

¿ “PERTENENCIA” O “INTERVENCIÓN”?

DEL DELITO DE “*PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN  
CRIMINAL*” A LA FIGURA DE LA “*PARTICIPACIÓN  
A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN*” EN EL DELITO.

Jesús-María Silva Sánchez\*



## ¿ “PERTENENCIA” O “INTERVENCIÓN”?

### DEL DELITO DE “PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL” A LA FIGURA DE LA “PARTICIPACIÓN A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN” EN EL DELITO.

Jesús-María Silva Sánchez\*

#### 1. Introducción

El fenómeno criminológico de la criminalidad organizada se aborda jurídicamente<sup>1</sup>, en la mayoría de las legislaciones nacionales, a través de tres vías diversas. En primer lugar, mediante la tipificación<sup>2</sup> de los delitos más característicos de tal forma de criminalidad. En segundo lugar, mediante la introducción del elemento agravante de “organización” en una serie de delitos más o menos tradicionales, para atender a la especial peligrosidad de las formas estructuradas de actuación antijurídica. En tercer lugar, mediante los, no infrecuentemente criticados<sup>3</sup>, clásicos delitos de pertenencia a asociaciones ilícitas<sup>4</sup> o bien los nuevos tipos de pertenencia a organizaciones criminales.

---

\* Universidad Pompeu Fabra

<sup>1</sup> En realidad, en el concepto técnico-legal no se diferencia entre la criminalidad organizada en sentido estricto, como forma de macrocriminalidad (caracterizada también por la corrupción, la infiltración política, etc.), y la mera criminalidad de bandas. Los conceptos legales de organización tienden precisamente a ser cada vez más laxos, lo que condiciona el modo de entender los delitos de asociación.

<sup>2</sup> Enteramente nueva o bien producida mediante la ampliación o agravación de tipos ya existentes.

<sup>3</sup> En Alemania, los diputados Ulla Jelpke, Petra Pau, Sabine Jünger, Dr. Evelyn Kenzler, Heidemarie Lüth así como el grupo parlamentario del PDS presentaron el 5 de abril de 2001 (Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/5832) una proposición de ley de modificación del Derecho penal y el Derecho procesal penal, en la que subrayaban que los §§ 129 y 129 a StGB (delitos relativos a asociaciones criminales y terroristas) constituyen un cuerpo extraño en el Derecho penal alemán, por su indeterminación contraria al principio del hecho, asociada además a importantes medidas restrictivas de derechos durante la instrucción penal. De ahí que se solicitara su derogación. Cfr. en España la crítica de *Quintero Olivares*, La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita, en Ferré/ Anarte (eds.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos,

Ciertamente, esto último no constituye una novedad sustancial. En los países en los que la criminalidad organizada ha tenido especial tradición – singularmente, en nuestro entorno cultural, debe subrayarse el caso italiano – ésta siempre fue combatida mediante los delitos de pertenencia a asociaciones ilícitas, que en el resto de los Estados se refirieron de modo casi exclusivo a las organizaciones políticas revolucionarias y, luego, terroristas. La novedad es, pues, de grado.

Ésta radica, por un lado, en que el recurso a los “delitos de organización” o “asociación” (*Organisationsdelikte, reati associativi*) como mecanismo de represión de la criminalidad organizada parece generalizarse en todos los países. Por otro lado, en que existe una fuerte tendencia a homogeneizar la respuesta penal en este punto, lo que se está manifestando últimamente en las propuestas de elaboración de un tipo común europeo relativo a la participación en una organización criminal<sup>5</sup>. Y, en fin, en que la mayor parte de la “nueva criminalidad” es, según se afirma, criminalidad organizada, de modo que cualquier conclusión que se alcance a propósito de la imputación de responsabilidades en el marco de organizaciones delictivas adquiere unos caracteres generales que antes no poseía<sup>6</sup>.

La delimitación técnico-jurídica de la noción, inicialmente criminológica, de “organización criminal” y la sistematización de los supuestos punibles de actuación en el marco de aquélla constituyen tareas ineludibles, sólo en parte cumplidas, de la dogmática del Derecho penal. A este grupo de cuestiones

Huelva 1999, pp. 177 y ss. En contra de su planteamiento, González Rus, Asociación para delinquir y criminalidad organizada, Actualidad penal 2000, pp. 561 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. al respecto la obra, fundamental en Derecho español, de García-Pablos de Molina, Asociaciones ilícitas en el Código penal, Barcelona 1978.

<sup>5</sup> Cfr. ya la *Action commune relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle, dans les Etats membres de l'union européenne*, de 21 de diciembre de 1998 (DOCE L351, de 29 de diciembre de 1998, pp. 1 y ss.). En su art. 2.1 propone que se sancione, además de la conspiración (apartado b):

a) el comportamiento de toda persona que, de manera intencional y teniendo conocimiento, ya del fin y de la actividad criminal general de la organización, ya de la intención de la organización de cometer las infracciones en cuestión, participa activamente:

– en las actividades criminales de la organización (...), aunque esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de las infracciones en cuestión y, a reserva de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro de que se trate, aunque la ejecución de las infracciones en cuestión no se lleve a cabo.

– en otras actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuirá a la realización de las actividades criminales de la organización (...)

Una propuesta que actualmente se halla en discusión define como participación (en una organización criminal) “the making of repeated contributions to the commission of crimes within the organisation's activity or to the maintenance of its operational structures, with knowledge of the fact that such contributions strengthen the organisation's criminal capacity, i.e., make the accomplishment of the criminal plan more likely or more rapid, or increase the degree of its realisation”. Cfr. Militello, Participation in a Criminal Organisation as a Model of European Criminal Offence, en Militello/ Huber (eds.), Towards a European Criminal Law Against Organised Crime, Freiburg 2001, pp. 15 y ss., 27.

<sup>6</sup> Aleo, Diritto penale e complessità. La problemática dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica, Torino 1999, p. 35.

pertenece la determinación y fundamentación de las formas de atribución de responsabilidad penal que se refieren a los miembros y colaboradores externos de las organizaciones criminales. Este tema, que constituye una de las (varias<sup>7</sup>) fronteras de la dogmática de la criminalidad organizada, es el objeto de las páginas que siguen.

## 2. La sanción penal de los miembros de organizaciones criminales, entre las respuestas “comunes” a la criminalidad y las “excepcionales”

La sanción penal de la mera actuación como miembro o colaborador de una organización criminal se menciona en la doctrina, de modo reiterado, como ejemplo de legislación excepcional<sup>8</sup> y, en concreto, como manifestación paradigmática del denominado “*Derecho penal de enemigos*”. En este sentido, se advierte que tal actuación no implica una arrogación de la configuración de ámbitos de organización ajenos, sino sólo la realización de actos materialmente preparatorios que, además, discurren en el ámbito privado<sup>9</sup>. La tipificación penal de estas conductas expresaría, por tanto, una optimización de los intereses de protección de bienes a costa de la libertad individual, que redundaría en que, en realidad, se castigara a autores peligrosos – *enemigos* –, y no hechos peligrosos<sup>10</sup>.

Para el caso concreto de su regulación en el Código penal alemán, en los §§ 129 y 129 a StGB, se ha añadido en términos pragmáticos que en éstos se trata de “*Ermittlungsparagraphe*”<sup>11</sup>, esto es, de tipos penales que casi nunca dan lugar a una condena, estando, en cambio, orientados fundamentalmente a amparar, bajo la apariencia de medidas de investigación procesal penal, intervenciones policiales de carácter preventivo con respecto a los delitos-fin de la organización<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Otras son, por ejemplo, el propio alcance del concepto de organización y su diferenciación de las simples manifestaciones de la codelinuencia; o la diferenciación entre organizaciones criminales y organizaciones en las que se cometen (incluso frecuentemente) delitos; entre otras.

<sup>8</sup> La alusión a la existencia de dos sistemas de reglas, uno para la criminalidad común y otro para la criminalidad organizada es de Naucke, *Strafrecht. Eine Einführung*, 9. Auflage, Frankfurt 2000, pp. 114-115 n.º marg. 21 y ss., 25.

<sup>9</sup> Así ya Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico* (1985), en *El mismo*, Estudios de Derecho penal (trad. e introd. Peñaranda/ Suárez/ Cancio), Madrid 1997, pp. 293 y ss., 298-299.

<sup>10</sup> Jakobs, *Ibidem*, p. 311. En contra de esta representación, Muñoz Conde, Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, *Revista penal* 9, enero 2002, pp. 59 y ss., 61 nota 2, aunque admitiendo que la configuración de estos tipos en Derecho penal español es vulneratoria de los principios de proporcionalidad y de seguridad o certeza jurídica.

<sup>11</sup> Por ejemplo, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt 1994, p. 22.

<sup>12</sup> Cfr., por todos, Weber, *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, en Jescheck (Hrsg.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, Berlin 1987, pp. 1 y ss., 31, con referencias. También Aleo,

Lo anterior no ha obstado a que se haya tratado de fundamentar la legitimación de la tipificación y sanción penal de estas conductas. En el planteamiento de *Jakobs*, ello tiene lugar mediante su consideración, no como actos preparatorios de la lesión futura de determinados bienes jurídicos, sino como hechos que por sí mismos infringen *normas de flaqueo* cuya misión es garantizar los presupuestos cognitivos de la vigencia de las normas principales. Expresado de otro modo, como hechos que, en sí mismos, provocan un menoscabo (cognitivo) de la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento<sup>13</sup>. Ahora bien, si las normas de flaqueo se mueven en un plano meramente cognitivo, la cuestión es, entonces, hasta qué punto puede seguir afirmándose que lo prohibido en ellas son “hechos” y no meros “pronósticos de hechos”, esto es, *estados peligrosos*.

