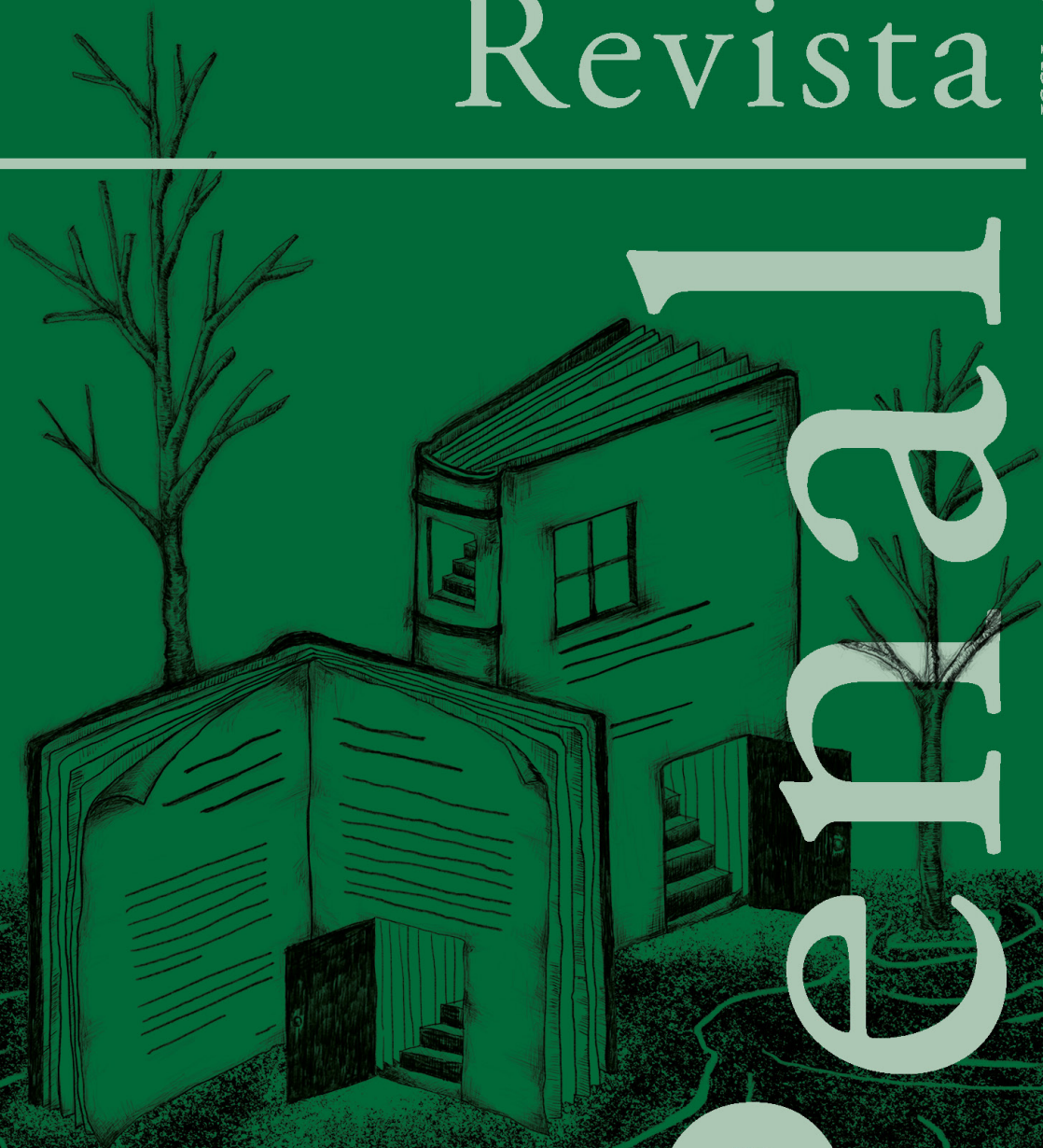


Revista

ISSN 2007-4700



# letra

MÉXICO

Número 20  
enero - junio 2022

## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal. Una verdadera fuente de peligros para los derechos fundamentales\*

Alfonso Galán Muñoz

Profesor Titular de Derecho penal  
(agalmun@upo.es)  
ORCID: 0000-0001-5625-6492

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

**PALABRAS CLAVE:** organización criminal, grupo criminal, terrorismo, discurso del odio.

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

**KEY WORDS:** criminal organization, criminal group, terrorism, hate speech.

**SUMARIO:** 1. Origen y objetivos de la utilización del concepto de organización criminal. 2. La rápida difuminación de los elementos delimitadores de la organización criminal. Crónica de una evolución tan predecible, como cuestionable. 3. La difícil convivencia de los instrumentos penales contra la criminalidad organizada y el respeto a los derechos fundamentales: algunas propuestas para evitar caer por una temible "pendiente resbaladiza". 4. Bibliografía.

