentos en favor del programa de cumplimiento externo, se sitúa en relación a las clases conductas ilícitas, pues la unión selecciona delitos donde exista un riesgo mínimo de ser descubiertos e identificados, lo que tiene una estrecha relación con víctimas difuminadas y dificultad probatoria; ello reconoce la necesidad de replantear en el espacio del crimen organizado la clase de delitos que se pueden concretar en ese ámbito, pues hasta ahora no se contemplan ilícitos penales realizados mediante la arrogación de tipologías mercantiles. Este análisis, evidencia la conclusión de que las infracciones normativas realizadas por las uniones empresariales, en muchos casos, son deliberadas y organizadas. Es aquí donde los programas de cumplimiento exteriores a las personas jurídicas desempeñan un papel importante en la regulación de sus vínculos, más aún, ayuda a explicar las responsabilidades individual y de grupo.

Es útil recordar las palabras de SUTHERLAND, quien afirmó que “la conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen esa conducta favorablemente y en aislamiento de aquellos que la definen desfavorablemente; y que una persona en una situación apropiada participa de esa conducta delictiva cuando, y sólo cuando, el peso de las decisiones favorables es superior al de las definiciones desfavorables”⁷⁶⁴. Esto es aplicable a las uniones empresariales cuya posición en el tráfico delictivo, principalmente económico, determina la oportunidad y necesidad de quebrantar determinadas normas que les impiden realizar ciertas actividades para obtener, esencialmente, ganancias; luego, los integrantes de la alianza corporativa entran en una conspiración para realizar prácticas ilegales, de modo que si alguna persona jurídica utiliza un método ilegal, el resto de las corporaciones adoptan el mismo sistema, igualando la ventaja competitiva frente a los integrantes del grupo. En este contexto, se puede decir que si el *compliance* se utiliza únicamente en la regulación de riesgos empresariales individuales, entonces se postergan los riesgos y/o daños causados por asociaciones empresariales. En este entendido, los objetivos generales del conglomerado coinciden con los objetivos de la ciencia penal, pues actualmente el crimen organizado corporativo pasa inadvertido.

En la doctrina latinoamericana ninguna de las teorías alcanza para dominar la discusión sobre el tema, dada la concepción y naturaleza del fenómeno delincuencia organizada, el cual se reserva para su reproche a la noción de criterios de accesoriedad en la participación, los cuales operan sobre ilícitos circunscritos a la disciplina.

⁷⁶⁴ SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco*, op. cit., p. 277.

VI. CONCLUSIONES

1. Esta investigación afecta diversas materias jurídicas como el Derecho constitucional, penal, mercantil y Derechos Humanos dado su carácter transversal, pues en torno a ellas se articulan los contenidos correspondientes de los distintos capítulos. Es por ello que los grandes ejes considerados para los fines de este trabajo van desde la problemática que el concepto de crimen organizado representa frente al sistema jurídico hasta las bases para su regulación e imputación en el espacio de las personas jurídicas. En lo particular, el desarrollo de los tópicos, a su vez, agrupan distintos temas tales como la legitimidad normativa e injusto de la disciplina, la consideración de las personas jurídicas como sujetos de derecho en la materia, lo que significa la extensión del centro de imputación y no la supresión de la persona física, aspectos que motivaron la consideración de las uniones empresariales como base de una nueva percepción de la delincuencia organizada.

2. A pesar de que la ciencia penal no se ha pronunciado respecto al crimen organizado empresarial (asociado con alianzas corporativas), su concepción es indispensable para evitar lagunas de impunidad a través del establecimiento de mecanismos que permitan prevenir e imputar la delincuencia corporativa, sin olvidar la responsabilidad penal que corresponda a la persona física por su participación en la organización criminal. Para ello, el estudio aquí realizado parte de hacer notar la inoperatividad de la norma actual que, si bien, a efectos prácticos ha resultado funcional en algunos países, lo cierto, es que también ha significado un deterioro de la persona humana, además de la impunidad de crímenes orquestados por sujetos colectivos.

3. En efecto, la indemnidad e ineficacia que la materia proyecta posibilita establecer las bases de la organización criminal corporativa y su prevención a través del *compliance ad extra*, dados los vínculos externos generados en las uniones empresariales. Para ello, ha sido necesario describir las dificultades teóricas-prácticas en torno a la persona natural, así como el alejamiento que el Derecho penal hace del crimen organizado a nivel de corporativos. Ello, conduce a concluir con el establecimiento de mecanismos que, a mi juicio, deben estimarse en la prevención y reproche de la delincuencia organizada empresarial.

4. De esta forma, infiero que siendo la norma penal una valoración que incide en el comportamiento de la persona, su estudio no queda sujeto a la interpretación del Derecho positivo sino a su dimensión crítica y a sus soluciones. Es por ello, que en el desarrollo del trabajo cuestiono al sistema criminal en cuanto a coherencia y coordinación de sus principios limitadores con otras ramas del Derecho, principalmente constitucional y Derechos Humanos; pues, particularmente, los instrumentos normativos de combate a la criminalidad organizada ponen de manifiesto la exigencia de armonización legal, que permite a la ciencia penal continuar siendo un instrumento de tutela para el ciudadano.

5. El desarrollo del crimen organizado muestra una notoria falta de equilibrio, sobre todo porque las decisiones de los tribunales de Derechos Humanos se vinculan al sistema de excepciones que comprende el ámbito normativo que regula la delincuencia organizada. Esto, dificulta el acceso a una noción de delincuencia organizada circunscrita exclusivamente a las personas físicas, precisamente porque las exigencias legales y político-criminales de la especialidad resultan discutibles en cuanto al desvanecimiento normativo de límites dogmáticos. Ello pone sobre la mesa el debilitamiento y/o renuncia de principios construidos por el Derecho penal liberal como demarcación a la potestad punitiva estatal debido al intenso empleo sobre el riesgo (estrechamente vinculado al adelantamiento punible) que hoy sirve como instrumento central del Derecho penal, cuya gravedad, a mi juicio, radica en la falta de esclarecimiento sobre la interpretación y aplicación restrictiva de la delincuencia organizada, justamente, por la ausencia de marcos límite. Esta sobreutilización del riesgo y anticipación penal orienta la disciplina, casi de forma exclusiva, al mayor logro de criminalizar mediante la regulación de actos preparatorios no punibles, además de recurrir al uso de bienes jurídicos difusos respecto de los cuales resulta difícil encontrar un efecto lesivo originado por una “acción” típica. Todo ello, so pretexto de generar una cultura de prevención a través de conductas situadas en etapas previas donde su atribución penal, en principio, se sustenta sobre el marco de libertades del sujeto, o bien, en actos consumados que solo pueden ajustarse al área de la tentativa. Considero, entonces, que la autonomía de la delincuencia organizada representa un adelantamiento intervencionista a una fase de desarrollo de la acción delictiva alejada del daño al “bien jurídico”.

6. Es viable destacar que entre prevenir y adelantar (la protección) existe una notable diferencia, pues, mientras la prevención es un mecanismo para prescindir del delito en lo

posible; la anticipación se constituye como una forma de regulación de conductas fundamentada en la probabilidad del riesgo lesivo. En ambos casos, se presume la existencia de un bien jurídico, en mi opinión, inexistente en el espacio del crimen organizado, tópico que en realidad forma una herramienta de transferencia que cede un *extra* de gravedad al tipo básico. En otros términos, el tipo penal analizado otorga a otros delitos una compensación de riesgo lesivo al bien ya tutelado en aquellos; en este sentido, la figura opera como elemento auxiliar o complementario de diversos ilícitos penales. Siendo ello así, la protección se adelanta sobre las expresiones del crimen organizado dado el vínculo de dependencia normativa existente, que surge –principalmente- por la carencia de injusto propio, lo cual empobrece las exigencias probatorias de la conducta ilícita y sus presupuestos de punibilidad, requisitos indispensables de la atribución penal. En consecuencia, deduzco que debido a la inexistente víctima visible, daño manifiesto y falta de relación de causalidad entre acción-resultado, el reproche se somete de forma preferente a la comprobación probable de afectación o acción riesgosa.