En este sentido, ya *Maurach* había aludido, como fundamento de la sanción penal de miembros y colaboradores de organizaciones criminales, a la manifiesta enemistad al Derecho (“*offene Rechtsfeindschaft*”)<sup>14</sup> que éstos muestran, abusando del derecho de asociación y situándose colectivamente al margen del Derecho<sup>15</sup>. Y, en esta misma línea, en trabajos más recientes del propio *Jakobs*, los §§ 129 y 129 a StGB, relativos a la pertenencia a asociaciones criminales y terroristas, aparecen ciertamente, con gran claridad, como paradigma del Derecho penal de enemigos, que se caracteriza, entre otros factores, por el abandono de la perspectiva del hecho producido y la adopción de la del hecho que se va a producir<sup>16</sup>. Al respecto, se señala de modo expreso que “*si el delincuente ya no proporciona garantía cognitiva alguna acerca de su personalidad, la*

---

Diritto penale e complessità, pp. 93, 135, quien atribuye a los tipos del delito “asociativo” precisamente esa función de interdicción con respecto a los hechos futuros de la organización. A este respecto indicaba *Jakobs*, en Estudios penales, p. 313, de modo general, que la “desprivatización”, esto es, la injerencia del Derecho penal en estos ámbitos, “*se produce a fin de tener un pretexto para poder acceder a otro aspecto interno, concretamente al contexto de los planes del sujeto. Despojar de ese modo al sujeto de su esfera privada no corresponde ya al Derecho penal de ciudadanos, sino al Derecho penal de enemigos*”. Sobre esta cuestión, con amplias referencias bibliográficas, cfr., por lo demás, *Sánchez García de Paz*, Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado, Libro-Homenaje a M. Barbero Santos, Cuenca 2001, pp. 645 y ss., 669 y ss.

<sup>13</sup> *Jakobs*, en Estudios, p. 314 y ss. 317, 318, sosteniendo que “*no se trata en esos supuestos de un injusto de la preparación, sino únicamente del injusto parcial de una perturbación de la paz jurídica. El autor se arroga actualmente tan sólo la configuración de la base cognitiva de la vigencia de la norma.*”

<sup>14</sup> *Maurach*, BT, p. 670, citado por *Rudolphi*, Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129 a StGB, en Festschrift für H.J. Bruns zum 70. Geburtstag, Köln etc. 1978, pp. 315 y ss., 318.

<sup>15</sup> Cfr., con mucha claridad, *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, Frankfurt 1989, p. 315: lo fundamental es la “*actitud interna de enemistad al Derecho*”. En efecto: “*el autor, en la medida en que quiere ponerse en situación de cometer un hecho antijurídico, se convierte en un riesgo para la seguridad*”.

<sup>16</sup> *Jakobs*, La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, en Escuela de Verano del Poder Judicial 1999, Estudios de Derecho Judicial 20, pp. 121 y ss., 138; *El mismo*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, en Eser / Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, München 2000, pp. 47 y ss., 51.

*lucha contra el delito va al unísono con la lucha contra él. Entonces, ciertamente ya no es persona, sino fuente potencial de delitos, enemigo*"<sup>17</sup>. Añadiéndose que lo que aquí tiene lugar es una "autoexclusión", que, sin embargo, queda encubierta tras la pretendida configuración de un "Derecho penal preventivo".

Aparentemente, ello nos sitúa ante una alternativa insatisfactoria: o admitir la existencia de un Derecho penal de enemigos que sancionaría en estos casos sin requerir un "hecho"<sup>18</sup>, o rechazar toda posibilidad de sancionar las conductas de participación en organizaciones criminales. Sin embargo, no es seguro que la alternativa sea tal<sup>19</sup>. En lo que sigue se intentará proponer una fundamentación de la sanción de los sujetos miembros de las organizaciones criminales compatible con las reglas del Derecho penal común. Una de las premisas fundamentales de esta propuesta es entender que el problema pertenece a la Parte General del Derecho penal y no a la Parte Especial<sup>20</sup>; o, expresado de otro modo, que se trata de un problema material de imputación<sup>21</sup> y no de un mero problema formal de tipificación.

### 3. La naturaleza dogmática de la organización criminal (o asociación con fines delictivos)

Seguramente, el punto de partida para el estudio de los modelos de atribución de responsabilidad penal a los miembros y colaboradores de organizaciones criminales ha de venir dado por el análisis del significado jurídico-penal del propio fenómeno de la organización criminal. Pues bien, a este respecto puede afirmarse que una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico (*strafrechtliches Unrechtssystem*), esto es, un sistema social

<sup>17</sup> "Sin embargo, cuando el delincuente ya no proporciona ninguna garantía cognitiva de su personalidad, la lucha contra el delito se identifica con la lucha contra él. Entonces ya no es persona, sino fuente potencial de delito, enemigo". Cfr. Jakobs, *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, en Courakis (Hrsg.), *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Prof. Dr. Dionysios Spinellis*, Athen 2001, pp. 447 y ss., 462-463.

<sup>18</sup> A mi entender, incluso desde una perspectiva que aceptara, en casos de excepcional emergencia, la posibilidad de un Derecho penal de enemigos, tendría que admitirse que sus presupuestos no se dan en una organización criminal cualquiera. Y mucho menos en los términos (laxos, tanto en cuanto a número de componentes como en cuanto a estructura) en que se tiende a definir el concepto de organización. Como se ha indicado, la delincuencia es, cada vez más, consustancialmente organizada, por lo que no cabe aquí una respuesta en términos de emergencia. Cfr. Aleo, *Diritto penale e complessità*, pp. 34-35.

<sup>19</sup> De modo general, *Schünemann*, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, GA 2001, pp. 205 y ss., 212, reprochando a la formulación de Jakobs que libera del esfuerzo de legitimación a un cúmulo de desarrollos del Derecho penal y procesal, cuya legitimación requiere un complejo proceso de ponderación y, con seguridad, el establecimiento de nuevas y eficaces cautelas.

<sup>20</sup> En este sentido, también, *Sánchez García de Paz*, LH-Barbero Santos, pp. 674 y ss.

<sup>21</sup> Como señala, a propósito de los §§ 129, 129 a StGB, *Weber*, en *Jescheck* (Hrsg.), *Die Vorverlegung*, p. 31, la aplicación de tales preceptos debe ir precedida de un "test de peligrosidad".



en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos<sup>22</sup>. La organización criminal, como sistema de injusto, tiene, así, una dimensión institucional – de institución antisocial – que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes. En esa dimensión institucional radica seguramente su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales.

Sentado esto, sin embargo, todavía no se ha predeterminado cómo ha de incidir la peculiar naturaleza de la organización criminal en la atribución de responsabilidad penal a sus miembros y colaboradores. Es necesario aún poner en relación el “*Systemunrecht*”, o injusto sistémico propio de la organización, por un lado, con la teoría del objeto de protección del Derecho penal y, por otro lado, con la conducta de los sujetos integrantes del sistema de injusto o con la de de terceros que entren coyunturalmente en contacto con él.

Para la opinión mayoritaria, el injusto sistémico de la organización criminal es un injusto autónomo, independiente del propio de los delitos concretos que se pretendan cometer (y se acaben cometiendo) mediante ella. Concretamente, se afirma que la mera existencia de la organización criminal, como sistema de injusto, como subsistema disfuncional al sistema social constituido en Estado, lesiona la seguridad general y la paz pública<sup>23</sup>. A partir de ello, se afirma que la aportación institucionalizada del miembro activo (y del colaborador) debería contemplarse básicamente en su dimensión de conducta funcional al referido “injusto sistémico”<sup>24</sup>.

Es significativo, sin embargo, que la, a mi juicio, mejor caracterización dogmática de este modelo ponga de relieve expresamente que la organización criminal conforma un injusto *por su mera existencia*, sin que tenga necesidad de

<sup>22</sup> Lampe, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, ZStW 106 (1994), pp. 683 y ss., 687, 693.

<sup>23</sup> Cfr., por todos, von Bubnoff, en Jescheck/ Ruß/ Wilms (Hrsg.) *Leipziger Kommentar: Großkommentar zum Strafgesetzbuch*, 10ª edic., § 129, n.º marg. 1: paz jurídica, con referencia a la seguridad pública; Lampe, ZStW 106 (1994), p. 707, entendiendo que sólo este punto de vista es acorde con la idea de que la organización es un sistema constituido con la correspondiente dimensión institucional; Lenckner, en Schönke/ Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª edic., München 2001, § 129, n.º marg. 1: sentimiento general de seguridad jurídica y, también, paz pública. Frente a este punto de vista, críticamente, entre otros, Langer-Stein, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen* (§§ 129, 129 a StGB), München 1987, pp. 32, 98, 134-135, entendiendo que, al final, tales posturas conducen a afirmar que lo protegido es la vigencia del conjunto de las normas, lo que constituye la función del Derecho penal como tal; con otras palabras, que lo protegido en estos delitos sería la propia función del Derecho penal, lo que supone concebirlos como autorreferenciales o tautológicos. Cfr. también Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, pp. 13 y ss., 210 y ss.; asimismo, Scheiff, *Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen* (§ 129 StGB), Frankfurt 1997, p. 28.