Rec: Rec: 01-11-2021 | Fav: 08-11-2021

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

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

Es frecuente el citar a la conocida como Ley RICO (la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* o ley de organizaciones corruptas y de extorsión mafiosa), aprobada el 15 de octubre de 1970 como parte de la *Organised Crime Control Act* que trataba de combatir a las entidades de crimen organizado que operaban en Estados Unidos como si de un negocio se tratase (Bowling, 2015: 3), como la primera norma claramente introductora de la noción de criminalidad organizada a nivel internacional (Zúñiga Rodríguez, 2016: 70, nota 19).

Dicha ley consideraba que habría una organización de dicha naturaleza cuando dos o más personas cometían o se ponían de acuerdo para cometer dos o más delitos, de entre una lista de posibles figuras establecidas en la ley (p. ej. homicidios, secuestros, tráfico de drogas, cohechos, blanqueo de bienes, etcétera) y no, por tanto, cualquiera de las contempladas en el Código Penal, y lo hacían además en apoyo de una empresa criminal existente, entendiéndose por tal un grupo de individuos o una banda con una organización que funcionaba como una entidad individual propia, con un objetivo común y existencia separada de la actividad criminal de los miembros. Lo fundamental de dicha construcción es que permitía valorar dichos delitos individuales como partes de un proyecto criminal mucho más amplio, algo que dio un mayor papel a la conspiración en esta materia al hacer factible que se pudiese entender que todos los miembros de la organización, aun cuando no hubiesen tomado parte de los delitos cometidos o preparados en apoyo de la empresa criminal o no se pudiese demostrar que lo hicieron, deberían ser considerados, en realidad, como parte del esquema criminal más general en que se incardinaba su realización (Bowling, K. 2015: 3 y 4).

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

quienes dieron las ordenes de cometerlos, los jefes o dirigentes de las organizaciones en cuestión.

Ahora bien, como se deduce de la propia denominación de la referida ley, que habla de corrupción y extorsión, nos encontramos ante una normativa que había sido creada para luchar contra una muy concreta forma de criminalidad organizada, la mafia. Estas organizaciones estaban primordialmente dirigidas a obtener beneficios económicos y llegaron a gozar de un poder corruptor y extorsionador en los Estados Unidos durante los años 70, que llevó a que se las considerase tan poderosas e influyentes como para estar en posición de llegar a corromper y controlar las estructuras más básicas del Estado (jueces, senadores, etcétera), ejerciendo, de ese modo, un poder que se podía incluso contraponer al estatal, pero que, a diferencia de este, se encontraba al margen del control del pueblo americano y del de sus gobernantes (Zúñiga Rodríguez, 2016: 69).

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

Así, por ejemplo, resulta llamativo que la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional de 2000, más conocida como Convención de Palermo, definía los “grupos delictivos organizados” como:

... 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.** (La negrita es nuestra)

Expresión esta última de enorme importancia, ya que, como bien señala Faraldo Cabana, determinaba que las prescripciones de la comentada convención no resultasen aplicables a

... las organizaciones terroristas o a las paramilitares, y en general a todas aquellas que carecen de ánimo de lucro, salvo cuando cometan delitos comunes con el fin de procurarse medios para continuar su actividad delictiva (secuestros, extorsiones, robos), pues la definición se centra en la delincuencia organizada de tipo mafioso.<sup>1</sup>

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

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

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

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

se crearon en algunos ordenamientos penales nacionales, como el austriaco o el italiano (Faraldo Cabana, 2012: 43).

Podría pensarse entonces que era, precisamente, la enorme peligrosidad propia de dichas organizaciones la que justificaría y legitimaría tanto que se creasen delitos que castigaban, incluso con severas penas, a los simples integrantes de las organizaciones criminales, por el mero hecho de serlo e independientemente de que no hubiesen realizado o no se pudiese demostrar que realizaron ningún acto ni siquiera preparatorio de ninguno de los delitos que pretenden cometer tales agrupaciones, como que apareciesen numerosas y controvertidas nuevas medidas de investigación penal creadas y permitidas, con carácter excepcional, para investigar específicamente las actividades realizadas en el seno de tan peligrosas organizaciones.<sup>2</sup>

En este sentido, no es solo que tales organizaciones favoreciesen y diesen lugar a la posibilidad de la comisión de múltiples y graves delitos. Es que, además, eran tan poderosas que, si no se combatían con toda severidad, podrían llegar a controlar y manipular las instituciones más básicas del aparato estatal. Este planteamiento nos lleva irremediablemente a recordar la construcción realizada por algún conocido autor alemán, que precisamente trató de legitimar la aparición de un derecho penal de excepción, diferente del general, para tratar a aquellas personas que, al no generar la suficiente seguridad cognitiva con respecto a su posible cumplimiento de las normas, ponían en cuestión la propia existencia del Estado, y por ello, deberían de pasar a ser tratados como meras fuentes de peligros o “enemigos” a los que se deberá inocular por su enorme peligrosidad, legitimándose incluso que se les pudiese privar de sus derechos fundamentales, ya que al fin y al cabo habrían dejado de ser “ciudadanos”, para pasar a ser “no personas” (Jakobs, 2006: 66 y 75).