7. Este escenario muestra un concepto cada vez menos sólido de bien jurídico, noción que presenta una involución en el tema desarrollado, sobre todo cuando su tratamiento normativo es autónomo. Es por ello, que bien jurídico y delincuencia organizada componen el binomio más discutible en torno a los límites materiales del *ius puniendi*, pues suponen el decaimiento del concepto de interés protegido y, seguidamente, del principio de lesividad, siendo sustituidos por la simple inobservancia de normas organizativas, traducidas en la protección de condiciones o estándares de seguridad para evitar perturbaciones sociales.

8. De acuerdo a lo planteado y a la autonomía legal que el crimen organizado tiene en algunos países, concluyo el indispensable desarrollo del concepto bien jurídico como requisito despenalizador y criterio para la menor criminalización de conductas posibles (principios de *ultima ratio* y subsidiariedad), así como para el mantenimiento y mayor extensión de la libertad personal (principios de fragmentariedad y *pro-libertate*). Esto es así, porque el bien jurídico opera en dos sentidos: primeramente, como marco límite a la potestad del legislador en la creación de delitos (proceso de criminalización primaria) donde se impone como exigencia la relevancia (individual o colectiva) del interés protegido y, en segundo lugar, como condición a la función concreta de interpretación y aplicación de los tipos penales que desarrollan los jueces, pues, mediante el análisis del

daño se impide la imposición de sanción sobre conductas no lesivas o que no representen un peligro penalmente relevante. De ahí que las acciones que no perjudiquen de manera efectiva bienes tutelados queden fuera de lo normativo. De esta forma, se impone como límite al *ius puniendi* la inherente lesión o peligro de un determinado valor ético-social a cada figura típica.

9. En ese entendido, no basta que la conducta u omisión se corresponda abstractamente con el tipo, también es necesaria la lesión significativa de un interés tutelado como es la alteración de la comunicación al interior de la alianza empresarial que, ciertamente, constituye la base de su actitud criminal; pues, a nivel de la teoría del delito, aun en el caso de conductas formalmente adecuadas normativamente, si aquella afectación o puesta en peligro es inexistente entonces se carece de antijuridicidad material y, por lo tanto, resultan no punibles. Aunque este criterio haya tenido mayor aplicación e interpretación en los delitos de resultado, es íntegramente aplicable a supuestos típicos de riesgo, puesto que no existe razón para excluirlos del análisis de lesividad, especialmente cuando se trata de supuestos de delincuencia organizada (normativamente autónoma) donde el bien jurídico debe servir como interpretación restrictiva de la figura.

10. La solución propuesta sobre la legislación del Derecho penal de riesgo, al menos en el plano del crimen organizado, debe transitar necesariamente por la construcción de criterios condicionales en su aplicación, cuyo propósito es conseguir cierta coherencia de cara a los principios de garantía contemplados por la ciencia penal; en consecuencia, la confirmación congruente y consecuente del fin del Derecho penal no sólo será formal sino material. Ello significa que la norma analizada debe formularse y aplicarse, directa y exclusivamente, sobre la base de una teoría del bien jurídico que conmina únicamente acciones lesivas o verdaderamente peligrosas para el mismo, pues hasta ahora la delincuencia organizada carece de un interés directo a proteger, por lo que se constituye como una figura protectora de tipos básicos.

11. Lo antedicho, me lleva a concluir que uno de los mayores desafíos en la materia es determinar la frontera de la anticipación, ya que de ella depende hasta donde puede adelantarse legítimamente la protección del interés protegido (de otras figuras típicas), sobre todo cuando la consumación del delito es meramente formal, es decir, cuando no existe producción de daño o peligro determinado como en el caso de delincuencia

organizada. En mi experiencia, mientras el adelantamiento en la materia no se condicione, debe evitarse la pena sustentada sobre la probabilidad de riesgo del comportamiento, pues no posee como mínimo una peligrosidad abstracta de daño. Frente a ello, la capacidad lesiva de la delincuencia organizada debe determinarse de forma precisa, por ejemplo, mediante la clasificación del riesgo, que parte de verificar la existencia del potencial lesivo (elemento objetivo) en el momento en que los autores desarrollan la acción; aunque ello es discutible cuando la consumación del crimen organizado se colma con la simple organización de hecho o reunión de personas con finalidad ilícita, razón por la cual el estudio *ex ante* radica siempre en sus manifestaciones y no en la organización misma.

12. Consecuentemente, la conformación de un grupo con propósitos criminales, concretamente considerada en la materia, es adecuada para generar objetiva, manifiesta e inequívocamente el riesgo para otros bienes jurídicos ya protegidos en los delitos base. De esta forma, el *plus* pretendido de desvalor del riesgo objetivo requiere su constatación en la conducta previa a la materialización hechos delictivos, esto es, de las manifestaciones del grupo criminal, y ello únicamente puede darse a través de la verificación de la objetiva capacidad para poner en peligro o riesgo bienes tutelados en los delitos finales.

13. El contexto descrito, hace evidente concluir que el fenómeno analizado no puede pensarse bajo la idea simplista de un conjunto estructurado de personas con finalidades ilícitas. Y es que de acuerdo a sus características, principalmente autopoiética, entiendo que su injusto se orienta más allá de la unidad estructural colectiva. Esto es, si la *autopoiesis* designa la capacidad de autoreproducción y mantenimiento de un sistema, éste se corresponde necesariamente con la cadena de operaciones que incumbe una retroalimentación, la cual permite estabilizar negativamente a los agentes creando una perturbación traducida en la amplificación del espectro delictivo, aspecto de importancia en el diseño operacional de la organización criminal, determinado por la definición de puentes de comunicación que incrementan los vínculos y hacen más eficaces los espacios de participación, siempre coherentes con la consumación de delitos como objetivo principal. Siendo ello así, el colectivo ilegal extiende su radio de actuación mediante la comunicación interna, la cual constituye el proceso fundamental en la creación y consolidación de organizaciones criminales. Es así como la unidad social criminal responde en dirección opuesta a la norma.

14. De ahí que mi propuesta de lo injusto en los grupos criminales (personas físicas o jurídicas) se vincule a la comunicación, dado que las únicas operaciones posibles son las decisiones secuenciales que forman acontecimientos, los cuales a su vez permiten determinar la siguiente decisión. Desde esta perspectiva no puede hablarse solo de una organización subordinada a propósitos, pues como sistema autopiético el colectivo con finalidades delictivas no cuenta (aún) con datos objetivos pero sí con productos propios, esto es, actos de comunicación interna negativamente fortalecidos que mantienen tanto los vínculos de solidaridad entre sus integrantes, como el alcance de sus objetivos criminales. De esta forma, si la comunicación interna empresarial sirve para lograr objetivos lícitos, también sirve para alcanzar metas ilícitas. Con ello, no trato de determinar si la comunicación es exitosa o no al interior o exterior de la organización, sino de destacar su secuencia prolongada que origina intercambios que determinan la conducta criminal, pues esta interacción llega a constituir un sistema social cerrado (operativamente) y a subsistir por la retroalimentación o *feedback* entre los integrantes de la organización a través de eventos comunicativos que no se limitan al campo de empresas legales. Ello, no significa que la incompreensión en la comunicación constituya la emancipación de los miembros de la organización ya que forma parte del proceso de interacción. Esto último es de utilidad en el juicio de atribución por colaboración externa al colectivo criminal.

15. Tales aseveraciones me permiten ultimar que la organización criminal, en tanto unidad, debe reprocharse sin depender de elementos ajenos (otros delitos). Esto es, si continúa la forma de imputar hasta hoy conocida, aduzco que la delincuencia organizada normativamente autónoma se situará siempre bajo la hipótesis de penar antes de producirse el hecho ilícito. En razón de lo mencionado, la ciencia penal debe poner especial énfasis en lo expuesto, pues el proceso de comunicación, en mi entender, resulta indispensable en la determinación del injusto penal autónomo de la materia.

16. Y es que si se acepta que un mensaje genera una interacción y esta, a su vez, se traduce en una conducta, surge la premisa de “es imposible no comportarse”. En este contexto, la comunicación refleja su importancia en el ámbito de las organizaciones, pues si nadie puede dejar de comunicarse, se tiene que buscar lo injusto en el cómo de la comunicación, que define el modo en que los sujetos conciben su relación.

17. La principal consecuencia del razonamiento antecedente, me lleva a inferir que la comunicación no solo transmite información, también impone conductas. Por ello, las relaciones interpersonales, en el caso que nos ocupa, normalmente al ser definidas y mantenidas deliberada o conscientemente crean conductas que ganan significancia cuanto más “sana” es la comunicación entre los participantes; por el contrario, cuanto más “enfermo” es el vínculo se reducen las posibilidades de lograr el delito. En este último supuesto, el aspecto de la comunicación pierde importancia para el Derecho penal. Siendo ello así, la comunicación afecta la conducta de cuantos intervienen, dado su aspecto pragmático al que conferí especial atención en el desarrollo del tema.

18. Bajo el escenario descrito, concluyo que la organización criminal pervive a través de actos comunicativos que fundamentan la identidad de la organización y la integración de sus componentes, quienes constituyen el punto de identificación en la comunicación. En consecuencia, la unidad de atribución de actos debe ser el propio ente colectivo, con independencia del reproche individual, debido a la capacidad de producción comunicativa programada desde su interior.

19. Para una mejor comprensión de lo expuesto, es de utilidad el concepto de comunicación organizacional que establece las relaciones entre el colectivo y sus integrantes, visión que advierte la composición unitaria de los participantes del grupo y sus estrategias comunicativas en la determinación de ilícitos a concretar. Debo destacar, que los actos de correspondencia se orientan de manera distinta, dependiendo la clase de delito y personas vinculadas a la organización (físicas, empresas, comunidades, autoridades, entre otras). Estos aspectos ayudan a determinar una comunicación interna centrada en la relación de los integrantes que promueven la eficacia en el desempeño colectivo, anulando sus voluntades en torno a la información emitida. Así, la comunicación al interior se constituye de acciones encaminadas a estimular o motivar a los integrantes en la comisión de ilícitos, permitiendo, al mismo tiempo, la construcción de una identidad del conjunto, dada la consciencia del vínculo generado entre los objetivos personales y los del ente, esto es, el *link targets* entre la persona-organización, situación que se refleja en los logros alcanzados de manera compartida, esto es, la materialización de crímenes a cambio de beneficios.

20. En este sentido, puedo determinar que la comunicación organizacional constituye la identidad del colectivo, pues su particularidad es la secuencia extendida que ofrece un intercambio entre los sujetos integrantes para determinar la conducta criminal, generando de esta manera una comunicación negativa o normativamente desviada, lo que me hace concluir que todo espacio organizado existe en base a informaciones que promueven la toma de decisiones, producto de reciprocidades o diálogos auxiliares en la construcción de la cultura criminal.

21. Bajo esta perspectiva, sugiero como indebida la secuencia prolongada de la comunicación con el objeto de evitar la actitud inadecuada/ilícita de la organización y de sus integrantes, pues al fragmentarla se coartan los vínculos que generan las redes criminales. Además, su consideración no trata de una figura que actúa sobre sus expresiones ni se establece sobre el *feedforward* de otros delitos, sino que constituye el injusto propio de la organización criminal.

22. Hasta ahora, desde la perspectiva normativa, el crimen organizado parece inviable dado que las definiciones ofrecidas sitúan como único sujeto de imputación a la persona natural, lo cual hace infructuoso el modelo de atribución actual sobre las uniones empresariales organizadas con propósitos criminales. Y es que las características que conforman el concepto legal crimen organizado vinculan, en primer orden, a la persona física (en el espacio de las normas locales), a pesar que el ordenamiento internacional no aparta a la persona jurídica, por el contrario, la incluye. De ello derivo, que la escasa atención prestada al tema deja vacíos legales, en cuanto a la responsabilidad penal de agentes colectivos, cuya consecuencia se traduce en inconvenientes materiales y procesales, teóricos y prácticos, que continuarán mientras no se incorporen a las personas jurídicas como sujetos de derecho en la disciplina analizada. Esto último, forma parte central de mi propuesta, dada la lejanía normativa que existe sobre las determinaciones internacionales (arts. 2 a) y 10 de la Convención de Palermo) y que, no obstante, pone de manifiesto el reproche penal a entes colectivos que formen parte de organizaciones criminales.

23. Base de mi planteamiento son los evidentes vínculos formados entre los distintos actores sociales y/o económicos, por ejemplo, entre empresas y organizaciones ilícitas, entre corporativos y personas físicas o entre propios sujetos colectivos, quienes crean

redes criminales las cuales guardan una necesidad recíproca en la consolidación de delitos y su encubrimiento, sobre todo en un ambiente donde los modelos empresariales exigen vínculos externos, tal es el caso del *holding*, *trust*, *cártel* y *conglomerdo* que avanzan rápidamente dadas las demandas impuestas por el mercado. Ello juega un papel preponderante en la implementación de políticas y normas, pues se trata de un factor criminógeno que amplía las posibilidades de consolidar un comportamiento desviado.

24. Por ello, al contrario de la acostumbrada forma de reprochar grupos criminales, propongo como vía en el establecimiento de soluciones replantear al sujeto de imputación debido a la significancia que los derechos humanos y los principios penales de protección tienen en la materia, éstos últimos diseñados para sustentar la imposición de pena, parámetros desestimados por el fenómeno crimen organizado, situación que ha tendido graves repercusiones en el sistema de garantías –e incluso en el desvanecimiento de categorías dogmáticas como la conducta-. Con ello, sugiero la intervención de los mecanismos especiales de investigación y procesamiento circunscritos a la disciplina sobre los sujetos colectivos quienes, por su naturaleza, no permanecen en el espacio de los Derechos Humanos, principal antagonista de la delincuencia organizada. Esto con independencia del reproche penal que corresponda a las personas físicas en el ámbito descrito.

25. En este contexto, unas de las conclusiones rectoras del trabajo es considerar asequible a las personas jurídicas como eje de atribución criminal, pues sus diversas formas organizativas, las exigencias internacionales de mercado y los grupos criminales, son factores que dan vida a una nueva concepcicrimen organizado transnacional. Aquí, insisto en la frecuente participación de personas jurídicas con organizaciones criminales o que constituyan una organización ilícita propia. En esta etapa de soluciones, el examen recae sobre la necesaria imputación de agentes colectivos, quienes interactúan (positiva o negativamente) a través de un sistema de comunicación del cual, según el grado de complejidad de la relación, dependen en gran medida los resultados del vínculo y, evidentemente, la presencia o no de delito. Por ello, determino la existencia de cuatro niveles de dependencia recíproca en la interacción que guardan las personas jurídicas, a saber:

a) Interdependencia recíproca. Esta implica únicamente la relación física, de manera que el grupo comunicador y receptor forman un especial vínculo donde cada cual necesita del otro, incluso, para su definición y existencia. Pensemos en el cártel empresarial, que para controlar la producción temporal del mercado las personas jurídicas se requieren recíprocamente.

b) Interdependencia secuencial. Se presenta como una seriación entre acción-reacción, de suerte que la comunicación inicial influye en la respuesta ofrecida y ésta, a su vez, en la subsiguiente. En otras palabras, las mutuas respuestas ejercen influencia sobre las subsiguientes, las cuales son utilizadas como retroalimentación por los colectivos, pues se trata de información que ayuda a determinar el logro del efecto deseado, en este caso, la comisión de ilícitos. Así por ejemplo, los cárteles son prohibidos, precisamente, por la información secuencial contenida en su política comercial. Aquí, es tan fuerte la influencia de la comunicación-decisión entre empresas que, incluso, llegan adoptar acuerdos ilegítimos en diferentes formas como la fijación de precios, reparto de mercado, asignación de clientes, limitación de la producción que, en principio, no deben ser aprobados “oficialmente” por los sujetos colectivos involucrados. Siendo ello así, el intercambio de información ilegal inter-empresarial reduce la certidumbre estratégica del mercado (en torno de costes de producción, volumen de negocios, capacidad, planes de comercialización, entre otros). De ahí que los cárteles se consideren contrarios a la competencia, toda vez que sus actos de comunicación en este supuesto, a mi juicio, constituyen una alteración fraudulenta de mercado.

c) Empatía empresarial. Lo vinculo a la afinidad que designa el proceso por el cual las personas jurídicas se proyectan en los estados internos de las demás, con el fin de prever la forma en que se van a corresponder. Dicho de otra manera, se trata de la comprensión del comportamiento del otro, que ayuda a fijar un principio básico en la comunicación efectiva: el conocimiento de intereses sobre los demás sujetos colectivos. Un modelo de empatía empresarial es el *trust*, cuyo fundamento, ciertamente, son las afinidades en los intereses (sectoriales o de actividades), tanto es así, que la unión se genera con el propósito de crear una nueva empresa bajo una dirección exclusiva; sin embargo, dado el control que aquella ostenta, se pueden generar conductas ilícitas como el abuso de la posición dominante, el

equivalente a la persona que ejerce funciones de dirección en el fenómeno crimen organizado.

d) Asunción de roles recíprocos. Comprendo que en los grupos corporativos existe un desempeño mutuo de conductas empáticas. Así, las empresas generan conexiones de dependencia en sus prácticas lo que, al mismo tiempo, significa asumir el rol del otro, luego si su conducta depende de la recíproca admisión de roles, en tal caso existe interacción mutua entre empresas. Piénsese en el *outsourcing* que permite la aceptación correlativa de funciones, tanto es así que la jurisprudencia determinó considerar como unidad económica a los corporativos participantes amparados en la figura señalada, debido a las acciones fraudulentas que pueden realizar. A manera de ejemplo, se encuentran las operaciones simuladas, donde más de dos empresas constituidas formalmente acuerdan la evasión fiscal a través de procedimientos inexistentes. Por un lado, una empresa emisora de comprobantes fiscales factura una supuesta enajenación de mercancías, bienes o servicios y, por otro, las empresas beneficiarias del esquema, aparentemente compra el servicio o recibe los bienes. En este sentido, la factura cumple con todos los requisitos legales aunque detrás de concurre una operación irreal, pues la empresa que facturó no cuenta con activos, personal, infraestructura o capacidad material para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan tales comprobantes.

26. En realidad, la interdependencia en que se basa el crimen organizado corporativo tiene por objeto crear una composición armónica de los vínculos entre sus integrantes, situación que les permite obtener la capacidad total de saber producirse de acuerdo a sus mutuas necesidades, en el caso, delictivas, y que –tradicionalmente- pueden describirse como complementarias, debido a que la conducta de una empresa integra la de otra, estableciéndose posiciones distintas en grado (superior/inferior). Además de ello, en mi opinión, de acuerdo a la configuración establecida en la Convención de Palermo, pueden existir también vínculos simétricos basados en la igualdad o diferencia mínima, establecida respecto de los demás agentes. Así, en el robo de hidrocarburo la empresa C proporciona el transporte para su traslado, mientras D facilita el lugar de almacenamiento. En este caso, los intervinientes tienden a igualar su conducta recíproca, debido a que se mueven en el mismo plano: la provisión de herramientas.

27. Tomando como referente lo establecido en la CNUDOT y las distintas tendencias en materia de culpabilidad empresarial que, pese a sentar las bases del actuar culpable de los entes complejos (funcionalismo sistémico) y ser uno de los mayores aportes a la ciencia penal en los últimos años, su enfoque, en un primer plano, expresa los lazos internos de la persona jurídica (actuación en el seno de la empresa) para lograr reprocharla penalmente; postura que me hace reflexionar acerca del alejamiento – doctrinal y normativo- que se tiene de cara a los vínculos externos formados por diversos grupos corporativos y que, en mayor medida, cubren las exigencias internacionales en el contorno del crimen organizado.

28. A través de la teoría de sistemas concluyo que los grupos corporativos logran establecer una comunicación exterior, de la misma forma que hacen las personas físicas al interior de una unidad económica, esto es, de ente a ente. Y es que, cuando hablo de grupo empresarial, entiendo colectivos vinculados en tanto colaboración para la obtención de beneficios comunes, principalmente económicos, formando un conjunto organizado de personas jurídicas cuya base a regular se encuentra, no al interior de cada compañía integrante, sino en su exterior, o lo que es lo mismo, al interior del grupo corporativo. De esta suerte, los actos de comunicación dejan de ser internos para convertirse en externos.

29. Así, el modelo de atribución propuesto radica en consolidar la comunicación externa como eje de imputación de la asociación corporativa, dado el vacío normativo presente en las normas locales que, si bien regulan la delincuencia organizada (en forma autónoma, como agravante o ilícito procesal), siempre lo hacen desde los vínculos internos creados entre personas físicas, como participantes del ente colectivo sin considerar los lazos que las personas jurídicas como tales crean entre sí –siempre hacia afuera-, espacio donde la comunicación generada también es susceptible de orientarse a la comisión de delitos, no solo en el orden financiero sino, prácticamente, en cualquier área como la trata de personas, contra la salud, medioambientales, terrorismo, corrupción, pornografía infantil, robo de hidrocarburos, entre otros. Por ello, es dable considerar dentro de las conclusiones la reformulación de los delitos que las normas locales –administradas bajo el sistema *numerus clausus*- contemplan dentro del crimen organizado, ya que generalmente abandonan los delitos económicos habitualmente ejecutados por uniones empresariales.

30. En mi opinión, entonces, los grupos empresariales representan el ejemplo paradigmático del real crimen organizado. Y, pese a su actual regulación, limitada al interior de las unidades económicas, es el escenario que define restrictivamente el alcance penal, punto indispensable para estimar su sistematización externa. Concluyendo, actualmente los vínculos inter-empresariales cada vez son más frecuentes entre entes colectivos lícitos y/o ilícitos, cuya base se encuentra en las relaciones externas; situación olvidada doctrinal y judicialmente. A mi parecer, se trata del aspecto de mayor trascendencia, no solo teórico sino práctico, por lo que –indiscutiblemente- la delincuencia organizada empresarial compone uno de los grandes desafíos del Derecho penal, debido a su capacidad expansiva y corruptora en diversas áreas como la económica, política, social e, incluso, religiosa. Ya la experiencia da muestra que esta clase de crimen se infiltra con facilidad en empresas legales con prestigio en el mercado. En efecto, se pone de manifiesto el fenómeno de la inmersión del capital obtenido ilícitamente en la economía legal de empresas consolidadas. Ello aporta parámetros para ultimar que la importancia del tema radica en el aprovechamiento de los vacíos normativos que el crimen organizado-empresa hacen de los vacíos normativos, así como de las distintas formas organizativas empresariales para desenvolverse; situación que me condiciona a concluir en un nuevo modelo de reproche penal, dada la significativa función que la materia representa en el entorno de las personas jurídicas. De cara a lo mencionado, considerando la idea ya establecida sobre la responsabilidad criminal de los sujetos colectivos, es menester destacar la correspondencia extra-empresarial generada entre unidades económicas (y otros entes), dada la significancia que tiene para la ciencia penal, pues en mi opinión representan el fundamento del crimen organizado empresarial. Negar este tipo de delincuencia a partir de entes colectivos, en la actualidad, resulta vano.

31. Por otro lado, prescribo sobre otro aspecto no considerado en la materia. Me refiero a la participación externa, principalmente, de personas jurídicas en la delincuencia organizada (unidad criminal). En este punto, su colaboración constituye un acto de contribución no contenido en un acto ajeno, sino estructurado bajo el principio colaboración recíproca, donde su actuar se trata como principal y no accesorio. Así, el modelo de imputación propuesto reprocha a cada interviniente del todo, sin importar si ha realizado solo una parte del hecho, dado que en crimen organizado el acuerdo mutuo resulta indispensable en el juicio de atribución. Pese a ello, la participación interna o

externa de las personas jurídicas en la materia continúa quedando sin respuesta debido al vacío normativo aun existente.

32. Las relaciones externas suponen no sólo un cambio en el modelo de imputación para el crimen organizado, sino una alteración al sistema del *criminal compliance* como mecanismo de prevención de riesgos delictivos. De esta manera, en el mismo sentido que la tradicional forma de atribución enfoca su núcleo en los vínculos internos de la empresa, en las actuales formas de organización de las personas jurídicas, principalmente en las uniones empresariales, resulta atractiva la idea de implementar la misma práctica de programas de cumplimiento normativo entre colectivos, dado que los actuales programas resultan insuficientes en la satisfacción de pretensiones preventivas del riesgo criminal a nivel multi-empresarial, en razón de su carácter individual-interno que guardan.

33. Del contexto citado, entiendo que la prevención de delitos procedentes de personas jurídicas no siempre deben contenerse desde el interior de la empresa, también deben frenarse desde su exterior. Siendo ello así, los riesgos generados por uniones empresariales deben evitarse a través de un mecanismo de control sobre sus actividades externas, o de otro modo, que impacten al interior del grupo formado. En conclusión, propongo la creación del *compliance* hacia afuera, indispensable para normar relaciones interiores del conglomerado, pues, en el mismo sentido que el *compliance intra-empresarial*, su función es evitar infracciones normativas que afecten al propio grupo, a sus miembros o a la sociedad. Además, dentro de sus funciones se encuentra la protección del grupo y/o de sus integrantes en un eventual caso de crimen organizado corporativo.

34. Ciertamente, los programas de cumplimiento han sido criticados desde el punto de vista de su credibilidad, dado que, el legislador exige ejercer un debido control, sin determinar su nivel de exigencia, ni los elementos que debe contener. Aunado a ello, el requerimiento de las normas de observancia se ha limitado al ámbito interior de la persona jurídica, esto es, considerada en su forma individual. Por esta razón, la mayoría de las compañías entienden el debido control con la implementación de un programa interno, descartando con ello a las uniones empresariales, cuyo ámbito de desarrollo se encuentra al exterior. En otros términos, sus actividades acontecen intra-grupo.

35. En relación a lo anterior, los encargados en la ejecución del *compliance* son oficiales de cumplimiento o comisarios (*compliance officers*), quienes pertenecen al mismo círculo directivo de la empresa, situación que resulta preocupante por diferentes motivos. En primer lugar, porque encuentra restringida su capacidad de actuación, ya que, por un lado, es obligado a comunicar a la cúpula directiva (por ejemplo, a la Asamblea General de Accionistas) las actividades irregulares detectadas, así como las denuncias contra sus miembros y, por otro lado, no pueden tomar decisiones unilaterales contra aquellas actividades, toda vez que si implementan medidas en contra del actuar ilícito, pueden ser sancionados por intervenir en contra del interés de la sociedad. En segundo lugar, el incumplimiento de sus deberes, eventualmente trae como consecuencia una sanción. En tercer lugar, el oficial de cumplimiento –como lo menciono en el apartado 5.4 d)- se establece al interior de la empresa como una especie de “*investigador privado*”, el cual asume deberes especiales de *custodia por transferencia*, lo cual supone la privatización de la función pública del control de la criminalidad. En este escenario, el oficial de cumplimiento se encuentra en una disyuntiva, dado el grado de dependencia con la empresa.

36. Para ajustar lo antedicho al modelo de las uniones empresariales y de acuerdo a las observaciones que la doctrina hace del *compliance* interno, concluyo que el diseño y ejecución de tales programas de cumplimiento deben descansar sobre entidades independientes a la alianza empresarial, situación que hará ganar eficacia y credibilidad. Frente a ello, la doctrina más reciente determina, precisamente, que la forma idónea de conseguir un cumplimiento efectivo de los programas es la tercerización (autónoma) del diseño, ejecución y supervisión. Para ello, en mi opinión, resulta necesaria la creación de un comité de prevención de riesgos independiente (CPR), el cual tenga por función detectar riesgos operativos, tecnológicos, éticos, normativos y, en general, económicos, seguido del establecimiento de medidas para atenuar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que se lleguen a materializar. Por ello, las políticas de prevención, deben considerar que los miembros del CPR posean conocimientos contables, financieros, de estrategias y gestión empresariales e, incluso, jurídicos para que se encuentren en posibilidad de pronunciarse sobre operaciones vinculadas, frecuentemente desarrolladas en los grupos empresariales.

37. El comité referido, además, debe considerar canales internos de comunicación, por lo que debe contar entre sus miembros con una especie de *gatekeepers* (externos), a través de los cuales se podrá allegar de información sobre irregularidades para gestionar la denuncia. Es decir, los “observadores” son sujetos pertenecientes al CPR, cuya función será facilitar la alarma frente a determinadas irregularidades de la alianza empresarial, a la que tienen acceso. Cabe señalar que su diferencia con los *compliance officers* es el grado de independencia que guarda frente a la dirección de la unión empresarial. De esta forma, puede lograrse el control de la actividad (y riesgos) que sobrevengan en el grupo corporativo, pues no hay que olvidar que las investigaciones internas son una parte esencial de cualquier programa de cumplimiento.

38. Además del establecimiento de figuras como la citada, el CPR podrá solicitar, por ejemplo, al área de auditoría interna su plan anual de trabajo, en el cual informe sobre las incidencias que se presenten en su desarrollo y someta a su consideración un informe de actividades al final de cada ejercicio.

39. Asimismo, el comité podrá emitir recomendaciones y, en consecuencia, obligar a las sociedades integrantes de la unión corporativa informar sobre su cumplimiento. Si la información no es fidedigna podrá resultar punible. Aquí, parto de la idea que el mecanismo se destine a la detección de riesgos criminales o de ilícitos penales consumados, provenientes del escrutinio independiente y constante al grupo empresarial.

40. Las alianzas corporativas, entonces, deben disponer de una política de control intra-grupo que, bajo la supervisión del CPR, vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno-externo de la unión empresarial. En este entendido, el futuro de los *compliance programs* es progresar a la autonomía de sus operadores, así como externalizar sus funciones, al menos cuando se trate de uniones empresariales.

41. En definitiva, mi propuesta no sólo radica en una forma distinta de reprochar penalmente grupos organizados (imputación recíproca), sino en otra forma de prevenir riesgos asociados a la actuación de uniones empresariales, pues ninguno de nuestros países goza de garantías absolutas contra las acciones del crimen organizado. Atender la institucionalidad normativa en la materia es probablemente la única posibilidad realista y categórica en la conformación de políticas públicas que priorice lo socialmente significativo. Nada de esto lo expreso para negarle importancia a ningún tema, sino para

enfrentar el desafío que tenemos por delante en el desarrollo de modelos de imputación y prevención de riesgos en las sociedades de mercado.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del “delito económico”, *RP*, n° 21, Universidad de Huelva, enero (2008).
2. ABREU BURELLI, Alirio, “Responsabilidad del juez y Derechos Humanos”, *Revista de Derecho*, TSJ (Venezuela), n° 19, (2005).
3. AGRIFOGLIO, Sergio/ORLANDO, Leoluca, *Teoria organica e stato apparato*, 2ª ed., Edit. Italo-Latinoamericana Palma, Roma, 1981.
4. ALBRETCH, Hans-Jörg, “Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: concepto y comprobaciones empíricas”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001.
5. AMBOS, Kai, “Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho penal internacional”, *RDPC*, UNED, 3ª época, n° 10 (2013).
6. ANDREU GUZMÁN, Federico, *Retroactividad Penal de Crímenes Internacionales*, Ed. Comisión colombiana de juristas, Bogotá, 2012.
7. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
8. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código penal de 2006”, en *Estudios de Derecho Judicial*, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario”, Vol. XXIII (2007).
9. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013.
10. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José/GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas, Pamplona, 2012.
11. BALMACEDA HOYOS, Gustavo, “Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 19, n° 2, Santiago, (2012).

12. BARATTA, Alessandro, “La política criminal y el Derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 26-2, Venezuela, (1998).
13. BISANG, Roberto, “La estructura y dinámica de los conglomerados económicos en Argentina”, en PERES NUÑEZ, Wilson (coord.), *Grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos. Expansión y desafíos en la era de la apertura y la globalización*, Ed. Siglo XXI, México, 1998.
14. BOLEA BARDÓN, CAROLINA, “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, *Criminet*, n° 17-17 (2015).
15. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013).
16. BRUCET ANAYA, Luis, *El Crimen Organizado*, Ed. Porrúa, México, 2001.
17. BUENO, Carmen/SARAVÍ, Gonzalo, “Relaciones de cooperación interempresariales. Lecciones de la experiencia mexicana”, *Revista Nueva Sociedad*, n° 151 (1997).
18. BÚNSTER, Álvaro, “La Delincuencia Organizada ante el Derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 87 (1996).
19. BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 21 (2005).
20. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987.
21. CANCIO MELIÁ, Manuel, “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”, *Dialnet*, n° 44 (2002).
22. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *Iustel*, n° 8 (2007).
23. CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal de riesgo”, *RDPC*, n.º 10 (2002).
24. CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, “Nueva delincuencia II”, *Consejo General del Poder Judicial, CDJ*, Madrid, 1994.

25. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, nº 8 (2012).
26. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº13 (2006).
27. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2008.
28. CORIGLIANO, Mario Eduardo, "Delitos de peligro, la frontera de lo punible en el Derecho penal", *Dialnet*, nº 18 (2006).
29. CREUS, Carlos, *Introducción a la nueva doctrina penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992.
30. CUADRADO RUIZ, M^a Ángeles, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12 (2007).
31. CUSUMANO, Lucia, "Technology policy and cooperative R&D: the role of relational research capacity", *Danish Research Unit for Industrial Dynamics*, nº 3 (2000).
32. DARNACULLETA I GARDELA, María Mercè, *Derecho Administrativo y Autorregulación: La autorregulación Regulada*, Madrid, 2005.
33. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español", *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho penal*, nº A-01 (2012).
34. DEL CARPIO DELGADO, Juana, "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc*", *RP*, nº 19 (2007).
35. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias en el Código Penal Español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
36. DELGADO MARTÍN, Joaquín, "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Problemas actuales de la Justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

37. DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad organizada*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
38. DENCKER, Friedrich, “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, (trads. Laura Elbert/Fabrizio Giariglia), *Revista Nueva Doctrina Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, n° 1998/B (1999).
39. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Porrúa, México, 1997.
40. ENDSLEY, Mica, “Theoretical underpinnings of situation awareness: A critical review”, en ENDSLEY, Mica/GARLAND, Daniel, *Situation Awareness Analysis And Measurement*, Ed. Lawrence Erlbaum Associates, New Jersey, 2000.
41. FARALDO CABANA, Patricia, *Sobre los conceptos de organización criminal, en la delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013.
42. FARRÉ TREPAT, Elena, “Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, T. I, UNED, 1989.
43. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre política-criminal a principios del siglo XXI”, *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, Ed. Legis, n° 19 (2007).
44. FEINBERG, Joel, *Harm to self (The moral limits of the criminal law)*, Ed. Oxford, New York, 1986.
45. FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Ed. Comares, Granada, 2006.
46. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (trad. Andrés Ibañez), Ed. Trotta, Madrid, 1996.
47. FERRÉ OLIVE, Juan Carlos/ANARTE BORRALLO, Enrique (coords.), *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
48. FERRO ILARDO, Susana Beatriz, “El crimen organizado y su vinculación con la corrupción política”, *Estudios Latinos e Iberoamericanos*, Ed. Dunken, Buenos aires, (2011).

49. GARAPON, Antoine, *Juez y democracia*, (trad. Manuel Escrivá), Ed. Flor del Viento, Barcelona, 1997.
50. GARCÍA CAVERO, Percy, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16 (2012).
51. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Ed. Grijley, Lima, 2007.
52. GARCÍA ECHAVARRÍA, Santiago, “Modelos de gestión de la empresa multinacional”, *ICE*, n° 799 (2002).
53. GARCÍA GARNICA, Alejandro/LARA RIVERO, Arturo/TABOADA IBARRA, Euinice, “La coordinación “híbrida” desde las perspectivas de Williamson y de Nooteboom”, *Análisis Económico*, n° 40, vol. XIX (2004).
54. GARCÍA LÓPEZ, Daniel J., *Ius publicum. Organicismo inmunitario versus pureza metodológica*, (tesis doctoral inédita), Facultad de Derecho, Universidad de Almería, 2013.
55. GARCÍA ORTIZ, Lourdes, “Introducción al estudio de los intereses difusos en el código penal”, Ed. Instituto superior de economía local, Málaga, (2001).
56. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.
57. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Consideraciones sobre el principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, n° 24 (2011).
58. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, Ed. Porrúa, México, 2005.
59. GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Criminalidad organizada y tráfico de drogas”, *RP*, n° 2 (1998).
60. GIERKE, Otto, *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*, Ed. Sociedad, Madrid, 1904.
61. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007.
62. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Ed. Colex, Madrid, 2004.

63. GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños”, (tesis doctoral inédita), Facultad de Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, (2005).
64. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “La doctrina del ‘*delictum sui generis*’: ¿queda algo en pie?”, *Criminet*, n° 07-06 (2005).
65. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.
66. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *La ley*, n° 7534 (2010).
67. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Ara, Lima, 2010.
68. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
69. GRACIA BOGADO, María/RUTH FERRARI, Débora, “Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético”, Ed. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económico, Buenos Aires, (2009).
70. GRACIA MARTÍN, Luis, “El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho”, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, (2012).
71. GRACIA MARTÍN, Luis, “La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático)”, *RDPC*, n° 3 (2010).
72. GRACIA MARTÍN, Luis, “Responsabilidad penal de las empresas”, en MIR PUIG, Santiago/LUZON PEÑA, Diego Manuel (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.
73. GRACIA MARTÍN, Luis, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
74. GRAMÁTICA BOSCH, Gerard, “Conductas Neutrales: Estado de la Cuestión”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económico, (2009).
75. GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco, “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”, *Revista de Ciencias Penales*, n° 1, T. XXXIV, Santiago, (1975).

76. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La Delincuencia organizada: algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, Universidad de Guanajuato, México, 2001.
77. GUNAWAN, Muhammad Handi, “Non-Verbal Communication: The ‘Silent’ Cross-Cultural Contact with Indonesians”, Ed. Lembaga Bahasa Internasional, Universitas Indonesia, Indonesia, (2001).
78. HASSEMER, Winfred, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal”, en ESER, Albin/HASSEMER, Winfred/BURKHARDT, Björn (coords. versión Alemana), MUÑOZ CONDE, Francisco (cord. versión española), *La Ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
79. HASSEMER, Winfried, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *RP*, n° 1 (1998).
80. HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Ed. Universidad Externado de Colombia (trad. Patricia S. Ziffer), Bogotá, 1998.
81. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
82. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
83. HEINE, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho Penal*, Ed. Universidad de Fribourg (Suiza)-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, (1997).
84. HERZOG, Félix, “Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)”, (trads. Elena Larrauri Pijoan/Fernando Pérez Álvares), *ADPCP*, n°46 (1993).
85. HÖRNLE, Tatjana, “La Protección de Sentimientos en el StGB”, en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007.
86. HURTADO POZO, José/DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas: Una Perspectiva Comparada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
87. INZUNZA CÁZARES, Enrique, “El mandato de determinación de las leyes penales”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, (2009).

88. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. (trads. Joaquín Cuello Contreras /José Luis Serrano González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
89. JAKOBS, Günter, *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, (trad. Manuel Cancio Meliá), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
90. JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, (trads. Enrique Peñaranda Ramos/Carlos J. Suárez González/Manuel Cancio Meliá), Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.
91. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Manuel Cancio Meliá), Ed. Civitas, Madrid, 1996.
92. JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2006.
93. KALA, Julio César, “El Derecho penal del Enemigo y el Derecho penal del Ciudadano”, en *Sistema Penal. La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas*, Ed. Instituto de formación profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2007.
94. KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho penal”, en KUHLEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTÍZ DE URBINA, Íñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.
95. LA PORTE, José María, “Entusiasmar a la propia institución. Gestión y comunicación interna en las organizaciones sin ánimo de lucro”, Ed. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, (2001).
96. LA PORTE, José María, “Potencialidad creativa de la comunicación interna en el tercer sector”, *Realidades Comunicativas*, Buenos Aires, n° 12 (2005).
97. LAUFER, William S./STRUDLER, Alan, “Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria”, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
98. LEON VILLALBA, Francisco Javier de, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
99. LEVI, Michael, “Perspectives on ‘organized crime’: an overview”, *Howard Journal of Criminal Justice*, n° 37 (1998).

100. LÓPEZ, Marisela, “Whirlpool y Panasonic conspiraron para elevar precios”, (12 de marzo de 2014), *Milenio Diario*, México.
101. LUCAS MARÍN, Antonio, *La comunicación en la empresa y en las organizaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
102. LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, (trads. Silvia Pappe/Brunhilde Erker), Ed. Anthropos, Barcelona, 1998.
103. LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, (trads. Jostxo Berian/José María García Blanco), Ed. Trotta, Madrid, 1998.
104. MANNA, Adelmo, “Le tecniche penalistiche di tutela dell’ambiente”, *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, Ed. Cedam, Padua, n° 3 (1997).
105. MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità*, T.I, 3ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 2001.
106. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico penales”, en MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.), *La Política criminal en Europa*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
107. MATURANA, Humberto/VARELA, Francisco, *Autopoiesis and Cognition*, Ed. Reidel, Boston, 1980.
108. MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Ed. Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2003.
109. MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
110. MILITELLO, Vincenzo, “Criminalidad Organizada Transnacional y Unión Europea: Perfiles y Problemas” (trad. Jordi Gimeno Beviá), Ed. Societé Internationale de Defense Sociale, (2012).
111. MIR PUIG, Santiago, “Derechos Humanos y Límites del Derecho penal”, en *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho penal*, Instituto Vasco de Criminología, IV curso de verano, Donostia, (1985).
112. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
113. MOKHIBER, Russell, "AmEx's Dirty Money", (Diciembre de 1994), *Multinational Monitor*, Washington.

114. MOLINA PÉREZ, Teresa, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n° XLII (2009).
115. MONTES, Paula, “Debate genera la declaración de los denominados ‘testigos sin rostro’”, *La Semana Jurídica*, n° 127 (2003).
116. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, Ed. Ius poenale, México, 1999.
117. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anales de Derecho*, n° 29 (2011).
118. NESTLER, Cornelius, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad en la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Investigaciones de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed. alemana) y Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, (ed. española), Ed. Comares, Granada, 2000.
119. NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Dialnet*, n° 1 (2008).
120. NIETO MARTÍN, Adán, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un Modelo Legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
121. NOOTEBOOM, Bart, “Innovation, learning and industrial organization”, *Cambridge Journal of Economics*, n° 23 (1999).
122. ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal? (A propósito de Código Nacional de Procedimientos Penales)”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *El código nacional de procedimientos penales. Estudios*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2015.
123. ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “El Derecho penal frente a la trata de personas (problemas técnicos y político criminales)”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2010.
124. ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del Estado constitucional)”, *RIFPH*, n° 15 (2006).

125. PASTOR MUÑOZ, Nuria, “¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 págs.”, *Indret*, n° 340 (2/2006).
126. PAZ ARES, José Cándido, “Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades” (Ponencia), Universidad Autónoma de Madrid, (2007).
127. PRITTWITZ, Cornelius, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*”, en KUHLEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTÍZ DE URBINA, Íñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.
128. QUALINET SURLATINA GESTION, División Aviación y Proyectos Internacionales, “Gestión del Riesgo Empresarial”, Junio-Julio (2007).
129. QUERALT, Joan J., “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas”, *Dialnet*, n° 30 (1990).
130. QUERALT, Joan J., “Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas”, *RITI*, n° 2 (2016).
131. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVE, Juan Carlos/ANARTE BORRALLA, Enrique, *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ed. Universidad de Huelva, 1999.
132. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (cord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013.
133. RAGUÉS I VALLÈS RAMON, “Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal”, *Revista de Derecho Penal Integrado*, Córdoba, año IV, n° 6 (2003).
134. REGÍS PRADO, Luiz, “La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño”, *RDPC*, n° 6 (2000).
135. ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *Indret*, n° 344 (2006).
136. RODRÍGUEZ BEJARANO, Carolina, “El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia, Memorando de Derecho”, Ed. Universidad Libre Seccional Pereira, n° 2 (2011).

137. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
138. ROMANO, Sergio, *Comentario sistematico al codice penale*, Ed. Guiffré, Milán, 1995.
139. ROSE-ACKERMAN, Susan, “¿Una administración reducida significa una administración más limpia?”, Ed. Nueva Sociedad, n° 145 (1996).
140. ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *RP*, n° 18 (2006).
141. ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación de la delincuencia organizada”, *RP*, n° 2 (1998).
142. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
143. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, (trads. Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier De Vicente Remesal), T. I, Ed. Civitas, 2014.
144. SALAH PALACIOS, Emilio, *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Ed. Cultiva Libros, Madrid, 2015.
145. SALAMANCA AGUADO, Esther “El respeto a la vida privada y a la protección de datos personales en el contexto de la vigilancia masiva de comunicaciones”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n° 4 (2014).
146. SALAZAR, Alfonso, “Las garantías en la ejecución de la pena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Judicial de Costa Rica*, n° 109 (2013).
147. SARTER, Nadine/WOODS, David, “How in the world did I ever get into that mode: Mode error and awareness in supervisory control”, *Human Factors and Ergonomics Society*, (1995).
148. SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, 2002.
149. SEELMANN, Kurt, “El Concepto de Bien Jurídico, el *harm principle* y el Modelo de Reconocimiento como Criterios de Merecimiento de Pena”, en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007.
150. SHAW, James, “Derecho internacional sobre el uso de operaciones encubiertas y

- vigilancia electrónica en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada”, en “Uso de agentes encubiertos y vigilancia electrónica en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción”, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito-OPCIÓN, Lima, (2005).
151. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Política criminal ‘moderna’? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, *AP*, n° 23 (1998).
 152. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Prólogo”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Investigaciones de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed. alemana) y Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, (ed. española), Ed. Comares, Granada, 2000.
 153. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2010.
 154. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos de Derecho penal de la Empresa*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2013.
 155. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Edisofer, Madrid, 3ª ed., 2011.
 156. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *Indret*, n° 343 (2/2006).
 157. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, *Indret*, n° 3 (2014).
 158. STUART MILL, *Sobre la libertad*, (trad. Pablo De Azcárate), Ed. Alianza, Madrid, 1999.
 159. SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco*, (trad. Rosa del Olmo), Ed. La piqueta, Madrid, 1999.
 160. THOMPSON, David, “Panamá Papers: los colaboradores del presidente de Rusia, Vladimir Putin, vinculados a "lavado de dinero" tras masiva filtración”, (4 de abril de 2016), BBC Panorama.
 161. TIEDEMANN, Kalus, “Presente y futuro del Derecho penal Económico” en *Hacia un Derecho penal Económico Europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, UAM, n° 14-17 (1992).

162. TOLLE, Ansgar, “Las nuevas formas del crimen organizado. Nuevos grupos de delincuencia organizada en el contexto europeo”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n° 3 (1998).
163. URTEAGA OLANO, Eguzki, “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Dialnet*, n° 15 (2010).
164. VALLS PRIETO, Javier, *El fraude de subvenciones en la Unión Europea. La necesidad de un espacio europeo de normas penales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
165. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (cord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013.
166. VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio de daño”, en HEFENDEHL, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007.
167. WELLS, Celia, “Corporations: culture, risk and criminal liability”, *The criminal law review*, n°551 (1993).
168. WILLIAMSON, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, Ed. Collier Macmillam Publishers, New york, 1985.
169. YACOBUCCI, Guillermo, “Política Criminal y delincuencia organizada”, en YACOBUCCI, Guillermo (coord.), *El Crimen Organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
170. ZAMORA PIERCE, Jesús, “La reforma constitucional de 1996”, *Anales de jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México*, (2001).
171. ZARAGOZA TEULER, Vicenta Ángeles, “Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales”, Ed. Universidad Federal de Santa Catarina, julio (2007).
172. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, análisis de los arts. 31 bis y 129 del código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
173. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

174. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, 3ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2009.

LEGISLACIÓN

1. Acción común de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación de la participación en una organización delictiva en los estados miembros de la unión europea.
2. Código Federal de Procedimientos Penales.
3. Código Nacional de Procedimientos Penales (México).
4. Código Penal Español.
5. Código Penal Federal (México).
6. Código Penal para el Distrito Federal (México).
7. Compendio de Casos de Delincuencia Organizada de Naciones Unidas. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas, Nueva York, 2012.
8. Compendio de Casos de Delincuencia Organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas, Nueva York, ONU, (2012).
9. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
10. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
11. Convención de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988.
12. Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo).
13. Convención Interamericana contra el Terrorismo del 3 de junio de 2002.
14. Declaración Universal de Derechos Humanos.
15. Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. Las Recomendaciones del GAFI, 2012.
16. GAFISUD: Tipologías regionales. Actividades y Profesiones No Financieras Designadas.

17. Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.
18. Ley de Agrupaciones de Interés Económico (España).
19. Ley de Defensa de la Competencia (España).
20. Ley de Enjuiciamiento Criminal (España).
21. Ley de Instituciones de Crédito (México).
22. Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
23. Ley de la Policía Federal (México).
24. Ley de Sociedades de Capital (España).
25. Ley General de Sociedades Mercantiles (México).
26. Ley del Mercado de Valores.
27. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (México).
28. Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.
29. Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.
30. Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de secuestro.
31. Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Subdivisión de Prevención del Terrorismo, “Prevención de los actos terroristas: Estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las naciones unidas relativos a la lucha contra el terrorismo”, (2006).
32. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
33. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
34. Principios Rectores en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional.
35. Principios Rectores en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional, aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre el Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, 26 agosto al 6 de septiembre de 1985.
36. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.
37. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

38. Proyecto de posición común en relación con la propuesta de convención de las Naciones Unidas para combatir la delincuencia organizada, sobre la base del Artículo K.3 del tratado de la Unión Europea.
39. Reglamento de la Ley de la Policía Federal (México).
40. Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves de la Organización de Estados Americanos.
41. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte.
42. Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985: informe preparado por la Secretaría (Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.86. IV.1), cap. I, secc. B.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Acosta Calderón c. Ecuador, 24 de junio de 2005.
2. Almonacid Arellano y otros c. Chile, 26 de septiembre de 2006.
3. Baena Ricardo y otros c. Panamá, 2 de febrero de 2001.
4. Bayarri c. Argentina, 30 de octubre de 2008.
5. Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2006.
6. Castillo Petruzzi y otros c. Perú, 30 de mayo de 1999.
7. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador, 21 de noviembre de 2007.
8. De la Cruz Flores c. Perú, 18 de noviembre de 2004.
9. Fermín Ramírez c. Guatemala, 20 de junio 2005.
10. Florencio Chitay Nech y otros c. Guatemala, 25 de mayo de 2010.
11. Furlan y familiares c. Argentina, 31 de agosto de 2012.
12. García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, 25 de noviembre de 2005.
13. García Cruz y Sánchez Silvestre c. Estados Unidos Mexicanos, 26 de noviembre de 2013.
14. Gelman c. Uruguay, 24 de febrero de 2011.
15. Genie Lacayo Vs Honduras, 13 de septiembre de 1997.

16. Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil, 24 de noviembre de 2010.
17. Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay, 2 de septiembre de 2004.
18. Kenneth Ney Anzualdo c. Perú, 22 de septiembre de 2009.
19. La Cantuta c. Perú, 29 de noviembre de 2006.
20. Las Palmeras c. Colombia, 26 Noviembre de 2002.
21. López Álvarez c. Honduras, 1 de febrero de 2006.
22. Mendoza y otros c. Argentina, 14 de mayo de 2013.
23. Miguel Castro Castro c. Perú, 25 de noviembre de 2006.
24. Norín Catrimán y otros c. Chile, 29 de mayo de 2014.
25. Ricardo Canese c. Paraguay, 31 de agosto 2004.
26. Suárez Rosero c. Ecuador, 12 de noviembre de 1997.
27. Tibi c. Ecuador, 07 de septiembre de 2004.
28. Tristán Donoso c. Panamá, 27 de enero de 2009.
29. Yvon Neptune c. Haití, 6 de mayo de 2008.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. Albert Womah Mukong c. Camerún, 21 de julio de 1994.
2. Albert y Le Compte C. Bélgica, 10 de febrero de 1983.
3. Amann c. Suiza, 16 febrero de 2000.
4. Big Brother Watch y otros c. el Reino Unido, 9 de enero de 2014.
5. Clooth, de 12 de diciembre de 1991.
6. Copland c. Reino Unido, 13 marzo de 2007.
7. Gragnic c. Francia, 27 de septiembre de 1995.
8. Halford c. Reino Unido, 27 mayo 1997.
9. Kempache, 25 de noviembre de 1991.
10. Klass y otros c. Alemania, 6 de septiembre de 1978.
11. Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993.
12. Letellier c. Francia, 26 de junio de 1991.
13. Lüdi c. Suiza, 5 de junio de 1992.
14. Motta c. España, 19 de Febrero de 1991.
15. Rotaru c. Rumanía, de 4 mayo 2000.
16. Ruiz Mateos c. España, 23 de junio de 1993.
17. Stögmüller c. Austria, 10 d noviembre de 1969.

18. Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992.

19. Toth c. Hungría, 12 de diciembre de 1991.

TRIBUNALES DE JUSTICIA

ARGENTINA

1. CSJN, causa n° 1573/2006 de 5 de septiembre.

2. STJCH, resolución n° 137/2012 de 21 de mayo.

CANADÁ

1. OSCJ 1414/2013 de 22 de julio.

ESPAÑA

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. STC 128/1995 de 26 de julio.

2. STC 165/2005 de 20 de junio.

3. STC 49/1999 de 5 de abril.

4. STC 167/2002 de 18 de septiembre.

5. STC 184/2003 de 23 de octubre.

6. STC 75/2013 de 10 de mayo.

7. STC 174/2011 de 7 de noviembre.

8. STC 233/2005 de 26 de septiembre.

9. STC 165/2005 de 20 de junio.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

1. STS 2913/2013 de 24 de mayo.

2. STS 3087/2014 de 12 de julio.

3. STS 1095/2001 de 16 de julio.

4. STS 32/2013 de 8 de febrero.

5. STS 994/2007 de 5 de diciembre.

6. STS 617/2010 de 24 de junio.

7. STS 263/2012 de 28 de marzo.

8. STS 428/2013 de 29 de mayo.

9. STS 428/2013 de 29 de mayo.
10. STS 1745/2014 de 16 de abril.
11. STS 510/2005 de 22 de abril.
12. STS 228/2012 de 27 de marzo.
13. STS 3087/2014 de 12 de julio.
14. STS 7343/2010 de 14 de julio.
15. STS 27/2010 de 22 de diciembre.
16. STS 221/2016 de 16 de marzo.
17. STS 54/2016 de 29 de febrero.

MÉXICO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. SCJN, amparo directo 369/97, SJF, 9ª época. T. VI., abril de 2007.
2. SCJN, amparo directo 258/2008, SJF, 9ª época. T. XXVIII, diciembre de 2008.
3. SCJN, tesis 13, apéndice SJF, 9ª época, T. II, 2002.
4. SCJN, tesis II.2o. P.173, 9ª época, SJF, T. XXI, junio de 2005.
5. SCJN, amparo directo 1394/94, SJF, 9ª época, T. III, 19 de marzo.
6. SCJN, amparo directo 88/2014, SJF, 10ª época, 21 de noviembre.
7. SCJN, tesis V.2o.P.A.26, SJF, T. XXVIII, diciembre de 2008.
8. SCJN, tesis I.1o.P. J/5., SJF, 7ª época, T. VI, agosto de 1997.

TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

1. TCC, tesis I.9o.P.69 P, 9ª época. SJF, T. XXVII, enero de 2008.
2. TCC, tesis XVII.1o.P.A.66 P., SJF, T. XXXII, octubre de 2010.
3. TCC, tesis P X.3o.27, SJF, T. XIV, diciembre de 2001.
4. TCC, tesis II.2o.P.187 P., SJF, T. XXIII, febrero de 2006.
5. TCC, tesis VII.2o.C. J/2 (10a.), SJF, T. 3, Abril de 2013.
6. TCC, tesis II.2o. P.J/22, SJF, T. XXIV, Septiembre de 2006.