<sup>24</sup> Cfr. Aleo, *Diritto penale e complessità*, p. 11, 60, 93. Incluso proponiendo un modelo de sanción autónoma de la contribución a la organización que, mediante incrementos de pena, llegara a absorber la intervención del miembro de la organización en delitos concretos realizados en el marco de ésta (p. 105).



manifestarse en acción alguna. O, expresado de otro modo, que entienda que constituye un estado de cosas antijurídico: en términos literales, que la disposición para cometer delitos que muestra un sistema organizado, su carácter "asocial", es *per se* constitutiva de injusto<sup>25</sup>.

Algunos aspectos de este punto de vista podrían compartirse, en principio. De hecho, el referido injusto sistémico (¿o la peligrosidad?) de las organizaciones criminales ha constituido tradicionalmente en el Derecho comparado el presupuesto de la adopción de la consecuencia jurídica de disolución para las asociaciones ilícitas<sup>26</sup>. La cuestión es, sin embargo, si el injusto sistémico de la organización (su "carácter asocial") constituye un injusto apto para ser imputado luego, por separado, a *cada miembro concreto* de la organización que sea detenido y enjuiciado. Expresado de otro modo, si, partiendo de la organización criminal como sujeto-sistema que lesiona objetos de protección del Derecho penal como la paz y la seguridad pública, es posible fundamentar convincentemente la atribución de responsabilidad penal por dicha lesión a cualquier sujeto que realice una conducta funcional (entre las que se cuenta la mera adhesión) a aquel sistema<sup>27</sup>. Una responsabilidad que, además, lo sería a título de autor.

Una opinión minoritaria contempla, en cambio, a la organización criminal ante todo en su dimensión de estado – institucional – de cosas favorecedor de los delitos concretos cometidos luego en su marco (como "forma de intervención anticipada")<sup>28</sup>. La organización afectaría, pues, a los objetos de protección de los delitos específicos cuya comisión constituye su fin. Esta perspectiva es la que acoge la denominada "teoría de la anticipación" (*Vorverlagerungstheorie*), para la cual la sanción de hechos vinculados a la actividad de las organiza-

<sup>25</sup> "Por tanto, el injusto sistémico es en sí un estado de injusto, que puede activarse en conductas, pero no tiene necesariamente que hacerlo. Se corresponde con la disposición al injusto propia del autor individual en el delito de acción. Ahora bien, mientras que la disposición al injusto todavía no es injusto, porque al sistema en el que se halla, al carácter personal, le falta la inmediata asocialidad, la disposición de un sistema comunitario a la comisión de hechos criminales, su 'carácter' asocial, es por sí mismo ya injusto": Lampe, ZStW 106 (1994), p. 715.

<sup>26</sup> En realidad, la lógica de la noción de "injusto sistémico" conduce a una responsabilidad colectiva (fundada en el ingreso voluntario en el sistema organizado) y no a un modelo de responsabilidad individual al estilo tradicional: cfr. Heine, *Kollektive Verantwortlichkeit*, en Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Freiburg 1998, pp. 95 y ss., 98.

<sup>27</sup> Lo que Lampe denomina su "responsabilidad sistémica" o responsabilidad por el sistema (*Systemverantwortung*): ZStW 106 (1994), p. 726.

<sup>28</sup> Cfr. STS de 23 de junio de 1986, ponente Díaz Palos, que, en relación con la figura de la pertenencia a una organización terrorista, afirma que "pueden asignarse unas notas comunes a la figura de que se trata, en primer lugar y como más destacada la de que constituye un acto preparatorio especialmente castigado como favorecimiento, cuyo fundamento punitivo de excepción a la regla general de impunidad de tales actos radica, como pone de relieve la doctrina científica y el propio legislador en su motivación legiferante, en la importancia y peligrosidad que tales conductas colaboradoras han adquirido en las actividades terroristas, con lo que España se alinea, dentro del Derecho comparado, con los países que le son más próximos culturalmente (en especial Gran Bretaña, República Federal de Alemania e Italia), naturaleza jurídica la antedicha que convierte a este delito en figura distinta, aunque periférica a la participación, de suerte que, si incide en ésta, se aplicará la pena más grave".

ciones criminales se explica, fundamentalmente, en clave de anticipación de la protección de los bienes jurídicos afectados por los delitos-fin de la asociación delictiva<sup>29</sup>. Ello, aunque la *Vorverlagerungstheorie* parece advertir en la organización tan sólo un estado de cosas de naturaleza preparatoria, a lo que más adelante se efectuará alguna matización.

A mi juicio, este segundo punto de vista resulta, por varias razones, más convincente. *Por un lado*, no niega la específica dimensión institucional de la organización criminal. También desde esta perspectiva es posible advertir la especial peligrosidad de la organización criminal, derivada no sólo de la forma de ejecución común que le es propia, sino sobre todo de la dinámica propia de las organizaciones, encaminada a la comisión de delitos, que, entre otras cosas, tiene la capacidad de “alargar” el alcance de los actos de organización de sus miembros<sup>30</sup>. Por ello, este planteamiento puede justificar asimismo la intervención sobre la organización en sí, disolviéndola, dado que ésta no ofrece garantía alguna – sino todo lo contrario – de seguridad cognitiva para los bienes jurídicos protegidos en los tipos relativos a los delitos-fin de la organización. Ahora bien, la organización, en tanto que estado de cosas favorecedor del hecho delictivo concreto cometido luego por alguno o algunos de sus miembros, debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres y estructuras, para obtener su objetivo de comisión de los delitos concretos de que se trate<sup>31</sup>.

*Por otro lado*, este modelo permite una fundamentación más convincente de la atribución de responsabilidad personal a los miembros y colaboradores externos de las organizaciones criminales. Desde la perspectiva de un Derecho penal del hecho, a éstos se les debe hacer responsables por su propia actuación y no por “ser parte de un sistema asocial”, que, en cuanto tal, afectaría a la paz pública.

*Por lo demás*, la responsabilidad de los miembros y colaboradores externos de las organizaciones criminales se fundamenta a partir de imputarles la creación de riesgos para los bienes jurídicos protegidos en los tipos que definen los delitos-fin de la asociación criminal de que se trate. Ello permite, como se verá, reconducir tal atribución de responsabilidad a reglas comunes de imputación y alejarse del Derecho penal de excepción, en cuyo marco tiende sin embargo a ubicarse, cada vez más, el tratamiento de toda esta materia por el legislador, los tribunales e incluso por buena parte de la doctrina.

Desde esta posición, en efecto, la organización criminal no constituye sólo el aparato de dominio de los directores sobre los miembros subordinados

<sup>29</sup> Ya, *Rudolphi*, *Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129 a StGB*, FS f. Bruns, p. 318. En este sentido, con amplias referencias bibliográficas, *Sánchez García de Paz*, LFI-Barbero Santos, pp. 647-648, 674 y ss.. Críticamente sobre este punto de vista, por toda la doctrina dominante, *von Bubnoff*, LK, 10<sup>a</sup>, § 129 n.º marg. 3.

<sup>30</sup> Cfr. ya *Rudolphi*, FS f. Bruns, p. 317.

<sup>31</sup> *Rudolphi*, FS f. Bruns, p. 319 y ss.; *Grosso*, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, en Moccia (a cura di), *Criminalità organizzata*, pp. 133 y ss., 135, 140.

(más o menos fungibles) que acaban cometiendo los hechos delictivos concretos – aunque conviene recordar que también es esto –. Además, la organización conforma un *sistema de acumulación institucionalizada de aportaciones individuales favorecedoras* de la ejecución de los delitos-fin de la asociación delictiva<sup>32</sup>.

### 3. Los modelos de atribución de responsabilidad penal a los miembros de organizaciones criminales<sup>33</sup>

#### 3.1. El modelo de la “transferencia” (imputación individual de un fenómeno colectivo)

El que denominaré “*modelo de la transferencia*” parte de entender que la sanción de los miembros de las organizaciones criminales debe alejarse de cualquier consideración de la organización como articulación institucionalizada de aportaciones favorecedoras de los concretos delitos-fin. La razón de

<sup>32</sup> En contra de esta perspectiva, expresamente, *De Francesco*, Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato, en Giostra/ /Insolera (a cura di), Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi, Milano 1995, pp. 33 y ss., 44 y ss. A juicio del autor italiano, esta perspectiva facilita una sanción indiscriminada de los miembros de la asociación a título de participación en los delitos-fin que se cometan (p. 45) y, a la vez, no explica por qué la asociación debe ser castigada también en casos de efectiva comisión de los delitos-fin. Yo veo las cosas de modo distinto. A saber: precisamente la concepción de la organización criminal como estado de cosas dotado de un desvalor autónomo, independizado del propio de los delitos-fin, y vinculado a la afectación de un bien jurídico propio, de entrada propicia una sanción de cualquier miembro por el delito de mera pertenencia, en términos absolutamente formales. En cambio, la concepción de ésta como un estado de cosas cuyo desvalor radica en su naturaleza (institucionalmente) favorecedora de delitos concretos permite, de entrada, distinguir, a los efectos de la sanción por el delito de pertenencia, entre diversas clases de miembros. Y en absoluto conduce a que cualquier miembro sea sancionado como participe en el delito efectivamente cometido desde la organización. En cuanto a la cuestión de cómo explicar la sanción del delito de pertenencia y, a la vez, la del delito-fin, a mi juicio no tiene nada que ver con lo anterior: la comisión de uno o varios delitos concretos no agota necesariamente el desvalor del peligro representado por el “favorecimiento institucionalizado” de otros. Como, en general, un delito de lesión no absorbe todo el desvalor de los delitos de peligro. En este sentido, en lo que se refiere a la relación entre “*Systemverantwortung*” y “*Handlungsverantwortung*”, Lampe, ZStW 106 (1994), p. 727; para el Derecho español, Choclán Montalvo, La organización criminal, Madrid 2000, pp. 31-32. Cfr. por lo demás STS de 8 de febrero de 1980, ponente Huerta y Alvarez de Lara: “...tanto la conspiración como la asociación para cometer el delito de robo, una vez puesto por obra el designio o comenzado de algún modo el “*iter criminis*” del delito propuesto quedarán absorbidas en el delito de robo intentado (sentencias de 22 de junio de 1889, 15 de noviembre y 3 de diciembre, 28 de diciembre de 1948, 3 de octubre de 1949, 9 de junio y 9 de noviembre de 1973 y otras), a no ser que intentado o ejecutado el robo permanezca la asociación para reiterar nuevos delitos o que exista un conspirador (o asociado) que no tomó parte en la ejecución (sentencia de 3 de marzo de 1969), respecto del cual permanecerá viva la imputación por el delito antecedente”.