Evidentemente, un planteamiento tan radical como este resulta absolutamente incompatible con el mínimo respeto a los derechos fundamentales que todo

<sup>1</sup> Vid. Faraldo Cabana, quien, además, destaca y exige la búsqueda de lucro para apreciar esta clase de criminalidad, por ejemplo, la Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado o la Decisión marco 2008/841/JAI, en 2012, p. 42, 47 y 54.

<sup>2</sup> Así, controvertidas son las afirmaciones realizadas por aquellos que consideran que muchos de los delitos creados en relación a la criminalidad organizada, en realidad, no buscan ni suelen terminar en condenas de aquellos a los que inicialmente se atribuyen, sino que lo que sirven es de preceptos o párrafos instrumentales que permiten, bajo la apariencia de medidas de investigación penal de dichos delitos, intervenciones policiales preventivas de los delitos-fin que finalmente podrían cometerse desde la organización. Véase, respecto a esta cuestión, Silva Sánchez, 2008b, p. 91.

**La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal**

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

Habrà, por tanto, que analizar los problemas de legitimidad y de compatibilidad con los derechos fundamentales que plantea la persecución y sanción penal de las organizaciones criminales sacando su estudio de los parámetros sostenidos por los pocos que aún tratan de defender y legitimar al denominado derecho penal del enemigo. Una tarea que, como veremos, en modo alguno va a ser sencilla de llevar a buen puerto, sobretodo teniendo en cuenta la evolución que el concepto de organización criminal ha sufrido en los últimos tiempos.

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

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

secuestros, etc...), la normativa internacional, que posteriormente extendió el uso de dicho concepto por todo el mundo, lo hizo definiéndolas de una forma diferente, aunque tampoco uniforme.

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

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

No existe, por tanto, uniformidad a la hora de definir ni los parámetros objetivos ni los subjetivos que definirían a las organizaciones criminales como instrumentos o fuentes de peligros tan graves que legitimarían que, para controlarlas, se procediese a anticipar la intervención penal hasta castigar, como delitos consumados, actos individuales tales como la mera pertenencia o la simple colaboración puntual con dichas organizaciones; actuaciones que están tan alejadas no solo de la ejecución, sino incluso del co-

mienzo de la preparación, propiamente dicha, de los concretos delitos que las organizaciones tenderían a cometer, que habrían de ser consideradas, todo lo más, como actos protopreparatorios de la participación en ellos (Cancio Meliá, 2008: 15).

De hecho, si nos fijamos en la evolución normativa comentada, nos daremos cuenta de que se han desdibujado hasta tal punto los iniciales parámetros delimitadores de dicha clase de organizaciones, que se ha hecho posible que se pueda tener como tales a agrupaciones que ni estarían compuestas por numerosos sujetos (podrían ser incluso solo de dos), ni tendrían una organización compleja, ni una distribución de funciones entre sus miembros (bastaría con que no se hubiesen agrupando fortuitamente para cometer un delito) y que, además, podrían tender a cometer tan solo un único delito, que ni tendría que ser violento ni estar dirigido a generar beneficios que pudiesen favorecer la corrupción generalizada del aparato institucional, con lo que resultará difícil afirmar que pudiesen llegar a poner en jaque el poder estatal.

Visto lo visto, habrá que concordar con Silva Sánchez, cuando afirmaba que durante los últimos tiempos se ha producido una expansión de los “delitos de organización”, como los de integración o cooperación criminal, como consecuencia de dos cambios fundamentales:

Por un lado, cada vez se exige menos estructura organizativa para apreciar la existencia de una “organización delictiva”; por otro, cada vez es menor la gravedad de los ilícitos que han de constituir el objetivo de una organización para que ésta sea calificada como “criminal”. (Silva Sánchez, 2008<sup>a</sup>: 2)

Proceso que ha tenido un enorme impacto e incluso se ha intensificado en la legislación penal española.

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

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

Lo primero que llama la atención sobre este precepto es el hecho de que no define aquello que viene a prohibir. Es decir, no define qué debe entenderse por “asociación”, limitándose el Código simplemente a establecer que cuando las asociaciones, esto es, cualquier clase de agrupación de personas, dotadas de personalidad jurídica propia o no (desde una compañía hasta una banda en sentido estricto), persigan los fines que describe, pasarán a ser consideradas como “ilícitas” y por ello, se podrá castigar penalmente tanto a sus fundadores, presidentes o miembros activos (art. 516 CP), como a los que cooperen económicamente o de cualquier otra forma a su fundación, organización o actividad (art. 517 CP).

Resulta evidente que el hecho de que estos preceptos permitan sancionar a los comentados sujetos y el siguiente, el art. 520 CP, incluso haga factible disolver directamente las entidades que sean consideradas como asociaciones ilícitas por el mero hecho de que “...tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión” convertirá al castigo penal de las asociaciones ilícitas en un instrumento penal lo suficientemente amplio como para poder luchar de forma adecuada contra la criminalidad organizada, ya que, permitiría castigar a sus miembros y colaboradores y disolver las agrupaciones en que se manifiesten, sin necesidad de que se hubiese cometido ningún delito desde su seno, ni tampoco de tener que demostrar la conexión de los referidos sujetos individuales con la concreta realización o preparación de alguno de los que la agrupación pretendiese cometer.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> De otra opinión, Faraldo Cabana, que exige, para poder apreciar la mera integración activa en dichas asociaciones, que el sujeto en cuestión haya realizado algún acto realmente preparatorio de uno de los delitos que la asociación tiende a cometer, sin necesidad, sin embargo de que dicha conducta sea considerada por sí mis-

## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal

Pese a ello, el legislador español, supuestamente por entender que los comentados delitos, tal y como habían sido interpretados por algunos autores (p. ej. Zúñiga Rodríguez, 2002: 62), no conseguía responder a todas las exigencias sancionadoras de la Decisión Marco 2008/841/JAI, decidió introducir en el código penal de dicho país, mediante la reforma efectuada por la LO 5/2010,<sup>4</sup> dos nuevos grupos de figuras asociativas en torno a dos nuevos conceptos que tenderían a luchar contra dicha forma de criminalidad.

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

ma como uno de los actos preparatorios punibles que contemplan, de forma general, los artículos 17 y 18 de nuestro Código penal, 2012, p. 257; postura que contrasta claramente con la mantenida por Silva Sánchez. Este último autor considera que las aportaciones realizadas en el seno de dichas organizaciones pueden realizarse de forma genérica y efectuarse en momentos completamente desconectados del comienzo de la verdadera fase preparatoria de ningún delito concreto de la organización, lo que, por una parte, permitirá que dichas actuaciones se puedan tener como relevantes, a los efectos de los delitos que estamos analizando, incluso cuando no puedan considerarse, ni siquiera en sentido amplio, como actos preparatorios propios de un delito, pero, además y por otra, no impedirán que se pueda incluso llegar a considerar a aquellos que las realizaron como partícipes de aquel concreto delito en que su genérica aportación se hubiese llegado finalmente a materializar, ya que, a juicio del referido autor, precisamente por haberse realizado dicha genérica contribución delictiva a través de una organización, se hace perfectamente factible que si la misma termina materializándose en el efectivo favorecimiento de la ejecución de un delito de la organización, se pueda y deba tener a quienes la efectuaron como verdaderos partícipes de dicho delito sin tener que cumplir con los presupuestos causales y psicológicos que tradicionalmente exigía la teoría de la intervención del delito para poder hacerlo. Silva Sánchez, 2008b, p. 108 y ss y 112.

<sup>4</sup> Así lo recoge el propio preámbulo de la referida Ley Orgánica de reforma del Código penal, lo que ha sido criticado, entre otros, por Cancio Meliá, 2011, p. 654 y ss.

Mucho se ha discutido y discute, aún al día de hoy, la doctrina sobre todos estos conceptos, los cuales, en ciertos casos, resultan perfectamente asimilables a otros previamente existentes, como sucede, por ejemplo y a juicio de algunos, con el de organización criminal y el de asociación ilícita, dando lugar a inevitables concursos de leyes como consecuencia de la innecesaria redundancia normativa en que incurren ambas formas de criminalidad asociativa (Farrald Cabana, 2012: 104), pero que, además y lo que es incluso peor, también hacen difícil que se puedan distinguir las actuaciones que castigan los delitos referidos a cada uno de ellos entre sí y también a las cometidas específicamente en relación a los "grupos criminales" de aquellas otras que se podrían castigar como meras formas de participación intentada (conspiración, proposición o provocación) en uno o varios delitos concretos.

Por tanto, habrá que entender que la paulatina, pero imparabable difuminación de los parámetros tanto organizativos como delictivos que definen a los diferentes instrumentos inicialmente creados para luchar contra la criminalidad organizada han dado lugar a múltiples problemas aplicativos y han abierto las puertas a que se realicen las más variopintas propuestas interpretativas, para tratar de delimitar sus contornos entre sí y con respecto a las formas más tradicionales de la co-delincuencia intentada. Pero es que, además y lo que es más importante, dicha difuminación también ha llevado a que la cuestionable anticipación de la intervención penal que se creó y legitimó, supuestamente para luchar contra las grandes, complejas y presuntamente peligrosísimas estructuras jerarquizadas que podían poner en cuestión al entramado socioeconómico e institucional de nuestras sociedades (la mafia, carteles de la droga, etc...) haya extendido su ámbito de aplicación para hacerlo también con agrupaciones mucho más simples, reducidas (bandas de atracadores, bandas callejeras, etc...) y con una peligrosidad mucho más limitada al estar referida a la mera comisión de delitos mucho más tradicionales y menos graves (hurtos, daños, etc...) (Díez Ripollés, 2005:14).