<sup>33</sup> Las denominaciones que utilizo (“*modelo de la transferencia*” y “*modelo de la responsabilidad por hecho propio*”) responden a una traslación, invertida, de los modelos de atribución de responsabilidad a los colectivos de personas (en particular, personas jurídicas), por hechos producidos en su ámbito de actividad.

la sanción penal de miembros y colaboradores se hallaría, en cambio, en el peligro permanente para la paz y la seguridad públicas que se atribuye a la organización en sí, en tanto que sistema de distribución estable y racional de papeles en orden a la comisión de un número indeterminado de delitos<sup>34</sup>. Con esta premisa, el delito imputado a un miembro determinado de la organización consistiría en la asunción estable por su parte de un rol o competencia (de una función del sistema de injusto) respecto a la hipotética comisión de delitos. Ello podría darse en el mero declararse dispuesto a intervenir en la referida serie indeterminada de delitos. Desde este punto de vista, el delito se convierte, básicamente, en un *delito de adhesión*, o de *pertenencia* en sentido estricto.

Este es el modelo del que se sirven aquellas propuestas que contemplan los delitos asociativos como infracciones autónomas que lesionan un bien jurídico supraindividual (paz, seguridad pública, orden público)<sup>35</sup>. En realidad, como se ha indicado, si se reconstruye la argumentación de los defensores de este punto de vista, se observa que la afectación de la paz pública se produce por la mera existencia de la organización criminal. Dicha existencia es, en efecto, el estado de cosas lesivo.

Ocurre, sin embargo, que, con independencia de la reacción contra la propia organización, mediante su disolución, se produce también una transferencia de responsabilidad a (cada uno de) sus miembros por el “ser” de la organización. Ello constituye un expediente de imputación individual de un hecho colectivo no fácil de fundamentar, puesto que el miembro concreto de la organización (a diferencia de sus directores) en absoluto domina la peligrosidad de ésta (sino, en todo caso, a la inversa). Si de lo que se trata es de la afectación a la seguridad o a la paz pública por el “ser” de la organización, la *adhesión* de cada miembro a ésta puede constituir ciertamente un criterio de transferencia de la responsabilidad. Pero también queda claro que esta transferencia de responsabilidad por un estado de cosas, en virtud de la adhesión a la organización que lo constituye, tiene una naturaleza distinta (significativamente simbólica) de la que caracteriza a las formas convencionales de intervención en el delito<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> *Cavaliere*, Effettività e criminalità organizzata, en Moccia (a cura di), Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, Napoli 1999, pp. 291 y ss., 310 y ss., 321 nota 102, observa al respecto que la organización en sí no puede ser un delito pues no lesiona ni pone en peligro concreto bien jurídico alguno. Por tanto, lo mismo puede afirmarse con respecto a las contribuciones externas, sin que la tipificación pueda subsanar este déficit.

<sup>35</sup> No nos detendremos aquí en el hecho de que la afectación de uno de esos “bienes jurídicos” por cualquier forma de “organización” criminal, tal y como ésta se tiende a caracterizar jurídicamente en los últimos tiempos, resulta altamente discutible. Rechazando, a partir de aquí, incluso la propia aplicación del § 129 StGB a los delitos económicos, *Hohmann*, Zur eingeschränkten Anwendbarkeit von § 129 StGB auf Wirtschaftsdelikte, wistra 1992, pp. 85 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. *Aleo*, Diritto penale e complessità, p. 20. *Jung*, Begründung, Abbruch und Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrerer, en Eser/ Huber/ Cornils (Hrsg.), Einzelverantwortung, pp. 175 y ss., 185, habla aquí de una “*partizipatorische Zurechnung*”, puesto que para la imputación basta la participación activa en la vida de la organización. Y la justifica por dificultades en la prueba de



En efecto, el título de imputación tendría que definirse así: *“a todos y cada uno de los miembros de la organización se les responsabiliza del estado de cosas peligroso para la paz pública que es la organización, aunque cada uno de los miembros por separado no constituya, obviamente, dicho peligro para la paz, ni tampoco pueda afirmarse que domine el referido peligro colectivo”*<sup>37</sup>. Para ello, ni siquiera se requiere que se realicen conductas, esto es, que se trate de miembros activos, sino que a la asunción de la condición de miembro se le asocia un declararse dispuesto a intervenir en los delitos-fin de la organización, lo que se estimaría suficiente para la atribución de responsabilidad. Ahora bien, en este planteamiento lo decisivo es el aspecto simbólico de la pertenencia a la institución criminal, la autoexclusión del sistema jurídico, la condición de enemigo.

Este modelo, *en primer lugar*, simplifica los presupuestos de la sanción del miembro individual, con lo que también su prueba se facilita notablemente. En efecto, la introducción en el análisis de un bien jurídico supraindividual que, por definición, es lesionado por la estructura organizada con fines delictivos, permite rebajar las exigencias objetivas tanto en cuanto a la propia organización como en cuanto al comportamiento de los miembros<sup>38</sup>. La anticipación (real) de las barreras de la protección jurídico-penal queda “encubierta” tras la afirmación de la lesión de un bien jurídico colectivo y, con ello, puesta a salvo de cualquier consideración crítica con pretensiones de restricción.

Por ello, *en segundo lugar*, desde esta perspectiva no se puede descartar la incriminación de aquellos miembros de la organización que lo sean únicamente en un sentido formal. *Por lo demás*, la configuración del tipo del delito de pertenencia como un tipo autónomo permite pensar, adicionalmente, en la punibilidad de las formas de participación en él<sup>39</sup> así como de su imperfecta realización<sup>40</sup>.

---

la responsabilidad individual, así como por la peligrosidad especial de las formas de actuación conjunta. Cfr. también sobre ello *Seelmann*, Kollektive Verantwortung im Strafrecht, Berlin 2002, p. 11.

<sup>37</sup> Cabe, en efecto, que sólo lo sobrecondicione o que lo favorezca de modo insignificante, siendo sólo el efecto acumulativo lo que acabaría constituyendo el estado de cosas vulneratorio de la paz pública.

<sup>38</sup> Aludiendo a la subjetivización inherente a este planteamiento, en el que lo relevante acaban siendo los planes, *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter, p. 218.

<sup>39</sup> Así, en particular, por lo que se refiere a los colaboradores externos. El problema con respecto a éstos se entiende en clave estrictamente formal. Si sus conductas pueden ser punibles a título de pertenencia a la organización criminal, de participación común, o deberían ser tipificadas expresamente.

<sup>40</sup> STS de 14 de octubre de 1987, ponente Manzanares Samaniego, que califica el delito de pertenencia a asociación criminal como delito formal o de mera actividad, subrayando además su completa “desconexión estructural” con respecto a los delitos que constituyen el objeto de la asociación. Así resulta, por un lado, que se admite la sanción de la tentativa con respecto a tal delito asociativo. Y, por otro lado, que *“basta cualquier acto de cooperación para la consumación del delito, sin que, dada la autonomía de la figura asociativa, se requiera que los actos de cooperación se perfilen como integrantes de las infracciones criminales cuya realización constituye el objeto del grupo, antes al contrario, solo se exige su conexión con la existencia misma de la banda, su funcionamiento y sus posibilidades”*.

### 3.2. *El modelo de responsabilidad por el “hecho propio” del miembro o colaborador*

Desde esta perspectiva, en cambio, al individuo “miembro” de la organización se le hace responsable de su propio comportamiento. No se le transfiere responsabilidad por la peligrosidad de la organización, lesiva de bienes jurídicos colectivos como la paz o la seguridad pública; no se le imputa, tampoco, el estado de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos que viene representado por la propia organización. A cada miembro se le imputa y se le hace responsable de su actividad favorecedora de la comisión de delitos. Este modelo, con todo, muestra algunas variantes.

#### 3.2.1. *Responsabilidad cualificada por participación según reglas generales en delitos cometido*

Según un planteamiento desarrollado en particular por Moccia<sup>41</sup>, el problema fundamental de los preceptos legales relativos a la pertenencia a una organización criminal es su indeterminación y su desvinculación de la noción de “lesividad” (*offensività*). A su juicio, y de modo similar a lo que hemos tratado de poner de relieve más arriba, al no exigir la realización de conductas idóneas para la obtención de los fines delictivos de la asociación, los tipos reducen la noción de participación a una mera adhesión. Con ello, se pretende eludir las dificultades probatorias que plantea la imputación de un delito concreto. Pero, así, estas figuras de la Parte especial acaban constituyendo preceptos fundamentalmente simbólicos.