Si a todo lo anterior, se le añade que el texto penal español define expresamente las organizaciones y los grupos terroristas de los que habla en sus artículos 571 y siguientes, afirmando que se habrá de tenerse por tales (con todo lo que ello supone tanto desde el punto de vista de la ampliación de la incriminación,

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

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

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

Lo primero que hay que poner de manifiesto a este respecto es que la prohibición y represión penal de las diferentes formas de criminalidad organizada mediante el uso de figuras delictivas que castigan a quienes simplemente integran, apoyan o incluso meramente

promueven o constituyen agrupaciones, de más o menos complejidad, pero formadas por varias personas para cometer delitos, entra en evidente tensión con el derecho fundamental de asociación contemplado en todas las constituciones democráticas del mundo y, por ello, también en la española. En concreto, dicho derecho fundamental aparece recogido en el artículo 22 CE, precepto que, una vez reconocido dicho derecho con carácter general, establece que las asociaciones “sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”, siendo ilegales las que “persigan fines o utilicen medios tipificados como delito” y estando además prohibidas las “secretas y las de carácter paramilitar”.

Las consecuencias penales de dicha prescripción constitucional son inmediatas. En principio, solo se podrán prohibir y castigar penalmente a las agrupaciones de personas que tengan por fin o utilicen como instrumento para sus fines la comisión de delitos o que, cuanto menos, sean sociedades secretas o paramilitares, algo que imposibilita, por ejemplo, que, en España, se pueda utilizar el derecho penal para prohibir y sancionar asociaciones, como algunas sectas u organizaciones xenófobas, que tiendan a realizar actividades nocivas o incluso ilícitas (p. ej. incidir en la personalidad de sus adeptos o fomentar respaldar ideas discriminatorias con respecto a algunos colectivos), pero que no lo hacen cometiendo delitos contra la libertad, la integridad moral o de incitación al odio contemplados en el art. 510 CP o cualquiera otros (Cfr. Faraldo Cabana, 2012: 168 y ss.).

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

Lo primero que hay que señalar a la hora de analizar esta cuestión es que, pese a lo que sostuvo algún sector jurisprudencial en España, atendiendo a la ubicación del delito de asociación ilícita dentro de la sección “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades



## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal

públicas garantizados por la Constitución”, este delito no puede considerarse como una figura que tienda a proteger el correcto ejercicio del derecho de asociación. No puede serlo, entre otras razones, porque tal ubicación sistemática responde tan solo al hecho de que dicha figura fue históricamente utilizada por las dictaduras, precisamente, para limitar el derecho fundamental de asociación política, circunstancia que fue la que llevó al legislador democrático a integrarla en el referido capítulo y bajo dicho título para dejar así completamente claro que el delito se cometerá “con ocasión del ejercicio” de dicho derecho fundamental y no actuando en contra de sí mismo (Faraldo Cabana, 2012:168 y 205).

Por otra parte, tampoco parece que unos delitos como los relativos a las organizaciones o a los grupos criminales, de los que hablan los art. 570 bis y 570 ter CP, puedan ser vistos, como algunos mantienen, ni como figuras que tutelen el monopolio estatal del uso de la fuerza (Cfr. Cancio Melia, 2011: 652) ni como delitos que venga a asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones básicas de las sociedades democráticas frente al riesgo en que las pone la búsqueda por parte de dichas asociaciones de enriquecimientos económicos a través del control del poder económico y político (Cfr. Sánchez García De Paz, 2005: 39 y ss).

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

Este tipo de planteamientos tenían todo el sentido cuando los instrumentos penales contra la criminalidad organizada estaban exclusivamente dirigidos a luchar contra las grandes y complejas organizaciones criminales que caracterizaban a las mafias o a los carteles de la droga de los años 70 y 80 o contra las organizaciones terroristas jerarquizadas y complejas que caracterizaban a este fenómeno criminal hasta hace relativamente poco. Sin embargo, han perdido toda su vigencia una vez que, como vimos, los reguladores penales, tanto nacionales como internacionales, han decidido extender el ámbito de aplicación de

las medidas inicialmente creadas para combatir estas grandes organizaciones criminales a otras de mucho menor calado y relevancia social, como, por ejemplo, las que nos vienen dadas por las pequeñas bandas de “descuidadas” consagradas a cometer hurtos de escasa cuantía, las dedicadas a cometer daños informáticos, las que distribuyen pornografía infantil o las pequeñas células terroristas; agrupaciones que no presentan la complejidad organizativa, ni el tamaño que serían necesarios para poder considerarlas como adecuadas para poder llegar a afectar a dichos valores o bienes jurídicos, pero que, además, no siempre buscan obtener beneficios económicos ni utilizan los medios violentos que supuestamente las convertirían en agrupaciones adecuadas para poder llegar a cuestionarlos.

Mucho más correcto resulta entonces entender que lo que dotará de contenido material de antijuridicidad a todas estas agrupaciones y a las actividades relacionadas con las mismas (desde la integración, hasta la colaboración externa) será, precisamente, aquello que permite castigarlas respetando el derecho fundamental de asociación. Esto es, el hecho de que tales agrupaciones y las actividades realizadas para apoyarlas incrementan el peligro de la futura realización de hechos delictivos, siendo, por tanto, precisamente la amplia y, en ocasiones, difusa unión de todos los bienes jurídicos que dichos futuros delitos podrían llegar a afectar, y que algunos han tratado de agrupar mediante la interposición de un bien jurídico intermedio, de naturaleza supraindividual, como el orden público o la seguridad colectiva (p. ej. Bocanegra Márquez, 2020: 338), la que delimitará el bien jurídico protegido por todas estas figuras.

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

Ahora bien, una vez que se pone de manifiesto que todas estas figuras determinan un adelantamiento de

la protección penal otorgada con respecto a la que tradicionalmente se había dado a dichos valores, habrá que analizar hasta qué punto es legítimo que nuestro legislador se haya decidido a realizarla.

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

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

En primer lugar, se señala que la estructura organizativa, propia de estas organizaciones, determina un incremento notable de la puesta en peligro de dichos bienes jurídicos con respecto al que produce la delincuencia colectiva más tradicional. Así, por ejemplo, se ha destacado que las organizaciones no solo agrupan aportaciones personales y materiales que facilitan la comisión de tales hechos dando lugar a un riesgo mayor e incluso distinto al que generaría la mera suma no organizada e institucionalizada de cada una de las aportaciones realizadas a la entidad (Lampe, 1994:683 y ss), ya que, entre otras cosas, al ser estructuras que persisten en el tiempo, por más que cambien sus integrantes, harán llegar las aportaciones genéricamente realizadas por sus integrantes o colaboradores a aquellos otros que las necesitan, en el momento en que las requieren para cometer cada concreto delito, con lo que cumplirán "... una doble función de garantía (delictiva): Por un lado, garantiza la pervivencia del riesgo creado por un miembro; por el otro, garantiza la conexión de dicho riesgo con el generado por los intervinientes en un hecho delictivo concreto", pasando por tanto, la organización a actuar como una "... institución portadora del sistema de actuaciones favorecedoras de hechos concretos" (Silva Sánchez, 2008b: 108).

Se considera, por tanto, que la presencia de una estructura organizativa de las organizaciones criminales reduce las dificultades materiales y técnicas que podrían existir para la comisión de los delitos que persiguen (Cancio Meliá, 2008: 35), lo que las convierte en fuentes de riesgos especialmente peligrosas y, por tanto, justifica que se adelante la intervención penal para poder controlarlas (Silva Sánchez, 2008b: 113).

Sin embargo, no sería este el único factor legitimador de dicho adelantamiento; otro componente

decisivo, a tales efectos, es el factor "cultural". En este sentido, se afirma que las organizaciones criminales dan lugar a grupos humanos cohesionados, donde rigen unas reglas y valores propios y distintos a los imperantes al resto de la sociedad, algo que les permite reducir las generales barreras inhibitorias de los individuos con respecto a la posible comisión de delitos auspiciando que los lleven a cabo (Cancio Meliá, 2008: 37), e incluso pueden estar en posición de limitar la capacidad de decisión de sus integrantes y colaboradores a la hora de optar por realizarlos o no.<sup>5</sup>

Es más, tal y como señala Faraldo Cabana, tampoco es infrecuente que las organizaciones criminales generen problemas difícilmente resolubles de investigación y prueba con respecto a los concretos delitos cometidos por sus integrantes y colaboradores, quienes, por ejemplo, en muchas ocasiones ni siquiera habrían tenido conexión o contacto previo alguno con sus víctimas, lo que sin duda dificultará su identificación y castigo, haciendo, de este modo, que la organización dispense a tales individuos una cobertura que puede llevarles a tener una incluso razonablemente fundada expectativa de impunidad que los predisponga a cometer delitos a su amparo, debilitando así los mecanismos de prevención general y especial negativa propios del sistema penal (Faraldo Cabana, 2012: 72).