Como alternativa, Moccia propone su reconducción a una institución de Parte General: concretamente, a la sanción, tan sólo, de las formas de intervención en los delitos concretos cometidos en cada caso en el marco de la asociación criminal. La sanción de tales formas de intervención tendría que ser cualificada, dada la estabilidad de la organización y del vínculo asociativo. Según entiende, su propuesta tendría ventajas en términos de legalidad y, asimismo, en términos de lesividad, pues vincula la reacción contra la peligrosidad de las asociaciones criminales a la realización en el marco de éstas de acciones concretas en relación con los delitos programados. En tal concepción, por lo demás, quedarían fuera del ámbito de lo punible aquellas manifestaciones de disponibilidad que no se concretaran en un favorecimiento del hecho delictivo concreto, sino, por ejemplo, en un mero “declararse genéricamente dispuesto a la comisión de delitos”. Ello mismo valdría para las formas de colaboración

---

<sup>41</sup> Cfr. Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, 2ª edición, Napoli 1997, pp. 65 y ss.; *El mismo*, Prospettive non ‘emergenziali’ di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale, en Moccia (a cura di), Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, Napoli 1999, pp. 149 y ss.



externa, eventual, con la asociación (el muy discutido en Italia *concorso esterno*). Estas podrían ser sancionadas sólo en la medida en que favorecieran un hecho delictivo concreto<sup>42</sup>.

El planteamiento de *Moccia* pone de relieve las divergencias existentes a la hora de fundamentar la responsabilidad penal en contextos de pertenencia a una organización criminal o de colaboración con ella: desde quienes propugnan la sanción de la mera pertenencia o relación de colaboración, que se conciben como delitos en sí mismas por transferencia al individuo de una responsabilidad por el ser de la organización; pasando por la concepción de quienes pretenden vincular la sanción a una calificación de sus conductas como título autónomo de imputación de responsabilidad por una intervención – *sui generis* – en los delitos concretamente cometidos o de futura comisión en el ámbito de la organización; hasta la posición de quienes, como el propio *Moccia*, pretenden considerar la vinculación con la organización como mero factor de agravación de una responsabilidad previamente establecida, conforme a reglas generales de imputación, por delitos ejecutados en el marco de la organización. A continuación expongo mi opinión al respecto.

### 3.2.2. La responsabilidad por intervención “a través de organización”

La organización no es meramente un elemento cualificante de la intervención directa de uno u otro de sus miembros en los concretos delitos-fin. Su dimensión institucional (y la consiguiente dinámica propia de ésta) provocan, por el contrario, cambios relevantes en la relación de los hechos de cada uno de los miembros con el referido delito-fin. Ello no significa que a un miembro determinado se le deba hacer responsable por otra cosa que por su propia actividad favorecedora de delitos concretos. Pero sí implica que cabe hacerle responsable en términos que no se corresponden con los presupuestos causales y psicológicos más tradicionales de la teoría de la intervención en el delito<sup>43</sup>.

En efecto, la aportación favorecedora de un miembro determinado, que puede haberse efectuado de modo genérico (para la organización) y con mucha antelación, es *actualizada* y *concretada* por la organización en el momento de la ejecución, por parte otro u otros miembros, de uno o varios hechos delictivos determinados. La organización, por tanto, cumple una doble función de garantía (delictiva): por un lado, garantiza la pervivencia del riesgo creado por un miembro; por el otro, garantiza la conexión de dicho riesgo con el generado por los intervinientes en un hecho delictivo concreto.

Por lo demás, si el riesgo que aquel miembro va generando con su conducta tiene objetivamente la naturaleza de riesgo múltiple<sup>44</sup> y, además, el sujeto realiza

<sup>42</sup> *Moccia*, La perenne, p. 74.

<sup>43</sup> *Aleo*, Diritto penale e complessità, p. 63.

<sup>44</sup> Seguramente, la existencia de la organización permite fundar también una “coparticipación” – figura paralela a la coautoría- entre sujetos que realizan aportaciones aisladamente insuficientes

dolosamente tal contribución *en tanto que aportación a la organización delictiva*, puede considerarse que se completa el injusto de la conducta de intervención delictiva en los hechos concretos que constituyen el fin de la organización. Ello, aunque el agente no sepa concretamente a quién, ni cuándo ni qué concreto delito va a favorecer<sup>45</sup>. Expresado de otro modo: la organización, contemplada desde este punto de vista, aparece ante todo como institución portadora del sistema de actuaciones favorecedoras de hechos concretos (los delitos-fin de la organización) llevadas a cabo por sus miembros.

Por ello, pese a que la actuación favorecedora de un determinado miembro sea genérica, lo anterior permite, en el caso de la producción del hecho delictivo concreto, una imputación de responsabilidad al miembro de la organización por el referido delito. Ello, en concreto, sobre el fundamento de una intervención abstracta en la organización (*"abstrakte Organisationsbeteiligung"*)<sup>46</sup>, cuyo título es una accesoriedad que, en lugar de referirse al hecho concreto de modo preciso, viene referida de modo abstracto a la organización (*"abstrakt organisationsbezogene Unrechtsakzessorietät"*).

En palabras de Köhler, *"la intervención permanece ciertamente, por un lado, abstracta y mediata, en la medida en que ni objetiva ni subjetivamente tiene que haberse prestado a un hecho determinado, sino que se refiere al conjunto de los hechos subsiguientes conforme al fin de la agrupación (...) Sin embargo, por otro lado, tiene que haber producido efectos en hechos delictivos concretos, cuya medida viene también definida mediatemente por la previa intervención en la organización"*<sup>47</sup>.

Ahora bien, resulta importante poner de relieve que este modelo de intervención "a través de organización" sigue requiriendo la comisión por otro miembro de un hecho delictivo concreto. Así pues, de entrada, la diferencia de este planteamiento con respecto al dominante radica, entre otras cosas, en que

---

para favorecer los hechos principales pero de las que se sabe que, en la estructura organizada, serán articuladas unas con otras, de modo que el producto global tenga la virtualidad favorecedora requerida. En efecto, en la medida en que la aportación de escasa entidad se integra en una organización junto a otras aportaciones, eventualmente también de escasa entidad, puede hablarse de una imputación recíproca que permitiría fundamentar la imputación de una participación punible a todos los sujetos. Naturalmente, es necesario que la probabilidad de integración de unas y otras aportaciones aparezca ex ante como real, y no hipotética, y que sea cuantitativamente significativa.

<sup>45</sup> Y, por tanto, obre con una estructura subjetiva de dolo alternativo/ cumulativo, en donde  $D(a \vee b \vee c \dots \vee n) \vee (a \wedge b \wedge c \dots \wedge n)$ . "D" significa dolo de favorecimiento, "a", "b", "c" y "n" son el conjunto indiferenciado de hechos delictivos (de autoría) de posible realización en la organización, "v" es la disyunción (mejor, la alternatividad) y "^" la conjunción.

<sup>46</sup> Cfr. también Aleo, *Diritto penale e complessità*, p. 91: *"La organización estable constituye en efecto, en la lógica funcionalista, el criterio de conexión (de mediación) entre la conducta del individuo – que contribuye a aquella – y la generalidad de los delitos – aquellos tipos para los que la conducta sea funcional y según el conocimiento del sujeto – que se encuadran en el contexto organizativo"*.

<sup>47</sup> Köhler, *Strafrecht AT*, Berlin 1997, p. 567: *"die Beteiligung bleibt zwar einerseits insofern abstrakt und vermittelt, als sie objektiv und subjektiv nicht zu einer bestimmten Tat geleistet zu sein braucht, sondern sich auf den Inbegriff der folgenden Taten gemäß dem Verbandszweck bezieht (...). Andererseits muß sie sich aber überhaupt in bestimmten Straftaten ausgewirkt haben, deren Maß mittelbar auch die vorangehende Organisationsbeteiligung mitdefiniert"*.

mantiene la exigencia de una referencia al hecho integrante del delito-fin, aunque ésta tenga lugar de un modo abstractamente mediato (*"im Festhalten an einem, wenn auch abstrakt vermittelten Tatbezug"*).

A mi juicio, la *"intervención a través de organización"* continúa perteneciendo a la teoría común de la intervención en el delito y no constituye una excepción a las reglas generales de ésta. Más bien, se trata en ella precisamente de una adaptación de los términos de la teoría general de la intervención a la existencia de organizaciones criminales. Estas pueden propiciar, en efecto, que aportaciones naturalísticamente alejadas de la ejecución del hecho, más aún, desconectadas de sus circunstancias de tiempo, lugar, sujetos e incluso concreción fáctica, mantengan, sin embargo, una plena conexión normativa (de sentido) con aquél que justifique una imputación a título de intervención.

Ello implica, ciertamente, un relativo distanciamiento de los presupuestos naturalísticos clásicos de la intervención (y, en concreto, de la teoría de la participación). Así, en particular, de los relativos al carácter directo de la contribución y al conocimiento de las circunstancias precisas del hecho<sup>48</sup>. Pero lo cierto es que dichos requisitos naturalísticos de la participación han ido relativizándose progresivamente, sin que pueda afirmarse que ese proceso implique una vulneración del principio de culpabilidad. Así, se sostiene la posibilidad de una intervención a título de participación no sólo en fase preparatoria, sino incluso en fases anteriores a la decisión delictiva del autor principal<sup>49</sup>. Además, se señala que el cooperador sólo tiene que conocer el hecho principal en sus elementos esenciales (qué tipo se va a realizar y las dimensiones esenciales del injusto), sin que sea preciso conocer ni la identidad del autor, ni las circunstancias concretas de tiempo, lugar y víctima<sup>50</sup>.

Sea como fuere, en relación con lo anterior conviene efectuar al menos *dos precisiones*. En primer lugar, que ello no significa que a todos los miembros activos de la organización se les pueda hacer responsables de todos los hechos delictivos concretos realizados en el marco organizado de aquélla. Pero sí que cabe hacer responsables a todos aquellos cuya actuación favorecedora, ins-

<sup>48</sup> En el sentido de exigir una referencia del dolo del partícipe a circunstancias concretas de la ejecución del hecho, *Stratenwerth*, *Strafrecht AT*, I, 4ª edic., Köln 2000, p. 348 n.º marg. 162 y p. 343, n.º marg. 147 y ss.

<sup>49</sup> *Roxin*, en Jähne/ Lauffhütte/ Odersky (Hrsg.), *LK*, 11ª edic., § 27 n.º marg. 30.

<sup>50</sup> *Roxin*, *LK*, 11ª edic., § 27 n.º marg. 47. Asimismo, *Roxin*, *Zur Bestimmtheit des Teilnehmersvorsatzes*, *Festschrift für H. Salger*, Köln etc 1995, pp. 129 y ss., 133, 137, donde alude a que el dolo debe referirse a las *"wesentliche Dimensionen des Unrechts"*, entre las que no se cuentan ni el lugar ni el tiempo del hecho, ni la identidad de la víctima ni el concreto proceso de producción del resultado. Debe subrayarse que el principio de culpabilidad requiere menor concreción en el dolo del cooperador que en el dolo del inductor (p. 136-137). En esta misma línea, e incluso más allá, *Theile*, *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, Frankfurt 1999, quien critica incluso que el cooperador deba conocer las *"dimensiones esenciales del injusto"* (pp. 121 y ss.), para sostener la suficiencia de una *"abstrakt-anschauliche Vorstellung"* (pp. 144 y ss.). Dicha representación abstracta sería la que se corresponde con la naturaleza de la participación, que no permite exigir una representación concreta del hecho del autor.

titucionalizada y canalizada en la organización, se proyecta de modo *mediato* (a través de la organización) en un hecho concreto. En efecto, en tal caso, cabe hablar, a través del vehículo institucional, de una “organización” conjunta del hecho (entre el miembro favorecedor y el autor concreto, precisamente a través de la asociación criminal).

En segundo lugar, que ciertamente la dimensión institucional específica de la organización (prolongación en el tiempo, proyección sobre hechos diversos...) puede permitir, al menos, considerar la posibilidad de que las aportaciones a organizaciones delictivas sean castigadas *en cuanto tales*, y *antes* de que la organización las haya proyectado sobre hechos delictivos concretos<sup>51</sup>. Pero, en todo caso, la sanción de este comportamiento requerirá que en la conducta del miembro de la organización se advierta una dimensión favorecedora de delitos que, canalizada por la propia organización, pueda proyectarse sobre hechos concretos. Esta idea deberá constituir, pues, el *criterio interpretativo fundamental* de los delitos de participación en organización criminal que prevén las diversas legislaciones<sup>52</sup>.

A partir de lo anterior, resulta bastante claro que la propia diferencia entre miembro y colaborador externo de la organización se hace difusa. Efectivamente, en el miembro puede verse de modo más claro que su aportación pasa a integrarse en la dimensión institucional de la organización de modo que hace factible su proyección sobre los hechos delictivos futuros. Pero ello también puede darse en la conducta del colaborador. En realidad, una diferenciación taxativa entre miembro perteneciente a la organización y “*concorrente esterno*” parece corresponderse más con el modelo de transferencia de responsabilidad que con un modelo de responsabilidad por el hecho propio<sup>53</sup>.

### 3.3. “Clases” de miembros de las organizaciones criminales

Resulta interesante poner de relieve que, aparentemente, incluso los partidarios del modelo de transferencia de responsabilidad (de la organización, como subsistema disfuncional – enemigo –, a sus miembros como elementos funcionales a aquél) consideran que es preciso efectuar distinciones entre unos

<sup>51</sup> Crítico en relación con esta posibilidad, Köhler, Strafrecht AT, p. 569, para quien la responsabilidad de los miembros de la organización debe requerir “wirklich begangene Taten und die ihnen vorangehende, mithin vermittelt akzessorische Organisationsbeteiligung”. Asimismo, Moccia, a cuya posición se ha hecho referencia más arriba.

<sup>52</sup> Ello permitiría eludir, según creo, las críticas de Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter, pp. 218 y ss., que acaba rechazando, con base en ellas, la legitimación de los tipos del Código penal alemán, por su naturaleza preventivo-policial.

<sup>53</sup> Cfr. Aleo, Diritto penale e complessità, p. 133, aludiendo al carácter estable de la relación funcional, como lo propio de las contribuciones de los miembros, y al carácter estable de sus efectos, como lo propio de las contribuciones de los colaboradores externos.

y otros miembros de organizaciones criminales. En concreto, se suele distinguir entre pertenencia “pasiva” y pertenencia “activa”<sup>54</sup>.

La primera, según se entiende, no debería dar lugar a responsabilidad<sup>55</sup>; algo que muchos Derechos positivos – aunque no todos – acogen también de modo más o menos explícito. Ahora bien, en la medida en que el miembro, por su condición de tal – por su adhesión –, ya constituye un elemento funcional al sistema de injusto (manifiesta su voluntad de hallarse dispuesto a la comisión de los delitos fin), tal conclusión no es, en mi opinión, coherente con el “modelo de transferencia”. Más bien, parece una concesión efectuada por los partidarios de este modelo, cuya tesis es la de la afectación de bienes supraindividuales por el “ser” de la organización delictiva, a las tesis del modelo de la anticipación de la barrera de protección de los bienes afectados por los delitos-fin de la organización. Pues, en efecto, no resulta en absoluto evidente, sino todo lo contrario, que sólo mediante el hecho de la realización de algún tipo de aportación activa, y no mediante la mera adhesión a la organización, el miembro de la organización ponga en cuestión de la paz pública. Lo coherente sería, entonces, que los partidarios del modelo de la transferencia trataran de fundamentar la sanción también de los miembros pasivos: a ello podrían servir categorías todavía inexploradas en nuestro sistema, si bien ya propuestas, como la de los *delitos de status*<sup>56</sup>. Dado que, de momento, no parece que esto haya tenido lugar, habría que afirmar que, en la práctica, no existe un “modelo de transferencia” puro, sino que se encuentra matizado por la exigencia de algún género de intervención activa.

<sup>54</sup> La distinción entre una “active membership” y otra “nominal, passive, inactive or purely technical” ha sido clásica en Norteamérica, a propósito de organizaciones revolucionarias violentas: cfr., por ejemplo, *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961), en particular los votos particulares que aluden a que una construcción de “guilt by association” es extraña a la cultura jurídica norteamericana [<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=367&invol=203>].

<sup>55</sup> Cfr. von Bubnoff, LK, 10ª edic., § 129 n.º marg. 45; Lenckner, Schönke/ Schröder, 26.ª edic., § 129 n.º marg. 13.

<sup>56</sup> Esto es, delitos que no consisten en conducta alguna, sino en la posesión de un determinado *status* social, lo que, a mi juicio, hace difícil distinguirlos de los estados peligrosos. La “criminal liability for status” cuenta ya con una amplia discusión en la bibliografía anglosajona: cfr., por todos, Husak, Does Criminal Liability Require an Act?, en Duff (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge 1998, pp. 60 y ss, 82 y ss.: “By a status, I mean a property that describes what a person is, rather than what he or she does”. Alude ahora a ellos en la bibliografía alemana Lampe, en su reseña a la obra de Eckstein, Besitz als Straftat, en ZStW 113 (2001), pp. 892 y ss., 896, subrayando, no obstante, que cree que éstos no existen de *lege lata*. Con todo, apunta a la gran proximidad que, con respecto a tal estructura delictiva, muestra el delito del § 129 StGB, que sólo se convierte en un “delito de conducta” en la medida en que su descripción típica exige, además de la ostentación de la condición de miembro de una asociación criminal, una “intervención como miembro” (*Beteiligung als Mitglied*). Una visión distinta en Gössner, Staatschutzgeschichte, Funktion, System eines Organisationstatbestands. Sonderrechtssystem “Kriminelle Vereinigung” (§ 129 StGB) ?, p. 2, para quien tanto el § 129 como el § 129 a StGB “sind Organisationsdelikte, die keine individuelle Taten einzelner unter Strafe stellen, sondern die bloße Zugehörigkeit zu einer inkriminierten Gruppe und deren Förderung. Damit sind sie Kollektivtatbestände, die im bundesdeutschen Strafrecht eigentlich Fremdkörper sind” [<http://www.infolinks.de/medien/geheim/1998/02/005.htm>].



Desde el punto de vista del modelo de responsabilidad por hecho propio, el miembro pasivo de una organización delictiva debe quedar impune, pues en su (ausencia de) conducta no se dan los elementos mínimos del favorecimiento de hechos concretos realizados en el marco de la organización<sup>57</sup>. Eso implica, por lo demás, como ya antes anticipábamos, que la diferenciación entre “miembros” y “colaboradores” de organizaciones criminales se muestra inadecuada. La distinción debería producirse, mejor, entre colaboradores/miembros y colaboradores/no miembros. Una distinción que no afecta a lo esencial, sino al dato circunstancial de que en el primer caso existen más probabilidades que en el segundo de que la aportación se encuentre institucionalizada y, por ello, permita fundamentar una “participación a través de la organización”. Pero sin que se excluya esta posibilidad en el caso del colaborador/no miembro.

La responsabilidad de los colaboradores (miembros o no miembros) puede entonces adoptar tres modalidades. La primera, la de la intervención “*convencional*” en hechos delictivos concretos realizados en el marco de la organización. La segunda, la de la intervención “*a través de organización*” en los referidos delitos concretos. La tercera, la de la intervención “*intentada*” y “*a través de organización*” en los referidos delitos-fin de la organización. Analicémoslas, de momento, para los colaboradores miembros.

En la *primera* se sitúan, en principio, los miembros que realizan aisladamente actos de favorecimiento *inmediato* de delitos concretos cometidos a título de autor por otros miembros. En efecto, a éstos no cabe imputarles una intervención en otros delitos realizados desde la organización<sup>58</sup>, sino sólo en aquéllos a los que han contribuido de modo directo. Además, tampoco debería sancionárseles por la vía de los “delitos de pertenencia”<sup>59</sup>. Ello, en la medida en que, como se ha señalado, lo específico de los delitos de pertenencia sería la realización de conductas genéricas peligrosas de favorecimiento, que, una vez institucionalizadas, son permanentemente actualizadas por el propio devenir de la asociación. La aportación relevante a los efectos de los delitos de organización es, en efecto, la que implica el reforzamiento de la organización como organización.

En cambio, la *segunda* y la *tercera* modalidad son más propias de quienes llevan a cabo una repetición continuada e institucionalizada de actos de intervención (lo que podríamos identificar con la ostentación de un “rol”) en el sistema de la organización criminal<sup>60</sup>. En relación con éstos, en efecto, existe

<sup>57</sup> La mera pertenencia no puede contemplarse tampoco como una cooperación psíquica.

<sup>58</sup> En sentido próximo, según creo, *Rudolphi*, FS f. Bruns, p. 330.

<sup>59</sup> Debe subrayarse, con todo, que la noción de “acto aislado” debería entenderse en clave normativa y no naturalística. Pues, en según que casos, un acto naturalísticamente aislado podría tener el significado de una contribución institucional (piénsese en una donación económica que garantiza la viabilidad de la organización durante años).

<sup>60</sup> Aludiendo a una idea similar (la del “*contributo stabile*”) para definir el ámbito de lo punible en el delito de participación en asociación criminal, *Cavaliere*, *Effettività e criminalità organizzata*, en Moccia (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli 1999, pp. 291 y ss., 317, con referencias.



un título que permite imputarles todos los referidos hechos delictivos concretos que se cometan en la organización. Expresado de otro modo: con independencia del modo concreto en que se exprese la contribución institucionalizada al sistema, el hecho de ejercer un rol funcional a éste determina que el sistema como tal, al proyectarse sobre un hecho delictivo concreto (que se convierte por ello en un “hecho de la organización”), proyecte también la aportación institucionalizada del miembro a la organización criminal como favorecimiento precisamente de dicho hecho.

Si, por lo demás, a propósito de la *tercera* modalidad, se entiende que la figura material que debe proporcionar el criterio interpretativo para la subsunción de determinadas conductas en los tipos de pertenencia a organización criminal es la de la “*participación intentada*” en los delitos-fin de la organización “*a través de organización*”, en los casos referidos se da también el fundamento para la referida imputación<sup>61</sup>.

#### 4. “Dominio de organización” e “intervención a través de la organización”

Señalado todo lo anterior, resulta que la estructura central de atribución de responsabilidad penal a los miembros institucionalmente activos de organizaciones criminales es la imputación a ellos de los delitos concretos realizados en el marco de las referidas organizaciones *a título de intervención “a través de organización”*. En tanto en cuanto no se haya iniciado siquiera la ejecución de los referidos delitos, la cuestión será determinar si la conducta de “intervención a través de organización”, como conducta de *coautoría o participación intentada*, debe ser objeto de sanción, como sin duda lo es en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos por la vía de los denominados delitos de pertenencia (*Organisationsdelikte, reati associativi*).

A mi juicio, las actividades de favorecimiento que se comprenden en la figura de la “*intervención a través de organización*” constituyen el complemento de la figura de la “*autoría por dominio de organización*”, precisamente construida para la imputación de hechos delictivos a los directores de organizaciones

---

<sup>61</sup> Una cuestión de gran importancia, en la que sin embargo no es posible entrar ahora de modo detallado, es la de la relación concursal existente entre el tipo de pertenencia activa a una organización, entendido como participación intentada a través de organización, y el tipo de participación efectiva en un delito-fin concretamente ejecutado, prestada asimismo a través de organización. A mi juicio, deben establecerse en este punto distinciones, en función de que ambos tipos se realicen con hechos distintos; o con un único hecho dotado de idoneidad ex ante plural, realizado con dolo cumulativo o alternativo; o bien con un único hecho dotado de idoneidad singular. En función de estas variantes, la solución puede ser la del concurso real, el ideal o el concurso de leyes, sin que quepa, por tanto, una solución única.

Cuestión distinta es la de si en casos de idoneidad plural de la aportación, y sin que en ningún caso haya llegado a ejecutarse concretamente ningún delito-fin, puede tener sentido apreciar un concurso ideal homogéneo, en la medida en que se trata del favorecimiento (intentado) de varios delitos; lo que a mi juicio podría admitirse.

criminales (aparatos organizados de poder). El “dominio de organización” conduce al sector doctrinal seguramente mayoritario a la apreciación de una autoría mediata y, a otros sectores, de una coautoría o incluso de una inducción<sup>62</sup>. Pero debe tenerse presente en las tres opciones ello implica una relativa modificación (en el sentido de una *normativización*) de las categorías de partida: se pierden la noción estricta de *instrumentalización* propia de la autoría mediata, la exigencia de *acuerdo* propia de la coautoría y el *influjo psíquico directo* propio de la inducción. De modo que también desde esta perspectiva puede observarse cómo la normativización que es propia de la “intervención a través de organización” no resulta excepcional, sino perfectamente coherente con los mecanismos de imputación de responsabilidad a los superiores jerárquicos en estructuras organizadas.

En efecto, como se ha indicado, la “intervención a través de organización” podría manifestarse en una coautoría o, en su caso, en una forma de participación por cooperación. Pero nuevamente aquí, y como se ha señalado también, ello tiene lugar en virtud de una cierta modificación (asimismo normativizadora y a partir de la consideración del significado de las estructuras organizadas criminales) de las categorías de partida.

Así las cosas, la cuestión que procede determinar es si resulta justificada la sanción penal de la conducta de *intervención a través de organización* cuando todavía no se ha iniciado la ejecución directa del hecho (delito-fin concreto) por su autor. Como es sabido, ésta es precisamente la situación de la que parten los usuales “delitos de pertenencia a organización criminal”. La calificación de coautoría para estos casos permitiría, ciertamente, fundamentar sin más su sanción, en la medida en que se pudiera sostener que con la actuación favorecedora institucionalizada ya se ha iniciado la tentativa (coautoría intentada). Pero, obviamente, no todas las actuaciones favorecedoras realizadas a través de la organización tienen ese carácter. Para las actuaciones que no lo tengan, el problema se traduce en el de si debe ser sancionada autónomamente la participación intentada, cuando ello tiene lugar en el marco de una organización<sup>63</sup>.

A mi juicio, ello sólo sería defendible para aquellos casos en que los delitos-fin de la organización fueran de una *gravedad* suficiente como para justificar el referido adelantamiento de las barreras de intervención penal. Por tanto, lo anterior significa que no resulta admisible la tipificación genérica de un delito de pertenencia a una organización criminal en el que se haga abstracción de la gravedad de los delitos-fin de ésta, llegándose a castigar la “participación intentada a través de organización” en delitos de pequeña o mediana gravedad.

Por lo demás, la sanción independiente de las conductas de los miembros activos de una organización criminal sólo resulta admisible en aquellos casos

<sup>62</sup> Sobre el debate, cfr. *Muñoz Conde*, Revista penal 9, enero 2002, pp. 65 y ss., 80 y ss.

<sup>63</sup> Participación intentada que, además, lo será en “tentativa acabada”, en la medida en que el miembro va perdiendo objetivamente el control de sus aportaciones institucionalizadas a los delitos-fin, a medida que éstas van siendo absorbidas por la estructura organizada.

en que, de haberse iniciado la ejecución del delito-fin, dichas conductas serían sancionadas a título de *participación* en ese delito. En efecto, sólo en ese caso puede hablarse de que la conducta del miembro de la organización criminal constituye una “*participación (intentada) a través de organización*”. De este modo, pues, la noción de “participación a través de organización” muestra cuál es su doble función: por un lado, la de fundamentar una modalidad de participación en los delitos-fin de la organización, una vez iniciada la ejecución de éstos; por otro lado, la de proporcionar un criterio interpretativo sobre cuya base sea posible proceder a una restricción del alcance de los “tipos de pertenencia”.

Por las mismas razones, además, deben excluirse del ámbito de tales tipos de pertenencia las conductas de “intervención neutral”. Y, asimismo, debería excluirse la sanción de la tentativa y de la participación en relación con ellos.

## 5. La colaboración “externa” (el colaborador/no miembro)<sup>64</sup>

De conformidad con lo señalado más arriba, los actos de colaboración externa con la organización criminal realizados por parte de quienes no son miembros de ésta deben ser sometidos a la mismas reglas que las propias de los colaboradores/miembros. Así, por un lado, no existe ninguna duda en el sentido de que si los actos del colaborador externo dan lugar a una intervención inmediata “convencional” en algún delito concreto, obviamente dicho delito podrá ser imputado, en los términos correspondientes<sup>65</sup>, al colaborador externo como partícipe<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> La colaboración externa en la organización criminal ha sido objeto, fundamentalmente en Italia, de una intensa discusión que ha venido partiendo de la naturaleza de los delitos asociativos como delitos plurisubjetivos de convergencia. El debate ha enfrentado a quienes sostenían, por razones básicamente formales, la impunidad de tales conductas y quienes consideraban, por el contrario, que éstas podían sancionarse como participación (según reglas generales) en el delito asociativo o incluso como delito de pertenencia a la organización. Para quienes admiten la sanción de los colaboradores externos como partícipes, según reglas generales, en el delito de asociación, la cuestión es, fundamentalmente, la de la determinación de qué requisitos habrían de concurrir en la conducta del colaborador externo para que éste fuera castigado.

Cfr. *Ardizzone*, Il concorso esterno di persone nel delitto di associazione di tipo mafioso e negli altri reati associativi, RTDPE 1998, 4, pp. 745 y ss., 752, 757, inclinándose por la posibilidad de admitir la participación (*concorso eventuale*)

<sup>65</sup> Excluyéndose los casos de participación “neutral”. Sobre eso ya *Rudolphi*, FS f. Bruns, p. 332, aludiendo a las “*sozialtübliche Verhaltensweisen*”. Asimismo, *Aleo*, Diritto penale e complessità, p. 72. Respecto a la intensísima discusión de los últimos tiempos sobre la figura de la participación neutral, *Landa Gorostiza*, La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”, Granada 2002. Enmarcándolo en una teoría general de la intervención, *Robles Planas*, La participación en el delito: fundamento y límites, Madrid 2003.

<sup>66</sup> *Mestre Delgado*, Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional, Madrid 1987, pp. 210-211, insistiendo en que si la actividad colaboradora se halla referida a un plan concreto y específico, entonces debe apreciarse una participación. En general, tanto respecto a asociaciones ilícitas (art. 517 y 518) como en relación a las bandas terroristas (art. 516 y 576) se distingue entre la pertenencia y la colaboración.



Más difícil es determinar si el colaborador externo puede responder, en virtud de su mera actividad favorecedora, como partícipe “a través de organización” en otros delitos cometidos en el seno de la referida organización y, en fin, como interviniente en el propio delito de asociación. La calificación como “partícipe a través de organización” requiere que su aportación a la estructura organizativa sea de tal entidad que justifique esa extensión de sus efectos a los hechos delictivos producidos en los que no ha intervenido de modo “convencional”. Y este mismo criterio debe presidir, en ausencia de la producción de hecho delictivo concreto alguno, la imputación de un delito de colaboración con la organización, paralelo al delito de pertenencia. Con respecto a este último debe señalarse lo siguiente.

En primer lugar, en el plano formal, la sanción de los colaboradores externos por su mera actividad requiere ciertamente una tipificación específica. Pues, por un lado, está claro que su conducta no sería subsumible en un tipo penal que se refiriera tan sólo a los miembros de las organizaciones criminales. Y, por otro lado, como se ha indicado, dada la naturaleza de los delitos de pertenencia a organización criminal como delitos (al menos en amplia medida) de “participación (intentada) a través de organización” en los delitos-fin de ésta, no cabe establecer que las reglas generales de la participación puedan aplicarse, sin más, en ellos<sup>67</sup>.

En segundo lugar, y en cuanto al plano material, la sanción penal del colaborador externo requiere que quepa afirmar que, en el caso de iniciarse la ejecución de alguno de los delitos-fin de la organización, su conducta sería asimismo caracterizable como de “participación a través de la organización”. En general, no podrá afirmarse que el colaborador externo efectúa un favorecimiento relevante de la organización como organización<sup>68</sup>. Pero no cabe excluir casos en que la aportación fuera de tal relevancia que tuviera efectos estables sobre la organización y pudiera estimarse que favorece por sí sola la peligrosidad de la asociación<sup>69</sup>; o casos en los que la colaboración, pese a su naturaleza externa, se hubiera institucionalizado<sup>70</sup>. En todo caso, rige también aquí,

---

<sup>67</sup> Cfr. el punto de vista matizado de *Sommer*, *Verselbständigte Beihilfehandlungen und Straflosigkeit des Gehilfen*, JR 1981, pp. 490 y ss., concluyendo que la cuestión no es tanto que no quepa la participación en delitos que constituyen “acciones de participación autonomizadas”, como el hecho de que hay determinadas conductas de favorecimiento que ya no pueden contemplarse como una afectación suficiente del bien jurídico en cuestión.

<sup>68</sup> *Langer-Stein*, *Legitimation*, p. 225, quien indica que en el caso del apoyo externo no se da la dimensión institucional característica de los miembros, de modo que su sanción sólo se justificaría en el caso de que implicara un incremento de la peligrosidad de la organización como tal. Por mi parte, entiendo que la ayuda a uno de los miembros de la organización no sería, en particular, relevante en términos de colaboración externa. En sentido contrario, *Aleo*, *Diritto penale e complessità*, p. 50.

<sup>69</sup> Así, por ejemplo, una donación que garantizase la autonomía financiera de la organización durante años.

<sup>70</sup> Sobre el debate, *Ardizzone*, *RTDPE* 1998, 4, p. 759, que admite contribuciones episódicas, ocasionales e incluso únicas. Distinto, *De Francesco*, en *Giostra/ Insolera, Lotta*, pp. 56 y ss., quien

obviamente, la regla antes formulada de que la colaboración externa sólo debiera castigarse autónomamente en el caso de que los fines delictivos de la organización fueren graves. En los demás, la sanción de la colaboración externa quedará ceñida a los supuestos de imputación de responsabilidad por los delitos concretamente cometidos, a título de “participación a través de la organización”.

## 6. Conclusiones

- a) Los miembros “pasivos” de una organización criminal no responden penalmente.
- b) Los miembros esporádicamente activos pueden responder por los delitos concretos en los que se proyecte directa e inmediatamente su actuación favorecedora.
- c) Los miembros institucionalmente activos pueden responder a título de coautoría o participación en cualquiera de los delitos concretos que se cometan en el marco de la organización y se correspondan con los fines de la organización.
- d) La fundamentación de esta intervención implica una matización normativista de las reglas tradicionales de la intervención en el delito. La figura puede denominarse “*intervención (o participación) a través de una organización*” y constituye una categoría complementaria del “dominio de organización” propio de los “aparatos organizados de poder”, entre los que se cuentan las organizaciones criminales. Características de esta forma de intervención son: i) que la actuación *institucionalmente funcional* a la organización es “actualizada” por ésta, precisamente por esa dimensión institucional, a propósito del delito concreto; ii) que la dimensión *conscientemente institucional* de la aportación a la organización implica un dolo alternativo/ cumulativo de contribuir a cualquiera de los delitos-fin de la organización.

---

indica (p. 59), que, salvo en estadios embrionarios de la correspondiente organización criminal, un refuerzo efectivo de ésta, así como la atribución de éste a la conducta del agente “*pare ragionevolmente ipotizzabile soltanto in presenza di una reiterazione in forma massiccia di una molteplicità di contributi di partecipazione alla vita e allo sviluppo dell’ ente delittuoso*”. Ahora bien, no será normal que un sujeto solo realice tales contribuciones. De ordinario, el incremento de la potencialidad operativa de la organización se derivará de “*una ‘somma’ di contributi di partecipazione ad opera di una serie indefinita di soggetti concorrenti, con l’inevitabile corollario di rendere pressoché impossibile individuare il ‘peso’ effettivamente attribuibile alla prestazione fornita dal singolo compartecipe*” (p. 60). Por ello, propone que, dada la inadecuación de la teoría general de la participación para evitar lagunas en esta materia, se proceda a una tipificación en la Parte especial (p. 74). Cfr., asimismo, Sessa, Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dommatici e di politica criminale, en Moccia (a cura di), Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, Napoli 1999, pp. 175 y ss. Pero ya se ha indicado en el texto que la tipificación sólo resuelve el aspecto formal, y no el material, de la sanción de los colaboradores externos de organizaciones criminales.

- e) En todo caso, la participación a través de la organización deberá contener un *riesgo relevante* -aunque sólo sea por la conexión organizativa y la actualización que de ella efectúa la propia organización- para los bienes concretamente lesionados.
- f) La pertenencia institucionalmente “activa” a una organización, más allá de constituir un título de imputación de los delitos concretos que se cometan en ella, no debería castigarse, de modo general, como delito en sí misma. *Sólo debería sancionarse, como “participación (intentada) a través de organización”, en los casos en que los delitos-fin de la organización fueren de gravedad. Además, en todo caso sólo podría ser castigada por los tipos de pertenencia aquella conducta que, de haberse iniciado la ejecución del delito-fin concreto, habría podido ser considerada participación en dicho delito.*
- g) La sanción de la conducta de los colaboradores externos de organizaciones criminales, en sí misma considerada, exige su *tipificación formal*. En términos materiales, requiere que quepa afirmar que, en el caso de iniciarse la ejecución de alguno de los delitos-fin de la organización, su conducta sería asimismo caracterizable como de “participación a través de la organización”. En general, esto no será así, pero no pueden excluirse casos excepcionales en que tal condición se cumpla.