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

En definitiva, *estructura, cultura y delitos* son los tres parámetros esenciales a los que habrá que atender para delimitar los injustos típicos de estos delitos y para legitimar, en su caso, el enorme adelantamiento de la intervención penal que representa el castigo de

<sup>5</sup> De "dominados" habla Silva Sánchez, J. M. al aludir a los integrantes activos de estas agrupaciones, en 2008a, p. 11.

**La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal**

conductas tales como la mera integración, la promoción o la creación de una de tales organizaciones.

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

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

Ni estamos, por tanto, ante organizaciones necesariamente numerosas ni complejas, en términos estructurales y de división de tareas, ni ante unas que parezcan que tienen que estar dotadas de un carácter

permanente o indefinido en el tiempo. En una situación así, mantener que la estructura de estas organizaciones es un factor que las hace especialmente peligrosas porque agrupan y organizan importantes recursos materiales y personales para los delitos y los mantienen en el tiempo, colocándolos donde y cuando son más efectivos para su comisión, resulta realmente difícil.

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

La irrupción del nuevo terrorismo yihadista ha supuesto, sin duda, un punto de inflexión en esta materia. El que este tipo de terrorismo se haya caracterizado por no tener el organigrama fuertemente centralizado que tenía el terrorismo más tradicional y que paulatinamente haya ido cambiado este modelo por uno que, más que suministrar apoyo organizativo y material a sus miembros, se ha caracterizado por darles asesoramiento y soporte adoctrinador y formativo para que puedan ejecutar por sí mismos los atentados que estuviesen en su mano, actuando incluso como “lobos solitarios”, ha llevado a que el derecho penal haya eliminado la exigencia estructural que tradicionalmente se exigía en los delitos creados para anticipar la intervención penal frente al terrorismo y haya optado por extender la aplicación de tales figuras al terrorista individual (Galán Muñoz, 2016).

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

sivo del art. 575.2 CP) o el que sanciona al que, tan solo, enaltece a los terroristas o humilla a sus víctimas (art. 578 CP).

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

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

En este sentido, lo primero que hay que señalar es que, una vez que se parte, como aquí se hace, de que lo que dota de lesividad a las simples conductas de apoyo a las diferentes agrupaciones criminales (integración, colaboración, etc...) es el peligro que su ejecución genera con respecto a la futura comisión de unos delitos que no tienen que tener una naturaleza ni una gravedad especial, el único factor que puede dotar a tales actuaciones de una peligrosidad criminal suficiente para legitimar que se castiguen, incluso antes de que se empiece a preparar ningún delito concreto, será el número, y no la cualidad, de los delitos que dichas agrupaciones pretenden incentivar y apoyar. Esto es, el hecho de que sean actuaciones efectuadas en apoyo de organizaciones que tienden a fomentar la futura realización de un número de delitos, en plural (vid, en este sentido, Faraldo Cabana, 2012: 102 o

recientemente, Bocanegra Márquez, 2019: 532, entre otros), tan amplio e indeterminado que el peligro referido a su ejecución resulte ya de la suficiente gravedad como para poder justificar y legitimar tan enorme adelantamiento de la intervención penal.

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

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

Ahora bien, todavía queda otro problema que el Ministerio Público tendrá que resolver para hacer que estos delitos y sus derivaciones mantengan el respeto

## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal

mínimo necesario a los derechos fundamentales de los ciudadanos. El que se generó como consecuencia de la paulatina y aparentemente imparable expansión de los delitos tendentes a neutralizar el otro factor de riesgo, inicialmente vinculado a la criminalidad organizada, pero que se ha desgajado del mismo como consecuencia del cambio operativo de una de sus manifestaciones más graves, la del terrorismo.

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

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, que parte de que en dicho país, a diferencia de otros europeos, hay una democracia no militante que reconoce que la libertad de expresión ampara no solo aquellos discursos que sean contrarios a sus principios y derechos, sino incluso a los que atacan al propio sistema democrático, ha considerado que el cuestionable y cuestionado delito de enaltecimiento terrorista solo puede ser considerado acorde y respetuoso con dicho derecho fundamental en la medida en que se aplique exclusivamente con respecto a mensajes que, aunque no inciten directa y expresamente a cometer ningún delito concreto a sus receptores, sí que son idóneos para incitarles a cometer algún delito terrorista de carácter violento (no de cualquier otra naturaleza), por más que dicho ataque delictivo futuro aún no estuviese determinado y, por tanto, no se pudiese fijar (Galán Muñoz, 2019). Así sucederá, por ejemplo, cuando los actos enaltecedores del terrorismo o humillantes para las víctimas que se realicen vengán a respaldar un clima, una situación de violencia cultural social, que *de facto* estaba haciendo que dichos ataques violentos se llevasen a cabo y se efectúen además de una forma y ante un auditorio que era objetivamente previsible que se viesen motivados por el mismo a realizarlos.

Muchos son, pese a todo los problemas que plantean esta y el resto de las figuras represoras de lo que se ha dado en llamar discurso del odio (para un co-

mentario más amplio y exhaustivo de estas figuras véase Galán Muñoz, 2020). Sin embargo, resulta evidente, por lo que a nosotros nos interesa en este momento, que son figuras que solo resultarán acordes con el derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por las democracias no militantes, en la medida en que se limiten a castigar actos comunicativos objetivamente idóneos para generar la comisión de delitos terroristas que, aunque no estén concretados ni del todo definidos, sí que resulten predecibles y, además, tengan carácter violento (asesinatos, atentados, etc.), algo que quienes han de aplicar dichas figuras habrán de tener muy en cuenta a la hora de hacerlo para garantizar que respeten el referido derecho fundamental.

Algo parecido sucedió con el delito de autoadocctrinamiento pasivo terrorista. Pese a su cuestionable redacción y a la inicialmente errática interpretación que le dieron algunos tribunales españoles, que la utilizaron para castigar a aquellos que simplemente seguían los postulados del yihadismo radical (Vid. p. ej. González Vaz, 2020: 116 y ss), ha sido una figura que el Tribunal Supremo español ha entendido que solo resulta acorde con los derechos a la libertad ideológica y religiosa vigentes en dicho país, en la medida en que se aplique exclusivamente a quien se autoadocctrina o accede habitualmente a los contenidos adocctrinadores característicos del terrorismo, con la intención de capacitarse para cometer delitos terroristas, lo que nuevamente deberá ser muy tenido en cuenta por quien ejerza la acción penal aplicando tales figuras.

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

El peligro que encierran delitos como este o como el de enaltecimiento, castigados en el ordenamiento

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

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

El peligro está ahí y solo los juristas y, especialmente, los jueces pueden evitar que se haga realidad, efectuando una labor interpretativa constante de defensa de los derechos fundamentales. Nadie puede decir que dicha tarea, en unas sociedades como las actuales, donde campan a sus anchas los más variados populismos punitivos y en las que se tiende a tildar cualquier idea contraria a la que cada uno mantiene de peligrosa o incluso de terrorista, vaya a ser fácil de realizar. Sin embargo, hay que reconocer que es una tarea que se debe llevar a cabo si no queremos que la paulatina restricción de derechos que se viene produciendo, presuntamente, para luchar contra “ex-

cepcionales formas de criminalidad”, como la organizada o la terrorista, terminen por hacernos caer por la pendiente que nos lleve a perder, poco a poco, los derechos y libertades fundamentales que tanto tiempo y esfuerzo nos ha costado conquistar.

#### 4. Bibliografía

- Bocanegra Márquez, J. (2019) “El concepto de “grupo criminal” del art. 570 ter.1. II CP. La necesidad de su interpretación restrictiva”. En *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia., 2019.
- Bowling, K. (2015) “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act”, DO - 10.13140/RG.2.2.18213.29929, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/307965476\\_Racketeer\\_Influenced\\_and\\_Corrupt\\_Organizations\\_Act](https://www.researchgate.net/publication/307965476_Racketeer_Influenced_and_Corrupt_Organizations_Act) (últ. Vis. 1-10-2020)
- Cancio Melià, M. (2008). “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”. En *Delitos de organización*. Ed. B de F, Buenos Aires., 2008.
- Cancio Melià, M. (2011). “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”. En *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*. Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid., 2011.
- Díez Ripollés, J. L. (2005) “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. En *RECPC*, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (últ. acc. 21-2-2019).
- Faraldo Cabana, P. (2012). *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Galán Muñoz, A. (2016). “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015”. *Revista de derecho penal y criminología*, núm.15, 95-138, 2016.
- Galán Muñoz, A. (2018). “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*,

## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal

- vol. XXXVIII (2018), <http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5127>. (últ. vis. 2-2-2020)
- Galán Muñoz, A. (2020). “Delitos de odio, discurso del odio y derecho penal: ¿Hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”. *Revista Penal México*, núm.º 46, 41-66.2020.
- González Vaz, C. (2020). “Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano”. *Revista Penal México*, núm. 16 y 17.
- Jakobs, G. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Ed. Civitas, Madrid, 112-123.
- Lampe, J. (1994) “Systemunrecht und Unrechtssysteme”. *ZStW*, 106, 1994.
- Sánchez García De Paz, M. I. (2005). *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Ed. Ministerio del interior/ Dykinson, Madrid.
- Silva Sánchez, J. M. (2008a). “Introducción”. En *Delitos de organización*. Ed. B de F, Buenos Aires.
- Silva Sánchez, J. M.(2008b). “La “intervención a través de organización”, ¿una forma de participación en el delito?”, en *Delitos de organización*. Ed. B de F, Buenos Aires.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2002), “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal”. *El Derecho penal ante la globalización*, Ed. Colex, Madrid.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2016). “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”. *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, núm. 86, 62-114.



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



**FGR**  
FISCALÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES