

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Postgrado Oficial  
Estado de Derecho y Buen Gobierno  
Corrupción y Estado de Derecho



TRABAJO FIN DE MÁSTER

*LA EFICACIA DE LA LEGISLACIÓN  
CONTRA EL CRIMEN  
ORGANIZADO. BRASIL Y ESPAÑA*

LORENA DE ALBUQUERQUE RANGEL MOREIRA

Director: Profesor DR. EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

Salamanca, España  
2009

LORENA DE ALBUQUERQUE RANGEL MOREIRA

***LA EFICACIA DE LA LEGISLACIÓN  
CONTRA EL CRIMEN  
ORGANIZADO. BRASIL Y ESPAÑA.***

TRABAJO FIN DE MÁSTER PRESENTADO AL  
POSTGRADO OFICIAL “ESTADO DE DERECHO Y BUEN  
GOBIERNO - CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO”  
MÁSTER OFICIAL - FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA - ESPAÑA, COMO  
REQUISITO PARA OBTENCIÓN DEL “DIPLOMA DE  
MÁSTER”.

Director: PROF. DR. D. EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

SALAMANCA - ESPAÑA  
2009

El presente Trabajo de Fin de Máster fue elaborado por Lorena de Albuquerque Rangel Moreira, bajo la dirección y orientación del Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, teniendo como objetivo la obtención del título de Máster en Derecho por la Universidad de Salamanca.

Salamanca, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2009

Firmado por:

El Director,

La Alumna,

Eduardo A. Fabián Caparrós

Lorena de Albuquerque Rangel Moreira

## Índice

<b>ABREVIATURAS</b>	01
<b>INTRODUCCIÓN</b>	02

---

### **CAPÍTULO 1. ASPECTO CRIMINOLÓGICO GENERAL.**

---

1.1. El crimen organizado. Concepto.....	08
1.2. La definición de crimen organizado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y en la Unión Europea.....	12
1.3. Política Criminal y racionalidad de la ley.....	15
1.4. Función de la Política Criminal del delito de asociación para delinquir.....	19
1.5. Política Criminal y bien jurídico tutelado.....	20
1.6. Tipicidad y valoración.....	27
1.7. Objeto de protección de los delitos de organización.....	31
1.8. Bien jurídico lesionado.....	33
1.9. Bien jurídico y delitos de peligro.....	36
1.10. ¿Tipo penal específico o tipo agravado de asociación para delinquir?.....	39
1.11. Problemas de autoría y participación.....	41
1.12. Tipos penales relacionados con el crimen organizado.....	48

### **CAPÍTULO 2. PANORAMA LEGISLATIVO. BRASIL Y ESPAÑA.**

---

2.1. Brasil.....	50
2.1.1. Análisis estructural del crimen de Cuadrilla o Bando. ....	50
2.1.2. La Ley 9034/95 que trata sobre el crimen organizado en Brasil.....	54
2.1.3. El problema relativo al concepto de “crimen organizado” y “organizaciones criminales”.....	57
2.1.4. Otras disposiciones legales contra el crimen organizado en Brasil.....	61
2.2. España.....	67
2.2.1. El delito del Art. 515 del Derecho español.....	67

2.2.2. Cualificaciones de determinados delitos cuando son cometidos por una organización.....	69
2.2.3. Otras disposiciones legales contra el crimen organizado en España.....	70

### **CAPÍTULO 3. LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA: MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

---

3.1. La perceptible tensión en las legislaciones penales.....	80
3.2. Tercera velocidad del Derecho Penal: Derecho Penal del enemigo.....	86
3.3. Derecho Penal del enemigo: concepto y finalidad.....	90
3.4. Imprecisión conceptual.....	94
3.5. Derecho Penal del enemigo: marco de la teoría funcionalista.....	96
3.6. La clara tendencia de un Derecho Penal de autor.....	98
3.7. La idea de seguridad en contraposición a la idea de libertad.....	101
3.8. El enemigo como una amenaza al Estado Democrático de Derecho.....	102
3.9. ¿El crimen organizado es mitigado por las nuevas legislaciones?.....	106
3.10. Violaciones de principios fundamentales del Derecho Penal.....	111
3.10.1. Culpabilidad.....	111
3.10.2. Proporcionalidad.....	112
3.10.3. Lesividad.....	114
3.10.4. Dignidad de la persona humana.....	116
3.10.5. Intervención mínima.....	117
3.11. ¿Qué crisis enfrenta el sistema penal?.....	118
3.12. El potencial legitimador del llamado Derecho Penal del enemigo.....	121
3.13. La eventual relevancia de un Derecho Penal de emergencia.....	124
<b>CONCLUSIONES</b>	128
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	132

## **ABREVIATURAS**

<i>Art.:</i>	<i>Artículo</i>
<i>CP:</i>	<i>Código Penal</i>
<i>GAFI:</i>	<i>Grupo de Acción Financiera</i>
<i>LECrim:</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
<i>LO:</i>	<i>Ley Orgánica</i>
<i>STS:</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>TRF:</i>	<i>Tribunal Regional Federal</i>
<i>UE:</i>	<i>Unión Europea</i>

## **INTRODUCCIÓN**

---

Diversos factores políticos, tecnológicos, sociales y culturales han influido para la supresión de fronteras comerciales y la consecuente expansión de las actividades económicas a nivel mundial; este fenómeno globalizador de los mercados ha repercutido en la criminalidad organizada, ya que si antes se consideraba como un problema hacia al interior de los países, ahora la moderna delincuencia se caracteriza por su transnacionalidad.

Esta nueva criminalidad, que actúa con base en un modelo “empresarial”, nos presenta múltiples problemas dogmáticos, como la posibilidad de una imputación coherente de la responsabilidad penal cuando se tratan de delitos cometidos a través de organizaciones criminales.

La creciente preocupación de la sociedad respecto a ese tipo de delincuencia se ve reflejada en el aumento de medidas de prevención y represión del crimen organizado, que en muchos casos rompen con los principios del Derecho penal, y en consecuencia hacen cuestionable la legitimidad de su aplicación; nos encontramos entonces ante la problemática de una realidad jurídica, que por un lado busca la eficacia en el combate al crimen pero para la consecución de tal fin, debe flexibilizar varios principios fundamentales del Derecho.

Así, analizar los problemas a que se enfrenta el sistema penal, cuando busca prevenir y sancionar al crimen organizado no es una tarea sencilla. Primero por la complejidad que reviste tanto a las organizaciones criminales como a su actividad delictiva; y segundo por que las organizaciones delictivas han encontrado diversas formas de actuación que han revelado serias deficiencias del Derecho Penal, principalmente en la parte dogmática.

Entre otras medidas, para el combate eficaz a la asociación criminal, se ha tipificado como delito la sola pertenencia o participación en una organización delictiva. Así, evita anticipadamente la comisión de otros delitos y crea un gran problema al momento de determinar el bien jurídico protegido.

Dicho tipo penal cumple la finalidad político-criminal de facilitar la persecución del delito. Sin embargo, el salvar obstáculos procesales, no puede tomarse como justificación ni

Lorena Albuquerque para vulnerar derechos fundamentales, ni para extender el ámbito de acción del Derecho Penal hasta llegar a desnaturalizar su propia esencia, de *ultima ratio*.

Actualmente, la política criminal se desarrolla en el sentido de superar el modelo de garantías penales y procesales penales, sustituyéndolas o flexibilizándolas por el interés en la seguridad del ciudadano. El propósito es resolver de manera inmediata la pluralidad de aspectos que no se acomodan al sistema penal tradicional y garantizar la “tranquilidad” pública, lo que se traduce en los discursos políticos sobre seguridad pública y en la multiplicación de leyes penales en el sentido de frenar la “creciente” criminalidad.

Sin embargo, la mezcla abusiva de Política con Derecho genera leyes simbólicas que son dictadas para dar una respuesta que satisfaga a la sociedad. Bajo estas bases, estudiamos el fundamento del Estado cuando sanciona la pertenencia en asociaciones ilícitas como un instrumento de lucha contra el crimen organizado, confrontando dos polos, uno signado por la eficiencia y otro por las garantías, buscándose, al final, un criterio de política criminal en que determine el ilícito penal basándose en los principios generales que legitiman la intervención penal por la idea de lesión a un bien jurídico.

La tutela de bienes jurídicos es la regla de selección de los ilícitos penales a ser considerado por el legislador en el momento de tipificar conductas delictivas. Sin embargo, la tarea de limitar y decidir lo que se debe o no tipificar como delito no puede ser una labor arbitraria y discrecional del legislativo. A pesar de ser considerada una “arma política” y generar una “ventaja electoral”, para que se lleve a buenos términos la elaboración, interpretación y aplicación de institutos jurídico-penales, es esencial que se tenga una clara idea de los fines y límites del Estado, y que éstos coincidan con los fines y límites políticos.

Las ideas de bien jurídico y de legitimación de la norma están íntimamente relacionadas, siendo el grado de dañosidad social la línea divisoria de la incriminación de la conducta, lo que corrobora su legitimidad frente a la sanción que se va a imponer al que la infrinja. Sin embargo, la idea central en este punto es la interpretación dada por el juez en el momento de aplicar la norma. Muchas veces el juez tiene que proveer un cierto desenlace jurídico al planteamiento legal. Aunque sea tarea del legislador editar leyes, y que obedezca a



Lorena Albuquerque

una política criminal legítima, al juez no se le escapa la responsabilidad de integrar el núcleo del tipo a la situación fáctica.

Por ser una figura de tipo abierto, merece una valoración por parte del juez para que éste averigüe si hay una real nocividad social y si de hecho la asociación es capaz de perturbar la paz pública. Hay un plus de peligrosidad que se da por la mayor capacidad de lesionar bienes jurídicos, por la estructura preparada para delinquir.

Por ello, el objeto de protección en los delitos de asociación para delinquir presenta la dificultad de relacionarse siempre con la posible realización de otros delitos, así como de delitos futuros, denotados por la peligrosidad que se supone la organización. De esa manera, hay que comprobar, a través de comportamientos ya exteriorizados, la gravedad de la puesta en peligro de la paz pública.

Efectivamente, genera muchas inquietudes acerca de la lesión del bien jurídico, planteándose tratarse de un bien jurídico colectivo, aunque también se trate de un delito de peligro abstracto y que pueda revelarse como un adelantamiento de conductas punitivas, anteriores a la lesión.

Otro problema que se plantea en el trabajo es relativo a los problemas de autoría y participación, una vez que la responsabilidad penal únicamente se justifica si se ha tomado como referente las propias conductas delictivas del sujeto. Incluso en aquellos casos donde se tenga identificado a un sujeto que interviene como miembro de una organización criminal en un delito concreto, se hace muy difícil la correcta determinación del título de imputación. De esa manera, es evidentemente más complicado en los casos de quienes se encargan de dirigir las actividades criminales sin encargarse de la ejecución material de los mismos o quienes solo realizan determinados aportes para facilitar la actividad delictiva de otros miembros.

Hay que tener presente que esto implica una relativa modificación de los supuestos básicos de autoría y participación, pues se pierde el supuesto estricto de instrumentalización propio de la autoría mediata. Sería necesaria una reconstrucción o adición en las formas de participación criminal, que, como norma general aplicable a todos los delitos, prevea la participación a través de una organización criminal, con el consiguiente desvalor especial para tal forma de actuación.

Lorena Albuquerque

Otro tema de especial relevancia es el carácter transnacional de estos delitos, que determina la armonización de las legislaciones así como mecanismos de cooperación internacional, con el objetivo de facilitar la obtención de pruebas, como también promover la punición del delito, estipulando la sanción mínima a imponer. De tal modo que, respecto a esos delitos interesa menos el análisis de su configuración en el Derecho interno de los países o en el Derecho Comparado, pues ambos se verán constreñidos necesariamente por los instrumentos internacionales que vinculan la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico, en cuanto han ratificado el instrumento en cuestión.

En el caso de las legislaciones brasileña y española, objeto de análisis en ese trabajo, ambas han introducido muchas leyes para luchar contra el crimen organizado, firmando las principales convenciones y disponiendo de un aparato de policía y leyes administrativas para que la prevención sea efectiva. Sin embargo, los resultados persisten aún en serios problemas dogmáticos que han dejado vacíos en la imputación, permitiendo en muchos casos la impunidad.

Frente a esas dificultades y la insuficiencia de los medios de persecución del delito, los sistemas penales han venido empleando diferentes fórmulas penales, como por ejemplo, técnicas legislativas como el adelantamiento de la barrera de punibilidad, tipificando cada vez más formas peligros abstractos y flexibilizando determinadas categorías dogmáticas. Todo eso aunado al endurecimiento de las penas, constituyen representaciones del denominado “Derecho Penal del enemigo”.

En el caso de Brasil y España, se han adoptado, en los últimos años, medidas severas destinadas a combatir la criminalidad. Fueron introducidas en las legislaciones algunas providencias visando la mayor punición de los delitos, a fin de que se proporcione una mayor seguridad en la sociedad. Con la criminalidad organizada y otros delitos de especial gravedad, se tornó evidente la necesidad de un tratamiento diferenciado para aquellos individuos que no pasan la seguridad cognitiva mínima de que pueden ser fieles a la norma. Así, se cuestiona la viabilidad de imponer medidas de seguridad para que tales individuos peligrosos no pongan en riesgo la sociedad o mismo el Estado.

Lorena Albuquerque

Así, adentrándose al estudio del llamado “Derecho Penal del enemigo”, se mencionará su concepto, finalidad y fundamentos, en que se trae para el análisis el “enemigo” en el Derecho Penal, constatándose su tratamiento un tanto cuanto diferencial y en el sentido de despersonalizarlo. También se hace mención a la vulneración de los principios y garantías fundamentales del ser humano, en que se prioriza la seguridad a la libertad del individuo. Por otro lado, se aborda el enemigo como una afronta al propio Estado Democrático de Derecho, trayendo la discusión de la necesidad de se tomar medidas que adelanten barreras de protección.

Tomándose como ejemplo la alteración de la ley de ejecución penal de Brasil, se desvelan los orígenes de la política criminal que nordea la legislación brasileña, aproximándose de las bases teóricas del Derecho Penal del enemigo. Además de apreciarla en lo que se refiere a la posible violación de derechos y garantías fundamentales, también será considerada acerca de lo imprescindible que pueda manifestarse, principalmente cuando se trata de la mitigación de la criminalidad organizada, tarea difícil y, hasta entonces, no pacífica.

Así que se constata evidencias de las legislaciones penales con la referida teoría. Más que eso, se indaga acerca de un cierto fondo político en la creación de tales normas, que adviene de la necesidad de creación de una identidad social (Derecho Penal simbólico), asociada al punitivismo exarcebado, concebido por la idea de que el aumento de la pena es la solución para contener la criminalidad, generándose, así, el endurecimiento de penas para las normas ya existentes o mismo tipificando nuevos delitos.

Precisamente, el objetivo del trabajo será aportar el poder de legitimación de la teoría del “Derecho Penal del enemigo” en las legislaciones penales modernas. Cuestiones como “¿Quién sería el enemigo?” O, mejor dicho, “¿Cuál es el parámetro utilizado para etiquetar a una persona como enemiga?” son cuestiones que no se tienen claras y que generan mucha discusión. Sin embargo, se indaga sobre el planteamiento muy formulado respecto al rechazo de la nomenclatura “enemigo”. A partir de la nomenclatura mencionada por Jakobs se ha producido una serie de críticas que va desde la despersonalización del ser humano a una

Lorena Albuquerque  
previa culpabilidad, denotándose el Derecho Penal de autor, y, sobre todo, infligiéndose los derechos fundamentales del ser humano.

No obstante, sin que sirva de impedimento, no se trata solamente de rechazar la teoría propuesta en su totalidad, sino de aclarar o proyectar una forma de resolver el problema de la criminalidad organizada, terrorismo y demás delitos de especial gravedad. Se tratan de situaciones distintas y de nuevas formas de criminalidad que necesitamos reaccionar para que mantengamos la seguridad. No se propone que la libertad de una persona, aunque contrapuesta a la seguridad de todos, sea prescindida, sino que hay que valorar mejor la manera que se tiene en manos para reaccionar frente a esas personas.

En el momento conturbado en que vive la sociedad mundial en lo que se refiere a la criminalidad, se nota estos nuevos cambios en las legislaciones penales, tanto para tornarlas más severas, cuanto para restringir cada vez más los Derechos de la persona. A cada crimen bárbaro que causa alarde, la población indignada reclama por cambios urgentes en la legislación. Los cambios son de pronto atendidos a fin de tranquilizar la sociedad, y cada vez se castiga más.

El hecho es que nos deparamos en una situación en que las organizaciones criminosas tienen demasiado poder y estructura para enfrentar la actuación del Estado. Este, en contrapartida, no puede “jugar con todas sus armas” pues estaría violando derechos fundamentales del individuo, la base del Estado Democrático de Derecho. De esa manera, ¿cuál providencia tomar cuanto a esa criminalidad que corrompe la sociedad y desafía el propio Estado?

Tal coyuntura nos lleva, evidentemente, a un Derecho Penal de emergencia y que puede resultar en una política criminal equivocada y que no resulta en más que la reproducción y multiplicación de la violencia. Sin embargo, para que se obtenga un camino viable en la lucha contra esa criminalidad, necesario eliminar peligros e instar seguridad, aunque se prescinda de la taxativa denominación “enemigo”, una vez que se debe buscar en la dignidad del ser humano la razón de ser de las reglas básicas que el Estado debe obedecer.

## **CAPÍTULO 1. ASPECTO CRIMINOLÓGICO GENERAL.**

---

### **1.1. El crimen organizado. Concepto.**

La criminalidad organizada no es, desde luego, un fenómeno delictivo nuevo del cual el Derecho Penal no se haya ocupado antes. Sin embargo, se hace necesario resolver la cuestión predominantemente semántica, pues ésta es la que trasciende al momento de analizar el tipo penal.

No hay cómo disociar la relación que hay entre el “crimen organizado” y el delito de “asociación ilícita”, pues ambos nos remiten a la pluralidad de agentes que se reúnen con la finalidad de cometer ilícitos<sup>1</sup>, con cierta estabilidad y permanencia, y que tienen cómo característica nítida y constante la actuación colectiva, y no individualmente, como se suele actuar.

Sin embargo, el término “organizado” requiere algo más específico. No se refiere solamente a la actuación colectiva, sino que se supone una estructura con métodos y objetivos definidos. En cuanto que para las asociaciones simples es suficiente una organización estable, para el crimen organizado sería necesario una real capacidad de intimidación y que los que en ella participen sepan de tal fuerza.

De acuerdo a SANCHEZ GARCÍA<sup>2</sup>, además de las características típicas de la asociación para delinquir, para que se constituya una organización criminal haría falta agregarse tres más: la orientación a la comisión de delitos graves, la adopción de una estructura compleja y la búsqueda de beneficio o poder como objetivo.

---

<sup>1</sup> En España, la nomenclatura utilizada es “asociaciones ilícitas” (Art. 515 del Código Penal), aunque no haya la definición expresa en la legislación de lo que sería una asociación ilícita; En Brasil, “Quadrilha ou Bando” (Art. 288, del Código Penal), como “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, aunque haya la Ley 9034, de 3 de mayo de 2005 que dispone sobre la utilización de medios operacionales para la prevención y represión de acciones practicadas por organizaciones criminosas, pero no define el término “organizaciones criminosas”.

<sup>2</sup>SANCHEZ GARCÍA, Isabel. *La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 27 – 39.

Lorena Albuquerque

Tal diferencia, como explicaremos más adelante, genera muchas inquietudes, sea al momento de encontrar la justificativa para la tipificación de ese delito o inclusive para la agravación de la pena<sup>3</sup>. Sin embargo, también se podría entender cómo una especie de la cual el género sería el delito de asociación ilícita<sup>4</sup>, no obstante aún permaneciera la dificultad en encontrar el *plus* de dañosidad social que requiere el crimen organizado.

No obstante, hoy por hoy el tipo penal que subsume los comportamientos de la criminalidad organizada es el de asociación criminal, pues es el único capaz de contemplar de manera general los aspectos organizativos del fenómeno criminal, aunque también es verdad que no hay acuerdos acerca de los alcances de dicha aptitud<sup>5</sup>. Así que muchos autores<sup>6</sup> no creen ser un instrumento eficaz, sino más bien superfluo, una vez que fue creado muchísimo antes y no específicamente para tratar de la criminalidad organizada<sup>7</sup>.

Dicho ello, también vale destacar que el fenómeno de la criminalidad organizada es de difícil aprehensión debido a que en cada sociedad se presentan distintos fenómenos frente a la palabra “criminalidad organizada” (terrorismo, mafias, etc.). Así que el concepto es particularmente esencial para empezar a tratar el tema.

En la concepción de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ<sup>8</sup>, sería una necesidad epistemológica, ya que se requiere para realizar análisis teóricos y una necesidad funcional, útil para un mejor

---

<sup>3</sup> Por ser tipos penales abiertos, lo que va a justificar es la dañosidad social que ocasiona la asociación o organización; y tal dañosidad es medida por la peligrosidad criminal, es decir, el potencial para cometer delitos futuros.

<sup>4</sup> SANCHEZ GARCÍA, Isabel. *La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 29.

<sup>5</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p.235-236.

<sup>6</sup> Podemos citar QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita. En FERRÉ OLIVÉ/ENARTE BORRALLA (Eds.). *Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Ed. Universidad de Huelva, 1999; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Organización delictiva, comisión concertada u organizada. En AA. VV. *Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La organización Criminal. Tratamiento Penal y Procesal*. Madrid: Dykinson, 2000; DELGADO, Joaquín. *Criminalidad Organizada*. Barcelona: Bosh, 2001.

<sup>7</sup> Como señala GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Las Asociaciones Ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Ed. Bosh, 1977. p. 16, que “El núcleo o esqueleto del sistema de las asociaciones ilícitas permanece casi invariable desde 1870”.

<sup>8</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p. 27 y ss.

Lorena Albuquerque

control del fenómeno al reconocerlo en la realidad (poder diferenciar lo que *es* y *no es* crimen organizado).

Asimismo, como se ha indicado la autora<sup>9</sup>, es necesario una definición criminológica del crimen organizado por lo siguiente: 1) Se debe definir en el ordenamiento jurídico, *ex ante*, lo que se debe entender por criminalidad organizada a efectos de determinar los objetos de protección y las conductas punibles; 2) Porque es útil para distinguirla de otros tipo de criminalidad (terrorismo, corrupción, etc.) aún cuando tengan zonas francas; 3) Porque la criminalidad organizada se está convirtiendo en un fenómeno transnacional con motivo de la globalización; 4) Porque para prevenir el fenómeno es necesario conocer sus causas y condicionantes y ello solo es posible si se sabe que debe entenderse por el fenómeno.

Lógicamente, tener claro el concepto facilita considerablemente entender la política criminal aportada por el Estado y entender su orientación tanto en el sentido de prevenir cuanto de reprimir esa criminalidad. Además, por englobar una serie de conductas y considerarse un delito con gran dinamismo, se requiere una preocupación especial, sobre todo por constituir una forma cada vez más creciente del crimen, propia del progreso de las sociedades, de la globalización e internacionalización de las actividades económicas.

Ciertamente, cuando se analiza las legislaciones penales de diversos países, lo que queda claro es que en la figura típica de la “asociación ilícita” lo que se esta persiguiendo es la represión de las organizaciones criminales, aunque el *nomen juris* “asociación ilícita” nos pueda llevar a una idea menos significativo en categoría.

Esa indefinición en torno de los conceptos de “crimen organizado”, “asociación ilícita”, “asociación para delinquir”, “criminalidad de empresa”, “organizaciones criminales” consiste en el problema central del fenómeno criminal, pues todos son utilizados indistintamente por la legislación penal, la doctrina y la jurisprudencia, generando, de esa manera, precariedad en el abordaje del tema.

---

<sup>9</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p. 30 y ss.

Lorena Albuquerque

Por otro lado, al ser visto como un efecto de la facilitación del mundo moderno, el crimen organizado siempre esta superándose tanto en el uso de tecnología cuanto al alcance de dimensiones mundiales que sobrepasan las fronteras nacionales. Para eso, es necesario estructurarse y actuar con nuevos medios para la consecución de dichos fines. El Derecho Penal moderno es caracterizado justamente por una criminalidad desarrollada por estructuras de corte empresarial. Antes de más nada, si buscamos una justificativa para el desarrollo de ese tipo de criminalidad, que, como veremos, ya no se define como una forma de cometerse delito, sino como un tipo delictivo en si mismo, no encontramos otra paliativa que ocurrencia ineludible y irrevocable de la globalización.

Así, siguiendo la línea de SILVA SANCHÉZ, podemos concebir la criminalidad organizada como la criminalidad de la globalización, en la que, en sentido amplio, es organizada, y, por otro lado existe una disociación entre ejecución material directa y responsabilidad, lo que determina que el resultado lesivo puede aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes en el plan delictivo<sup>10</sup>.

Así que resulta incuestionable que el fenómeno de la globalización nos trajo no solamente ventajas, sino que también posibilitó la “internacionalización” de los delitos, caracterizado por el dinamismo en el que compromete su persecución por parte de los Estados.

Así que esa criminalidad advenida y más acentuada en los últimos años transporta una verdadera dificultad en el momento en que se requiere una definición. Aunque que esté decidido en escala internacional que se trata de un tipo penal y que ya haya generado diversas normativas en muchos países, se sigue buscando armonía en su definición, conjeturando un concepto.

De esa manera, aunque no sea pacífico, se puede considerar la criminalidad organizada como un tipo delictivo en que se requiere una actuación concertada, estable,

---

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. Madrid: Ed. B de F Ltda, 2006, p. 91.



Lorena Albuquerque

estructurada y jerarquizada, de más de dos sujetos, con la finalidad de cometer delitos y que tenga como objetivo obtener beneficios económicos o de orden material.

Como se ha señalado, la tipificación de conductas delictivas individuales es incompatible con el problema del crimen organizado, debido al número variado y complejo de conductas que lo componen. Así que cabe destacar en la conceptualización normativa el elemento estructural y finalístico de cometer determinados delitos estipulados por el legislador.

También es una criminalidad que posee efectos nocivos dado la magnitud de los bienes jurídicos afectados por ese tipo de conductas criminales, una vez que tiene especial impacto económico, político y social, sea por los fines que persiguen o por los medios que emplea. Así mismo, es una adversidad que supera las fronteras de los Estados por su carácter global y transnacional, además de especialmente activo, actuando con alto grado de diligencia.

La formación del concepto advino de indicios y observaciones. Sin embargo, ante el contexto empírico es necesario que se valore el resultado de las legislaciones, esperando saber si es objetivamente adecuada a la lucha contra esa especie de crimen. Hay que tener en cuenta si lo normativo corresponde a la realidad y si la política criminal frente a esa delincuencia, traduciéndose en legislaciones específicas, no es demasiado agresiva, tanto del punto de vista sustantivo como procesal.

## **1.2. La definición de crimen organizado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y en la Unión Europea.**

Exactamente por su transnacionalidad que la lucha contra la criminalidad organizada no interesa solamente a los países en el que se realiza la conducta delictiva, sino que a todos aquellos que también sufren sus efectos. Es manifiestamente un problema de esfera mundial. Tales organizaciones actúan con el sustento mutuo y de manera melindrosamente calculada para llevar a cabo sus planes delictivos. El ordenamiento jurídico, consecuentemente, debe

Lorena Albuquerque adecuar la misión de prevención y represión predisponiéndolas a la misión de combatir tal fenómeno, actuando de forma apropiada a la situación.

Así que la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, en vigencia desde el 29 de septiembre de 2003, representa un gran avance para que los Estados puedan responder u combatir el crimen organizado.

La convención busca exactamente fortalecer una respuesta internacional coordinada eliminando las diferencias entre los sistemas de legislación nacional y desarrollar un grupo de estándares para las legislaciones nacionales que pueda combatir efectivamente el crimen organizado. De esa manera, los Estados se comprometen con las siguientes acciones:

- Penalizar la participación en grupos de crimen organizado, incluyendo corrupción, lavado de dinero y obstrucción de la justicia;
- Campaña contra el lavado de dinero y ganancias de este delito;
- Agilizar y ampliar el alcance de la extradición;
- Proteger a los testigos que declaren contra grupos de crimen organizado;
- Estrechar la cooperación para buscar y procesar a sospechosos;
- Fomentar la prevención del crimen organizado en el campo nacional e internacional.

La Convención de las Naciones Unidas demuestra la preocupación de los Estados Parte con la gravedad del problema de la criminalidad organizada sobre todo por estar entrañablemente involucrada con la corrupción, así como con las diversas formas de delincuencia económica, incluido el blanqueo de capitales, en que genera inestabilidad e inseguridad política, económica y social al impedir el correcto desarrollo, y consecuentemente, quebrantar el principio de legalidad.

Es cierto que los problemas de crimen organizado transnacional cada vez más se asocian con aspectos de seguridad<sup>1112</sup>. Se nota una epidemia a escala internacional en la que

---

<sup>11</sup> SERRANO, Mónica. Crimen Transnacional Organizado y Seguridad Internacional: Cambio y Continuidad. En *Crimen Transnacional Organizado y Seguridad Internacional: Cambio y Continuidad*. (compiladores) Mats Berdal y Mónica Serrano. México: Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 27 y ss.

<sup>12</sup> CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 13 y ss.

Lorena Albuquerque afecta todas las sociedades y economías, en la que las medidas de profilaxia no están bien desarrolladas o más bien no están totalmente en consonancia, dificultando encontrar la “respuesta correcta” contra esa criminalidad tan global y tan desafiante que requiere la actuación de los Estados conjuntamente para obtener una respuesta práctica y eficaz.

No obstante sea ampliamente reconocido que hay un problema y que hay suficientes razones de preocupación, tal preocupación común produce una gama muy poco común de respuestas, primero por tratarse de legislaciones de diferentes países que buscan un denominador común entre sus tan variadas leyes; segundo porque se trata de mecanismos de ejecución espinosos y especiales en el que se torna complicado articular la actuación del Estado que está “acostumbrado” con los tradicionales esquemas de represión de nuestro sistema penal.

De esa manera, en la lucha contra el crimen organizado, la Convención de Palermo, con el objetivo de concertar la significación, buscó armonizar una definición de grupo delictivo organizado, obligando a los Estados que la ratifiquen a tipificar el delito de “crimen organizado” en los términos: “grupo delictivo organizado- se entenderá 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”.

También la Unión Europea, en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, en la que debe ser perseguida mediante la armonización de las legislaciones, definió una organización delictiva como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionados con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Lorena Albuquerque

Así que, en la Decisión Marco de la Unión Europea sigue lo dispuesto en la convención, nada más acrecentando entre las posibles penas de los delitos graves, “una medida de seguridad privativa de libertad”, especificando aún más las definiciones fornecidas. Tales normativas tienen su razón de existir a la hora de mejor ubicar los Estado Miembros en la tipificación de los delitos. Las asimetrías en la legislación es uno de los grandes obstáculos de la cooperación entre los países para prevenir y combatir la delincuencia organizada.

Cuanto a la tipificación del delito de pertenencia o participación en una organización delictiva, la Convención de las Naciones Unidas, en el Art 5<sup>13</sup>, definió como conducta susceptible de sanción, y, respondiendo a ello, también la Unión Europea, en el Art. 2 de la misma Decisión Marco<sup>14</sup>, busca armonizar las legislaciones de sus Estados miembros.

### **1.3. Política Criminal y racionalidad de la ley.**

Para dirimir el conflicto relativo al fundamento, la justificativa y las formas que deben adoptar las decisiones legales respecto al crimen organizado, se debe considerar la tendencia de la política criminal, no olvidándose, sobre todo, de la validez de tales decisiones punitivas. Actualmente, aquella se desarrolla en el sentido de superar el modelo de garantías penales y procesales penales y sustituirlos por otro de seguridad del ciudadano<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

<sup>14</sup> a) “la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización”.

b) “la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el Art. 1, aún cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad”.

<sup>15</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En *Derecho Penal y Política Transnacional*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. . 243.

Lorena Albuquerque

El propósito inmediato es resolver la pluralidad de aspectos que no se acomodan al sistema penal tradicional y garantizar la “tranquilidad” de los ciudadanos. Para eso, la actividad del Estado esta ordenada a enfrentar determinados comportamientos o situaciones de emergencia. Eso se nota claramente en los discursos políticos sobre seguridad pública y en la multiplicación de leyes penales en el sentido de frenar la creciente criminalidad, sobre todo leyes simbólicas que son dictadas para dar una respuesta a la sociedad.

La justificación de tales leyes en la seguridad ciudadana señala que el Derecho Penal viene tornándose en la manera más sencilla de certificar la actuación del Estado en políticas de seguridad. Tipificando más conductas y endureciendo las penas son las formas de demostrar su preocupación con la sociedad y armar su respuesta ante los acontecimientos. Así que represión y punitivismo son los nombres de las ideas directrices de la nueva política criminal<sup>16</sup>.

Sin embargo, como plantea YACOBUCCI<sup>17</sup>, el problema de la política criminal es el problema de la racionalidad política frente a conflictos que aparentemente no pueden ser resueltos sin el compromiso de las herramientas coactivas y sancionadoras más intensivas de que se vale la organización estatal.

Así que, de acuerdo con el autor, a pesar de la modernidad del problema, “la decisión política no es nunca puro voluntarismo o mero ejercicio del poder o la fuerza, sino exteriorización de una cierta racionalidad, fruto del análisis y la ponderación”. No adviene, entonces, de la mera prevalencia de la fuerza del Estado frente a los individuos menos favorecidos, sino que es una exteriorización del Estado acaecida de racionalidad y ponderación.

---

<sup>16</sup> PRITTWITZ, Cornelius. La desigual competencia entre seguridad y libertad. *Política Criminal, Estado y Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 41.

<sup>17</sup> YACOBUCCI, Guillermo J. Política Criminal y Delincuencia Organizada. En *El Crimen Organizado. Desafíos y Perspectivas en el Marco de la Globalización*. Buenos Aires: Ed. Ábaco deRodolfo Depalma, 2005. p. 28.

Lorena Albuquerque

Respecto a la racionalidad de la ley penal, LAURA ZÚÑIGA<sup>18</sup> entiende que existen dos tipos de fundamentos que determinan la racionalidad de la ley penal. Primero son los criterios normativos que están representados por la Constitución y los derechos y principios en ella contenidos, que legitiman toda regulación jurídica. Se hace especial mención al principio de proporcionalidad y sus subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha. Este principio de proporcionalidad supone la intervención penal de manera subsidiaria y el uso de la pena como *última ratio*. El uso de la sanción únicamente cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relevantes. El otro fundamento es de tipo instrumental, orientado a la realidad social, que es la efectividad de la intervención penal.

Sin embargo, respecto a la efectividad existen dos concepciones que pueden darse. La primera consiste en la búsqueda del fin, que deba conseguirse por cualquier medio. Esta concepción es la que se podría denominar *eficientismo*. La segunda concepción consiste en el contraste de los fines perseguidos con los objetivos cumplidos, de control de la racionalidad por medio del cumplimiento de metas, donde el especialista determina los problemas y diseña las estrategias.

Aún siguiendo el pensamiento de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en la actualidad, se ha impuesto en la legislación penal el uso del *eficientismo*, a través de respuestas simbólicas de mayor intervención del Estado, siendo además que no son efectivas, puesto que no logran ningún fin preventivo real. Por ello, incidir en la necesidad de integrar fundamentos de efectividad, de contraste con los fines perseguidos y los objetivos alcanzados, de control de la legalidad a partir de dichos fines.

Trasladando eso a nuestro tema, implica saber qué fundamento de racionalidad aplica el Estado cuando sanciona la pertenencia en asociaciones ilícitas como un instrumento de lucha contra el crimen organizado. En el análisis de ese tema, se confrontan dos racionalidades, la de orden empírico, signada por la eficacia, y la de orden valorativo,

---

<sup>18</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p. 15 y ss.

Lorena Albuquerque marcado por las garantías. Esta perspectiva, que SILVA SANCHEZ denomina “política criminal práctica”, asume que las garantías no son inmovibles y que la finalidad resocializadora no es la única, ni la principal frente a determinados fenómenos donde lo relevante es la neutralización del peligro o riesgo<sup>19</sup>.

Dicho ello, acogiendo la posición de SILVA SANCHEZ, el dilema se presenta lógico, pues está enmarcado entre la visión teórica de esa política, incluyendo los problemas relativos a la legitimación constitucional y los principios fundamentales, y la visión práctica, que encierra criterios de eficacia en la “lucha contra el delito”<sup>20</sup>.

Así las cosas, hay que haber una armonización y equilibrio de estos dos polos de racionalidad, pues si se trabaja con criterios meramente eficientistas, probablemente se puedan romper los lazos legales que aseguran la vida social, y, al contrario, si se opera solo en el ámbito teórico, sin interesarse por la influencia de las decisiones en el conflicto real, no se hace verdaderamente política, sino retórica<sup>21</sup>.

Entonces, el criterio de política criminal en la determinación del ilícito penal debe basarse tanto en los principios generales que regulan la selección del ilícito, cuanto en la tutela del bien jurídico. De esa manera, se resuelve la problemática relativa a la no violación de los principios, buscando asegurar la legalidad a través de los principios de ofensividad, subsidiariedad, *ultima ratio*, proporcionalidad, dignidad de la persona humana, etc., y se legitima la intervención penal por la idea de lesión a un bien jurídico.

Dicho ello, consideramos de especial relevancia concertar la racionalidad de la ley con la idea de lucha contra la criminalidad organizada, analizando la utilidad del delito de asociación ilícita. Pues, tomando en consideración CANCIO MELIÁ<sup>22</sup>, se puede afirmar que las infracciones relacionadas con una asociación penalmente ilícita forman parte de modo

---

<sup>19</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Política Criminal y Persona*. Buenos Aires: Ad hoc, 2000. p. 21.

<sup>20</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Política Criminal y Persona*. Op. Cit. p. 21.

<sup>21</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Política Criminal y Delincuencia Organizada. En *El crimen organizado: Desafíos y perspectiva en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005. p. 83.

<sup>22</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. André Luís Callegari (Org.). Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

Lorena Albuquerque destacado del marco político-criminal general de la expansión cuantitativa y cualitativa del sistema jurídico-penal.

#### **1.4. Función de la Política Criminal del delito de asociación para delinquir.**

Aunque no se pueda creer en un nivel de racionalidad en la tipificación del delito de asociación criminal en la lucha contra el crimen organizado, por no haber un equilibrio entre la eficacia de la legislación y las garantías enmarcadas, no significa decir que no pueda ser usado para tal fin. También no se puede decir que no son apropiados, ya que en la realidad práctica han servido como una buena herramienta político criminal para castigar hasta ahora algunos comportamientos de la criminalidad organizada, hablándose, entonces, de una idoneidad relativa<sup>23</sup>.

Los comportamientos de la criminalidad organizada que no alcanzan ser punidos, los llamados “agujeros negros”, son señalados por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ<sup>24</sup> como las lagunas de punibilidad en este ámbito por donde se proliferan los comportamientos criminales, y, por eso, desde una perspectiva racional, no resultan idóneos para hacer frente a la criminalidad organizada.

Sin embargo, aunque no se lleve a obtener un resultado óptimo en la represión y control de la criminalidad organizada, estos delitos poseen más bien una función político criminal preventivo-policial<sup>25</sup>. Esa función político criminal del delito de asociación ilícita explica la facilitación de la prueba de los delitos cometidos por la organización, posibilitando la utilización de medios extraordinarios de investigación<sup>26</sup>, inclusive por el simple hecho de que uno sea sospechoso de pertenecer a una organización criminal.

---

<sup>23</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p.240.

<sup>24</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p. 240.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Ed. Dykinson, 2008. p. 111.

<sup>26</sup> Permite una investigación en el ámbito previo de otros delitos, posibilitando el descubrimiento de otros delitos de los que no existía sospecha inicial. Se permite la investigación por agente encubierto y la circulación y entrega vigilada como medios extraordinarios de investigación.



Lorena Albuquerque

Cuanto a la importancia práctica, SÁNCHEZ GARCÍA<sup>27</sup> señala también que el delito de pertenencia a una organización criminal cumple también una función de condenar aquellos los cuales no fue posible probar la participación en los concretos delitos cometidos por la organización.

En la praxis, tal función puede ser considerada importante, ya que puede afectar sobre todo los jefes de las organizaciones que no son los responsables materialmente por la ejecución de los delitos fines, sin embargo, también puede ser considerada una institución superflua, que actúa como un “cajón de sastre”, cuando no se puede comprobar los delitos finales cometidos<sup>28</sup>.

Además, los delitos relacionados con el crimen organizado (tráfico de drogas, blanqueo de capitales, terrorismo, etc.), generalmente ya se prevén agravaciones en el caso de que sea cometido por organizaciones criminales. Así que estos tipos penales que ansían por punir acaban generando una confusión en la aplicación práctica.

### **1.5. Política Criminal y bien jurídico tutelado.**

Siempre fue una preocupación para la doctrina la protección de bienes jurídicos por el legislador, pues a este se le da el poder de tipificar delitos y siempre que se crea un tipo penal se busca proteger un bien jurídico. Es definitivamente la tutela del bien jurídico que marca la función del Derecho Penal y marca los límites y legitimidad de su actuación<sup>29</sup>. Así que la tutela de bienes jurídicos es la regla de selección de los ilícitos penales a ser considerado por el legislador en el momento de tipificar conductas delictivas, solo pudiendo ser objeto de ley penal los comportamientos que afecten a bienes jurídicos.

---

<sup>27</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Ed. Dykinson, 2008. p. 113-114.

<sup>28</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita. En FERRÉ OLIVÉ/ENARTE BORRALLO (Eds.). *Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Ed. Universidad de Huelva, 1999. p. 190.

<sup>29</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traducción de André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16 y siguientes.

Lorena Albuquerque

Para ROXIN<sup>30</sup>, las fronteras de autorización de intervención jurídico-penal deben resultar de una función social del Derecho Penal. Esta función del Derecho Penal consiste en garantizar a sus ciudadanos la existencia pacífica, libre y socialmente segura, siempre y cuando estas metas no puedan ser alcanzadas con otras medidas político-sociales que afecten en menor medida la libertad de los ciudadanos.

Así que, partiendo de esa meta que es la busca por una convivencia pacífica, se debe examinar el punto de equilibrio entre la intervención estatal y la libertad de cada uno, en el que cada ciudadano pueda tener la protección estatal sin menoscabar la libertad individual.

Es cierto que los bienes jurídicos son realidades (*a priori*) que necesitan de la tutela del Estado. Sin embargo, también hay bienes que son tutelados para cumplir cierta finalidad (*a posteriori*), esto es, la coexistencia pacífica de los ciudadanos. Estas sí son realidades “creadas” por el legislador de acuerdo con el contexto del momento. Estos casos son los que suscitan problemas, pues los bienes que vengán a ser objeto de protección del Derecho Penal tienen que ser legítimos, dado que el bien jurídico es el instrumento de legitimidad de la norma.

De todas formas, el legislador, buscando bienes ya existentes, o creándolos, hay que tener en cuenta los límites del poder estatal, es decir, no se puede dejar que estos bienes sean ilegítimos. El concepto de bien jurídico que se defiende es también un concepto crítico con la legislación en la medida que se pretende mostrar al legislador las fronteras de una punición legítima<sup>31</sup>.

La tarea de limitar y decidir lo que se debe o no tipificar como delito no puede ser una labor arbitraria y discrecional del legislativo, pues la política criminal puede desvirtuar el verdadero fin a que se pretende con la norma, editando “leyes penales simbólicas”<sup>32</sup> que no

---

<sup>30</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traducción de André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16 y siguientes.

<sup>31</sup> HASSEMER en *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traducción de André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20.

<sup>32</sup> Cfr. ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado?. En *Problemas Actuales de Dogmática Penal*. Lima: ARA, 2004. p. 39 y siguientes. En que entiende por tales a aquellas que no desarrollan efectos concretos

Lorena Albuquerque buscan asegurar la vida en comunidad, sino que persiguen fines que están fuera del Derecho Penal.

Como señala CALLEGARI<sup>33</sup>, la verdad es que el “ganho político” de esas medidas es inconmensurable, pues estamos ante un tema que atinge a todos y cualquier propuesta de una posible solución siempre es atrayente, aunque en ella venga disimulada toda una legislación de excepción.

Así que las legislaciones penales no son otra cosa que un momento de la política, de manera que, para que se lleve a buenos términos la elaboración, interpretación y aplicación de institutos jurídico-penales, es esencial que se tenga una clara idea de los fines y límites del Estado, que coinciden con los fines y límites políticos.

En este sentido ALBRECHT<sup>34</sup> señala que el Derecho Penal posee actualmente el carácter de *arma política*, una vez que es presentado como instrumento de comunicación. El Derecho Penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esa función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal. Tal empleo político del Derecho Penal como medio de comunicación no esta forzosamente unido a la ampliación o endurecimiento efectivo de la ley.

Sin embargo, lo que más se destaca entre las leyes dictadas son las penas cada vez más duras y la ejecución de las penas cada vez más severas. Si “creer” que reprimiendo el crimen con más rigor, disminuirá la criminalidad. Como señala GARCÍA-PABLOS, ese modelo es una falacia, además de simplificador, en el que se manipula el miedo al delito<sup>35</sup>. La constatación de ese sistema refleja el miedo de la sociedad al crimen y su clamor por justicia.

---

de protección, sino están destinadas a servir criterios de proclamación política o ideológica. Cfr. también sobre el tema CANCIO MELIÁ. *Derecho Penal del Enemigo*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006.

<sup>33</sup>CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 16.

<sup>34</sup>ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho Penal en la intervención de la política populista. En *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Ed. Comares, 200. p. 478.

<sup>35</sup>GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología: Introducción y Teorías de la Criminalidad*. Madrid: Espasa Calpe, 1988. p. 740.

Lorena Albuquerque

De esa forma, con el intuito de apaciguar la sociedad ante la indignación provocada por la violencia e inseguridad, el legislador aprueba leyes más rigurosas que tienen efecto simbólico, dando la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido<sup>36</sup>, resultando en un resurgir del punitivismo<sup>37</sup>.

Como señala LARRAURI PIJOAN<sup>38</sup>, el populismo punitivista puede ser definido como la situación en que las consideraciones electorales priman sobre las consideraciones de efectividad; además, las decisiones de política criminal se adoptan con desconocimiento de la evidencia, basándose en asunciones simplistas de una opinión pública no informada. Según la autora, las características del populismo son guiadas por tres asunciones, cuales sean: que las penas más altas puedan reducir el delito; que las penas ayuden a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay ventajas electorales productos de ese uso.

Ese discurso político de carácter populista prima generalmente por penas más duras, dirigidas hacia los sujetos que no se identifican con la mayoría social y que se sienten víctimas potenciales de los delitos. Así, es fácil comprender que las medidas penales y procesales penales de supresión de garantías son reclamadas por las camadas sociales más altas<sup>39</sup>, que no se sienten destinatarias directas de tales leyes penales.

Dicho ello, podríamos afirmar que es el valor social que va a determinar que un bien sea tutelado por el Derecho Penal. Es decir, la sociedad forma su opinión sobre los bienes o intereses que sean fundamentales e imprescindibles para la convivencia pacífica y los eleva a la categoría de bienes jurídicos. Lo que pasa es que, generalmente, ese grupo social que forma el valor de la sociedad es la clase dominante, así que estas que van a tener la ventaja en la elección de los intereses protegidos.

---

<sup>36</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 305.

<sup>37</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal del Enemigo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.

<sup>38</sup> LARRAURI PIJOAN, Elena. Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión. En *Derecho penal y la política transnacional*. Barcelona: Ed. Atelier, 2005. p. 284.

<sup>39</sup> CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 16.

Lorena Albuquerque

De esa manera, la misión es hallar la vía para que el legislador pueda elegir *legítimamente* los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal y no que éste sea un instrumento legítimo para que la élite imponga sus voluntades y tutele sus miedos.

Así que se debe analizar las decisiones políticas tomándose como base el Estado Democrático de Derecho, en el que tales normas editadas por el legislador tengan que sujetarse a los derechos humanos. En efecto, la dogmática penal debe estar bajo las directrices de una política criminal basada en el Estado de Derecho, en el que la ley cumple un papel puramente instrumental y auxiliar de la política criminal<sup>40</sup>. Pues, en el entendimiento de MUÑOZ CONDE, “una dogmática absolutamente neutra, política o valorativamente, no puede existir. La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal es, por lo tanto, inevitable”<sup>41</sup>.

WELZEL<sup>42</sup>, sustituyendo la noción de bien jurídico por valores ético-sociales, nos asegura que “más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo.

Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica”.

---

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Teoria da Imputação Objetiva*. Traducción Luis Greco. São Paulo: Lúmen Júris, 2002. p. 231-232.

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE. *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. Valencia: Ed. Tirant Blanch, 2001. p. 77. A continuación, habla que la dogmática y la política criminal están en consonancia, sin embargo, “es necesario saber de que política criminal se está hablando, si de una coherente con los valores del Estado de Derecho, la democracia y el respeto a los Derechos Humanos, o de una basada en la manutención de las desigualdades sociales, de los privilegios de unos pocos sobre la mayoría, la superioridad de la raza ariana...”

<sup>42</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte general, 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 3.

Lorena Albuquerque

De esa manera, como señala TAVARES<sup>43</sup>, la noción de bien jurídico pierde substancialidad, pues, siendo inmanente a la conciencia de cada persona la obediencia a un deber general de respeto a los valores ético-sociales, la protección jurídica se confunde con la protección moral, en el que solamente puede haber una necesidad retórica de identificar los datos materiales del objeto de protección que es difundido como bien jurídico.

Sin embargo, WELZEL fue destacado por introducir la política criminal en la elaboración del sistema penal finalista, es decir, estaba conciente de la necesidad de que la ley penal fuera orientada por influencias político-criminales, razonada bajo el sesgo valorativo. En su concepción ontológica, había datos axiológicos previos al que estaba sometido el Derecho Penal, de forma a admitir la existencia de estructuras lógico-objetivas o reales preexistentes al legislador, en el que este tendría que observarlas para que el contenido de la ley penal fuera adecuado y no írsele la mano en los límites del ejercicio del poder estatal.

Aquí, de acuerdo con WELZEL, no se trata de que prevalezcan valores morales o éticos como objeto de tutela del Derecho Penal, sino que deben estar en consonancia con los derechos y libertades del individuo, de modo que el ejercicio del poder por parte del Estado tendría como límite el deber de observar los derechos del hombre<sup>44</sup>.

Por otro lado, también se puede llegar a pensar en lo que sería de las diferencias de ética y de los valores de la sociedad que es democrática y pluralista, una vez que coexisten personas aquiescentes y personas que divergen de la mayoría, generando zonas de conflicto.

En este punto volveríamos a la idea de legitimación del bien jurídico que se da a través de la legitimación de la norma. Como señala TAVARES<sup>45</sup>, el hecho de que el bien jurídico sea una realidad natural de una relación social concreta, asocia el bien jurídico a las contradicciones y problemas inherentes a la propia realidad, de manera que se justifica que el

---

<sup>43</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 193.

<sup>44</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moises. El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal. En *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 174.

<sup>45</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 79.

Lorena Albuquerque  
concepto de bien jurídico pueda resultar solamente del aspecto formal de la norma, traduciendo como se expresa los que están en el poder.

De esa manera, es posible asociar el concepto de bien jurídico con la legitimación democrática, en el que ya no se puede admitir que el Estado Democrático de Derecho acepte que el interés general de la sociedad sea fruto apenas de la clase dominante, pues esta claro que el poder de punir del Estado debe estar indisolublemente relacionado con la protección de la persona humana, en el que la elección de conductas punibles solo es legítima cuando se relaciona con la lesión o peligro de lesión a bienes jurídicos, inseridos en la realidad natural como relación social concreta<sup>46</sup>.

El bien jurídico, como fundamento de incriminación, resulta de una opción política, y, en un Estado Democrático de Derecho crece su importancia porque en él reside el proceso de legitimación de la norma<sup>47</sup>. Así siendo, el bien jurídico es el parámetro de legitimidad, no solamente un elemento formal del ilícito derivado de la norma.

Teniendo en consideración lo expuesto, lo que se busca es mantener una relación precisa entre el bien jurídico tutelado y la realidad social, es decir, en que ésta sea la que deba fundamentar la intervención penal y la debida protección del bien jurídico. Este estrecho vínculo con la realidad social ha sido lo que ha propiciado que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo de injusto y, por ello, un rol fundamental de garantía en la delimitación de instrumento penal<sup>48</sup>. De ahí se explica que la política criminal hacia el cumplimiento de la legalidad es bastante expresiva, buscando tutelar lo que es legítimo por el Derecho Penal.

---

<sup>46</sup> TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 79.

<sup>47</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 181.

<sup>48</sup> MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. En *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Silva Sanchez (Coord.). Barcelona: J.M. Bosch, 1997. p. 114.

Lorena Albuquerque

### **1.6. Tipicidad y valoración.**

La ley penal tiene que encargarse de proteger los bienes jurídicos para una convivencia pacífica en libertad y que de modo general se adviertan como tal, esto es, que haya una dañosidad social. Tal dañosidad social va a constituir el elemento imprescindible para que los ciudadanos puedan estar de acuerdo en la incriminación de una conducta. Además de que contribuye para que esta sea legítima frente a la sanción que se va a imponer al que la infrinja.

La idea central en este punto es la interpretación dada por el juez en el momento de aplicar la norma. Muchas veces el juez tiene que proveer un cierto desenlace jurídico al planteamiento legal. Aunque sea tarea del legislador editar leyes, y que obedezca a una política criminal legítima, al juez no se le escapa la responsabilidad de integrar el núcleo del tipo a la situación fáctica.

Tratándose del crimen organizado, ha que tenerse en cuenta primordialmente que los tipos penales que describen la formación de la organización criminal, al igual que en toda asociación ilícita, implican un claro adelantamiento de la punibilidad respecto de una hipotética lesión a ciertos bienes<sup>49</sup>.

Así que, como hemos afirmado en el apartado anterior, si la finalidad del Derecho Penal es la convivencia pacífica en la sociedad y el bien jurídico que se busca tutelar en el crimen organizado es también la tranquilidad social, la finalidad es prácticamente idéntica. De esa manera, se incrimina conductas que se supone peligrosa para el orden social y que resulta difícil su significativa adecuación al tipo.

Por ser una figura de tipo abierto, merece una valoración por parte del juez para que éste averigüe si hay una real nocividad social y si de hecho la asociación es capaz de perturbar la paz pública. Es justamente eso que va a tornar la norma legítima, pues se estará cumpliendo con la función del Derecho Penal que es la protección de un bien jurídico específico.

---

<sup>49</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado. En *El crimen organizado: Desafíos y perspectiva en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005. p. 83.



Lorena Albuquerque

Sin embargo, identificar las manifestaciones que hacen posible esa valoración es una labor delicada, de ahí la importancia de la actividad jurisdiccional para definir cuándo su aplicación es inconstitucional a partir de la puesta en crisis de las máximas de privacidad e intimidad constitucionalmente expresadas<sup>50</sup>.

Por otro lado, siendo el bien jurídico el que legitima el tipo penal y que es necesario un daño social para que sea un bien jurídico legítimo, en el delito de organización criminal, es necesario constatar el momento de perturbación social a través de la finalidad ilícita del acuerdo.

Según JAKOBS<sup>51</sup>, ese tipo penal asociativo tiene como característica esencial la anticipación de la punibilidad a estadios previos a la lesión de un bien jurídico, dificultando, sobre todo, delimitar lo que es delito consumado o mera tentativa, tarea difícil de entender fuera ámbito formal o normativo. Como señala ROXIN<sup>52</sup>, en el orden fáctico, es difícil identificar cual es el momento definible como estadio previo, es decir, aquel donde los comportamientos resultan impunes.

Tal autor advierte que el punto de partida de toda tentativa tiene dos presupuestos: la resolución hacia el hecho y el inicio de ejecución. Con relación a los actos preparatorios, éstos “solamente se penan en casos excepcionales y cuando se trate de delitos particularmente peligrosos”<sup>53</sup>.

Según JAKOBS<sup>54</sup>, todas las criminalizaciones de lo que materialmente son actos preparatorios, en la medida en que la conducta preparatoria se efectúe en el ámbito privado, están fuera del marco de lo que se denomina Derecho Penal del ciudadano y pertenecen al Derecho Penal del enemigo. Al respecto, el autor dice que toda preparación de un delito se

---

<sup>50</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado.... p. 84.

<sup>51</sup> JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

<sup>52</sup> ROXIN, Claus. Acerca de la tentativa en el Derecho Penal. En *Problemas actuales de la dogmática penal*. Lima: ARA, 2004. p. 154.

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. Acerca de la tentativa en el Derecho Penal. En *Problemas actuales de la dogmática penal*. Lima: ARA, 2004. p. 154.

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 298-299.

Lorena Albuquerque puede definir como una conducta no-privada, pero entonces no se tiene ya ningún motivo para detenerse ante la criminalización de pensamientos. Complementa aún diciendo que por esa vía todo Derecho Penal se convierte en un Derecho Penal de enemigos. Y concluye, entonces, que la relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado.

Sin embargo, una conducta externa que perturba permite la pregunta acerca del contexto interno. Así que, según JAKOBS<sup>55</sup>, la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores. Es decir, para que una conducta pueda ser punida, tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva.

Sin embargo, según el autor, es una forma de tomar algo socialmente adecuado como pretexto para que se investigue el contexto subjetivo, o sea, la sospecha de la existencia de malos pensamientos, puesto que no sería legítimo valorar éstos por sí solos como una perturbación, pues una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena.

Trayendo a lo que nos interesa, en el caso del delito de asociación ilícita, no son las relaciones que resultan peligrosas y que traen consigo el elemento constitutivo de la incriminación de la conducta, sino las intenciones del autor. Dicho de otra manera: la dañosidad social no está en las relaciones privadas, sino en la peligrosidad que se supone de esa acción externa.

Como señala YACOBUCCI<sup>56</sup>, el juicio de tipicidad se construye a partir de la verificación de una objetiva peligrosidad. Para el autor, la idea de un peligro abstracto dentro de la tipicidad pretende la identificación de conductas que, conforme un estándar social de

---

<sup>55</sup> JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 302.

<sup>56</sup> YACOBUCCI, Guillermo J. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado. En *El Crimen Organizado. Desafíos y Perspectivas en el Marco de la Globalización*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005. p. 88.

Lorena Albuquerque  
aseguramiento, resultan en sí mismas externamente perturbadoras en términos generales, como se fueran una tentativa acabada.

La realidad de la dañosidad social en la criminalidad organizada es la estimación dimensionada por el juez de la peligrosidad de ese fenómeno criminal. Esta peligrosidad se da por la mayor capacidad de lesionar bienes jurídicos. Hay un plus de peligrosidad con relación a la criminalidad común de los individuos que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ<sup>57</sup> identifica por la existencia de una estructura preparada para delinquir. La autora también estima necesario fundamentar esa peligrosidad objetiva *ex ante* para comprobar su legitimidad, una vez que la noción de peligrosidad es un concepto jurídico indeterminado que debe ser concretado con requisitos y presupuestos para su hermenéutica.

Tal juicio de valoración es trascendente, una vez que se entienda el delito de organización criminal como un delito autónomo, no exigiendo que la organización haya cometido cualquier delito para que éste se configure. Por lo tanto, ese juicio *ex ante* se acerca a la conspiración o a los actos preparatorios, basado en la existencia de la propia organización criminal, más allá de los miembros integrantes<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p.212. Se expone los argumentos que se manejan para aducir ese plus de peligrosidad de las organizaciones criminales respecto a la criminalidad común de los individuos, cuales sean: “la estructura preparada para delinquir”; el elemento diferencial de la “finalidad de obtener lucro ilícito (mediante la comisión de delitos graves)”; la “sinergia que se produce en la organización criminal”, que “conduce en el ámbito criminal a una realidad de violencia sostenida (comisión de delitos), mayor que la programada por la propia organización”; la “mayor capacidad para la futura comisión de delitos respecto a un delito cometido por un sujeto individual”; la “estructura permanente dirigida a la comisión de delitos” que “demuestra la peligrosidad de la propia organización criminal, al margen de la peligrosidad de sus miembros”; los delitos en diferentes escalas, “el fin último, que es la realización del negocio criminal, los delitos como medio para la consecución del fin anterior...y, por último, delitos vinculados a reciclar las ganancias ilícitamente obtenidas”; “La profesionalización de la actividad criminal...aún no suficientemente valorado por el Derecho Penal”; la “solidaridad de grupo” que hace con que se cometan delitos que en solitario no se realizaría; la dilución de la responsabilidad por el resultado “en la medida en que los miembros no se consideran causantes del mismo, y... el amparo de la organización hace difícil la comprobación de esta responsabilidad”, facilitando su comisión; las “alianzas con otras formas de criminalidad organizada, como la corrupción política, la económica y el terrorismo”, desarrollando una “capacidad corruptora”, que “se entiende por el cúmulo de beneficios obtenidos lícitamente, preparados para ser blanqueados en el mercado lícito”; el “secretismo”, que “no puede ser considerado un plus de peligrosidad, sino en todo caso, como una mayor dificultad de persecución penal que facilita la comisión de delitos”; el “método mafioso” que significa el uso de la violencia por parte de la criminalidad organizada; y, el “carácter transnacional” de la criminalidad organizada, “lo cual plantea la necesidad de armonización de leyes penales y de cooperación internacional”.

<sup>58</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p.212-213.

Lorena Albuquerque

### **1.7. Objeto de protección de los delitos de organización.**

La dificultad es que, en el delito de asociación ilícita, esa peligrosidad se afilia con la posible realización de otros delitos futuros. De esa manera, hay que comprobar, a través de comportamientos ya exteriorizados, la gravedad de la puesta en peligro de la paz pública.

JAKOBS<sup>59</sup> hace referencia a las normas de flanqueo. El autor plantea la posibilidad de que si una conducta que no puede ser legítimamente criminalizada en su cualidad de acto preparatorio de la lesión de determinados bienes jurídicos, pueda ser criminalizada por la lesión de bienes jurídicos situados delante de aquellos o en sus flancos.

Según el autor, existen las normas principales que se prestan al aseguramiento de expectativas, y las normas de flanqueo, cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. Así, hay que entender que la norma es quebrantada no solamente cuando el autor la niega, sino que cuando haya también un menoscabo de la confianza de la norma por parte de los potencialmente afectados.

De esa manera, los tipos mencionados de las amenazas y de la conminación de hechos delictivos, la conducta injusta consiste en una drástica elevación del riesgo desde la perspectiva del afectado<sup>60</sup>. La conducta es injusta, porque dificulta, al menos, la vigencia de la norma para el afectado<sup>61</sup>.

Desde esta perspectiva, el delito de asociación ilícita puede ser criminalizado legítimamente en cuanto injusto parcial. De tal forma, no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino que en un fraccionamiento del bien jurídico. O sea, se fragmenta el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos

---

<sup>59</sup> JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 313 y ss.

<sup>60</sup> JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 315.

<sup>61</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesus-María, ¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito”. *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Gunter Jackobs*. Coord. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Lima: Ara Editores, 2005. p. 215. Él indaga si las normas de flanqueo se mueven en un plano meramente cognitivo, la cuestión es, entonces, hasta qué punto seguir afirmándose que lo prohibido en ellas son “hechos” y no meros “pronóstico de hechos”, esto es, *estados peligrosos*.

Lorena Albuquerque injustos parciales y se define el injusto del hecho por algunos fragmentos de injusto producidos precozmente<sup>62</sup>.

Esa posición de JAKOBS en el que analiza el delito de asociación ilícita como un injusto de amenaza esta en contra las dos tesis dominantes, cuales sean: la de la anticipación de la punibilidad y la del bien jurídico colectivo.

En la teoría de la anticipación, la perspectiva de la determinación del injusto se proyecta sobre los futuros delitos que se teme que puedan ser cometidos por la organización, es decir, las infracciones instrumentales para los fines últimos de la organización, que son cometidas en su marco<sup>63</sup>.

Así, la asociación criminal, según RUDOLPHI, constituye una “fuente de peligro incrementado” respecto a los delitos cometidos por la organización en relación con los bienes jurídicos del Estado y de los ciudadanos individuales<sup>64</sup>. Es justamente esa “peligrosidad” que se supone *ex ante* en los delitos de asociación que va a justificar su punición ya en el estadio de preparación. Esto va a conducir a lo que ya hemos mencionado antes respecto a la intromisión en la esfera de lo privado, puniendo incluso los pensamientos, como plantea JAKOBS.

Siendo apenas una consideración acerca del incremento del riesgo para el bien jurídico tutelado en los delitos que vengan a cometer, se podría sostener que el bien jurídico protegido en los delitos de asociación sería el conjunto de los bienes jurídicos tutelados en la Parte Especial, concibiéndose como meros delitos de peligro abstracto<sup>65</sup>.

Con relación a la teoría del bien jurídico colectivo, lo que se esta claro es que el bien jurídico protegido es diferente del que se protege en los posibles delitos que vengan a

---

<sup>62</sup> JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 313.

<sup>63</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

<sup>64</sup> Apud CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

<sup>65</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

Lorena Albuquerque cometer. El bien jurídico protegido es la “paz pública”, la “tranquilidad pública”, el “orden público”, etc.

En ese sentido, el tipo penal sería interpretado como un tipo de lesión del bien colectivo, es decir, que la sola asociación destinada a cometer delitos, traducida en la simple existencia de tal organización, ya lesiona la tranquilidad pública. Dicho de otro modo: se estaría generando en virtud de ella una sensación o un sentimiento de inseguridad en la población, justificando, de esa manera, la intervención penal.

### **1.8. Bien jurídico lesionado.**

Como se ha dicho en líneas anteriores, la corriente mayoritaria de la doctrina se decanta por considerar al bien jurídico colectivo “paz pública” como el objeto de protección de la norma. Esa corriente doctrinaria ha sido criticada argumentando principalmente la falta de determinación de los conceptos utilizados<sup>66</sup>.

En efecto, es difícil una estimación objetiva de la posible lesión de un bien tan subjetivizado como es la “sensación de seguridad o tranquilidad” especialmente que debe tomarse en cuenta que conforme a la tipificación legal, el delito sanciona no la actividad criminal de la organización sino tan solo la pertenencia de un individuo a la organización criminal. Así que no hay forma de constatar desde dicho estadio que la paz o la tranquilidad pública puedan ser afectadas.

Aún en la consideración del bien jurídico colectivo, el delito debería interpretarse como un delito de peligro y nunca de lesión, pues no existe ningún medio posible para concretar la materialidad de la lesión ya que aún el significado de “paz, tranquilidad o seguridad públicas” no tienen consenso alguno.

De esa manera, por ser considerado un tipo penal que protege la “paz pública”, y verificándose lo imprescindible que es identificar su concepto, nos aliamos a la

---

<sup>66</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 38-39.

conceptualización de HEFENDHEL<sup>67</sup> en que normalmente se entiende como paz pública un estado de seguridad jurídica general así como de conciencia en los ciudadanos de estar y seguir estando protegidos en sus intereses legítimos garantizados por el ordenamiento jurídico, con el consiguiente efecto tranquilizador.

De todas formas, los términos utilizados, sea paz o seguridad públicas son en gran medida intercambiables, como identifica CANCIO MELIÁ<sup>68</sup>, afirmando que por un lado se hace referencia a la reacción jurídico-penal frente a una modificación en las percepciones fácticas de la sociedad que los delitos en cuestión producirían, y por otro en ocasiones se pretende identificar la concurrencia fáctica de una situación objetivo-externa de “paz” o de “seguridad” públicas en cuanto objeto de protección de los tipos penales de organización.

Es decir, sea de la perspectiva de la sociedad, medida por la sensación de inseguridad jurídica, o de la perspectiva del Estado en sí, de ambas formas abriría las puertas para una criminalización ilimitada, coincidiendo con la teoría de la anticipación<sup>69</sup>.

De esa manera, cuando afirma HEFENDEHL que la única forma de perturbar esa paz, sería cuando un grupo grande de personas hubieren visto menoscabada su confianza, al menos transitoriamente, en la eficacia protectora del ordenamiento jurídico, tal mencionada confianza no es capaz de desplegar una eficacia legitimadora de la intervención del Derecho Penal<sup>70</sup>. Así que, la perturbación del orden o de la seguridad pública conduciría, necesariamente, a una interpretación extensiva de los elementos individuales<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma. En *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Roland Hefendehl (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 186.

<sup>68</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37.

<sup>69</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 38-39.

<sup>70</sup> HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma. En *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Roland Hefendehl (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 186.

<sup>71</sup> RUDOLPHI citado por CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 39

Lorena Albuquerque

El problema se radica en lo que se refiere a la lesividad del bien jurídico. Pues, no se pune única y exclusivamente conductas en que haya habido una lesión efectiva de este, sino que también es justificable reacciones del Derecho Penal ante situaciones de peligro concreto o abstracto<sup>72</sup>. Sin embargo, es la capacidad lesiva de la conducta lo esencial del concepto.

Sin embargo, se identifica otro problema que es el adelantamiento de conductas punitivas, anteriores a la lesión. Así que, si se entiende legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, decae del todo la función de limitación de este concepto<sup>73</sup>.

En lo que se refiere a la criminalidad organizada, el bien jurídico al que se quiere tutelar está prácticamente contiguo al que resulta la finalidad misma de naturaleza general de la política criminal, esto es, la tranquilidad y el orden social<sup>74</sup>. Así que se busca lo antes posible asumir el peligro antes de exteriorizarse y tipificarlo como delito.

Sin embargo, siguiendo la línea de HEFENDEHL<sup>75</sup>, la idoneidad para perturbar la paz pública no presupone la posibilidad de su ausencia, sino de una acción capaz de causar inseguridad en una pluralidad de individuos, siendo imposible identificar cuándo resulta lesionado el bien jurídico paz pública, si para ello es preciso la falta de paz de varios individuos, de una pluralidad indeterminada o de toda la generalidad.

Para solucionar tal problemática, sería necesario comprender el significado real del concepto de peligro, pues se supone que un delito recibe tal denominación cuando se protege bienes jurídicos individuales y éste es puesto en peligro, no llegando a ser lesionado efectivamente.

Precisamente, si lo que se busca proteger es el bien jurídico supraindividual, basta la realización de la conducta típica para que éste resulte lesionado, por lo que carece de sentido

---

<sup>72</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Civitas, 1997. t. I, párrafo 2, VII, 23.

<sup>73</sup> MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. En *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Ed. Bosh, 1997. p. 114 y siguientes.

<sup>74</sup> YACOBUECCI, Guillermo J. *Política Criminal y Delincuencia Organizada*. Ob. Cit. p 53.

<sup>75</sup> HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma. En *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Roland Hefendehl (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 187.



Lorena Albuquerque su caracterización como “delitos de peligro”, resultando no legitimada la técnica legislativa de los delitos de peligro por incumplir el principio de lesividad<sup>76</sup>.

### **1.9. Bien jurídico y delitos de peligro.**

La criminalidad organizada, considerada una dinámica productora de riesgos, en que varias personas están reunidas y conforme en la práctica de delitos indeterminados, genera *per se* un riesgo adicional a lo de los posibles delitos que se vengan a cometer. Así que, podemos identificar aquí una inquietud respecto a su caracterización como un delito de peligro abstracto, pues si la doctrina lo asemeja como tal, es una forma de protección adelantada de bienes jurídicos.

Así que la denominación “delitos de peligro” puede aceptarse sólo en tanto en cuanto es un término asentado en el Derecho Penal y que permite, a su vez, distinguir entre delitos de peligro abstracto y concreto. Como afirma CORCOY BIDASOLO<sup>77</sup>, ello es así porque solo se les puede calificar como “delitos de peligro” si se ponen en relación con otros delitos en los que el bien jurídico penal protegido es individual, es decir, se conciben como adelantamiento de la barrera protección, en terminología clásica, respeto de la vida, la salud o la propiedad.

También, buscándose limitar y justificar la protección de estos bienes colectivos, el hecho de que sean autónomos no excluye que, en cuanto “intereses predominantes en la sociedad”, deberán servir al mejor desarrollo de la persona para que sea legitimada la intervención penal de su protección<sup>78</sup>.

A diferencia de los delitos de lesión, definidos como aquellos que, para que sean consumados, haya una efectiva lesión al bien jurídicamente protegido en el tipo, los delitos de peligro no necesitan tal producción material. En efecto, la conducta del agente puede no tener

---

<sup>76</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de Riesgos. En *La Política Criminal en Europa*. Víctor Gómez Martín (Coord.). Barcelona: Atelier, 2004. p. 27.

<sup>77</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de Riesgos. En *La Política Criminal en Europa*. Víctor Gómez Martín (Coord.). Barcelona: Atelier, 2004. p. 31.

<sup>78</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de Riesgos. En *La Política Criminal en Europa*. Víctor Gómez Martín (Coord.). Barcelona: Atelier, 2004. p. 30.

Lorena Albuquerque la finalidad de producir un daño al bien jurídico protegido, produciendo, todavía, una situación de peligro.

En la concepción de MENDOZA BUERGO<sup>79</sup> el elemento distintivo es el grado de afección del bien jurídico tutelado. Normalmente la doctrina procede la distinción atendiendo la relación entre la conducta y el bien jurídico tutelado, de manera que en los delitos de lesión es necesario para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico y en los de peligro no se exige ese efecto, se crea una infracción penal de peligro para que se lleve a efecto la punición del agente antes que su comportamiento peligroso, efectivamente, cause lesión al bien jurídicamente protegido.

Se suele conceptuar los delitos de peligro abstractos como aquellos que el tipo penal entiende suficientes, para la caracterización del peligro, la práctica de las conductas por él previstas, sea éstas de comisión u omisión, sin que sea necesaria la constatación de la producción de un riesgo en el caso evaluado. Así, de esa forma, los delitos de peligro abstractos son reconocidos como de peligro presunto.

Como menciona MATA Y MARTÍN<sup>80</sup>, el legislador introduce una presunción de peligrosidad (*iuris et de iuris*), basada en una consideración estadística, pero con la consecuencia de que en el caso concreto puede no estar presente tal peligrosidad. Hay una ausencia del peligro en el tipo penal, de esta manera el juez no necesita verificar la presencia de peligro porque esta no es elemento del tipo. Sólo basta la configuración de la acción peligrosa, sin comprobar el resultado peligroso.

Precisamente, es una forma de protección adelantada de los bienes jurídicos. El Derecho Penal interviene antes que el daño se materialice. Es una contradicción al principio de la ofensividad en que se plantea una efectiva lesión al bien jurídico. La única comprobación es la puesta en práctica de la conducta típica reputada peligrosa, en la medida en que pertenece a la conducta descrita en el tipo. No se pune el resultado sino la evitación de un peligro o lesión ulterior.

---

<sup>79</sup> BUERGO, B. Mendoza. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 10.

<sup>80</sup> MARTÍN, Ricardo M. M. *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997. p. 53.

Lorena Albuquerque

Según MENDOZA BUERGO<sup>81</sup>, las normas de los delitos de peligro abstracto tienen como objeto comportamientos que no se definen en función de una consecuencia, sino que describen sólo la realización de determinadas actividades, comportamientos que tienen una consecuencia mencionada en el tipo, pero que no es generalmente considerada como aquel daño cuya evitación es fin de la norma. La realización de tal comportamiento supone el riesgo desde una perspectiva *ex ante*, no se exige una efectiva puesta en peligro juzgada *ex post*.

No obstante, en la doctrina brasileña<sup>82</sup>, esos delitos han sido combatidos, una vez que no se haya comprobado, en el caso concreto, la potencialidad de la lesión existente en el comportamiento del agente, lo que sería ofensivo al principio de lesividad.

Por otro lado, en los delitos de peligro concreto, la situación de peligro hay que ser comprobada en el caso concreto. El peligro es un elemento del tipo penal en el que el juez hay que verificar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta. En estos delitos, el resultado peligroso hay que ser causado por el autor del delito, siendo el peligro una consecuencia de la acción u omisión.

Distintamente de los delitos de peligro abstracto, no basta solamente la puesta en peligro (acción peligrosa), sino hay que ser comprobado el resultado peligroso. El peligro como efecto producido por una determinada conducta tiene que ser necesariamente juzgado *ex post*, que es cuando se pueden conocer las consecuencias de la conducta.

Al respecto, trayendo la perspectiva de TORÍO<sup>83</sup>, los delitos de peligro hipotético son concebidos como delitos de peligro abstracto en los que la posibilidad del peligro se deduce de la realización de una acción que, en relación al bien jurídico, es idónea para producirlo. Para él la idoneidad se entiende como la acción para producir un peligro para el bien jurídico protegido.

---

<sup>81</sup> BUERGO, B. Mendoza. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 19.

<sup>82</sup> GRECO, R. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, Volume II. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2005. p. 118.

<sup>83</sup> Citado por: RODRÍGUEZ, C. M. *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, 1993. p. 183.

Lorena Albuquerque

En tal sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ<sup>84</sup> señala que la acción debe ser analizada *ex ante* si es idónea o no para crear un daño al bien jurídico, puesto que se define el peligro como derivado de la acción en la que, por el hecho de ser idónea, tiene probabilidad de generar un daño. Así, no hay un automatismo en la constatación de su relevancia típica, evitando el defecto de los delitos de peligro abstracto a través de la inclusión de elementos de peligrosidad efectiva de la conducta en la descripción del tipo<sup>85</sup>.

### **1.10. ¿Tipo penal específico o tipo agravado de asociación para delinquir?**

Con relación al delito de asociación para delinquir, éste aparece en la legislación mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas infracciones en un grupo organizado o mediante las infracciones de mera pertenencia a una asociación ilícita, siendo un delito autónomo.

La tipificación autónoma del delito de pertenencia a una organización criminal posibilita condenar a los dirigentes o integrantes de la organización sin que sea necesaria probar su participación en delitos concretos, mientras la agravación de los delitos cometidos en el marco de organizaciones se supone el *plus* de peligrosidad de los delitos cometidos.

Como ya hemos expuesto acerca de la función político criminal del delito de asociación para delinquir, se supone la facilitación de la prueba y la penalización al menos por la pertenencia, una vez que se torna difícil la identificación de los integrantes de la organización y los debidos participantes en los delitos-fin de tales organizaciones.

Sin embargo, su idoneidad es bastante discutible, teniendo carácter simbólico, pues prescinde de atención a muchos principios que rigen el Derecho Penal, además de muchas veces ser inaplicable, no superando las expectativas de disuasión.

---

<sup>84</sup> RODRÍGUEZ, C. M. *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, 1993. p. 184.

<sup>85</sup> BUERGO, B. Mendoza. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 413.

Lorena Albuquerque

Así que un camino de eventual progresión sería propugnar por una mayor especificidad, como los que condensa elementos propios de grupos mafiosos o terrorista, por ejemplo<sup>86</sup>. Sin embargo, a pesar de revelar una hipertrofia del principio de especialidad, suscitando en el legislador la ilusión de que la especialidad de la prohibición, por encima de la norma genérica que trataría del mismo hecho, sería dotada de eficacia al combate del desvío, facilitaría a la hora de justificar la intervención penal por el incremento del riesgo que se supone con relación al bien jurídico tutelado, individualizando el perfil de cada grupo.

Tal tratamiento de la criminalidad organizada como una agravación de los actos delictivos ejecutados a través de la forma asociativa puede operar de dos formas: una a través de la exasperación genérica de la pena a aplicar a todo delito que se cometa de forma organizada; y otra que es más usual, mediante el incremento del castigo de determinadas figuras dotadas de una relevancia especial, como el tráfico de drogas y blanqueo de capitales<sup>87</sup>.

Ambas figuras son justificables a partir de la consideración del bien jurídico que se busca tutelar. Si se trata de un bien jurídico supraindividual, hay que constatar la lesividad social que genera y buscar soluciones efectivas y globales para combatir el fenómeno, pues claro está que tal delincuencia genera serias dificultades en los sistemas de policía y de administración de justicia de los países, sobre todo en el momento de obtener pruebas, sin embargo, eso no justifica la creación de un Derecho Penal *ad hoc* contra esa especie de criminalidad.

Además, con la creación desmedida de cuerpos normativos para combatir esa especie de género normativo, nos podemos deparar con diversos problemas, por un lado, la igualación de todos los miembros de la asociación, es decir, sea cual fuere el rol dentro de la misma o su contribución en los delitos-fin de la organización, responde todos a nivel de autores, sin

---

<sup>86</sup> FABÍAN CAPARROS, Eduardo: Criminalidad Organizada. En *El nuevo Código Penal: Primeros Problemas de Aplicación*. GUTIERREZ FRANCES, Luz y otro (Coord.). Salamanca: Asociación de Estudios Penales, 1997. p. 180.

<sup>87</sup> FABÍAN CAPARROS, Eduardo: Criminalidad Organizada. En *El nuevo Código Penal: Primeros Problemas de Aplicación*. GUTIERREZ FRANCES, Luz y otro (Coord.). Salamanca: Asociación de Estudios Penales, 1997. p. 179.

Lorena Albuquerque participes de ninguna clase; y por otro lado, también se podrían plantear problemas con relación al principio de *non bis in idem*, en aquellos casos que luego de la comisión de un delito concreto, se pretenda sancionar adicionalmente (en concurso de delitos) por la actuación como parte de una organización criminal, cuando en el tipo penal del delito-fin, exista alguna agravante específica que desvalore ya la actuación a través de la misma.

### **1.11. Problemas de autoría y participación.**

Uno de los principios que informan el Derecho Penal es el principio de responsabilidad personal o por los propios hechos, de acuerdo con el cual la responsabilidad penal únicamente se justifica si se ha tomado como referente las propias conductas delictivas del sujeto. Es decir, nadie es responsable por los hechos ajenos a su esfera de actuación o de competencia.

En lo que respecta al análisis del delito de asociación ilícita o pertenencia a organización delictiva, SILVA SÁNCHEZ propone dos modelos de atribución de responsabilidad penal a los miembros de organizaciones criminales: el “modelo de la transferencia” y el modelo de responsabilidad por el “hecho propio” del miembro o colaborador.

En el modelo de la transferencia, la razón de la sanción penal de miembros o colaboradores se hallaría en el peligro permanente para la paz y la seguridad públicas que se atribuye a la organización en sí, alejándose de cualquier consideración de la organización como articulación institucionalizada de aportaciones favorecedoras de los concretos delitos-fin. Sería, de esa manera, un delito de mera adhesión, en que dicha existencia ya es un estado de cosas lesivo<sup>88</sup>.

De esa manera, el delito de asociación criminal tiene naturaleza dogmática de un sistema penalmente antijurídico (sistema de injusto), en que la organización criminal es un injusto autónomo, independiente del propio de los delitos concretos que se pretendan cometer

---

<sup>88</sup>SILVA SANCHEZ, Jesus-María, ¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito”. *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Gunter Jackobs*. Coord. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Lima: Ara Editores, 2005. p. 222-223.

Lorena Albuquerque mediante ella, siendo así, la mera existencia del injusto sistémico (subsistema disfuncional al sistema social constituido en Estado) lesiona la seguridad general y la paz pública. Pues, como asegura LAMPE<sup>89</sup>, la disposición para cometer delitos que muestra un sistema organizado, su carácter “asocial”, es *per se* constitutiva de injusto.

Sin embargo, en la concepción de SILVA SÁNCHEZ, ello se refiere a la “transferencia” de la atribución de responsabilidad penal a los miembros de las organizaciones criminales, es decir, de la imputación a nivel individual de los fenómenos colectivos, pues sería una responsabilidad, además, a altura de autor.

Así que el autor critica tal posición afirmando que simplifica los presupuestos de la sanción del miembro individual con lo que también facilita notablemente su prueba, no se pudiendo descartar también la incriminación de aquellos miembros de la organización que los sean únicamente en sentido formal y, adicionalmente, en las formas de participación en él.

El modelo de responsabilidad por el “hecho propio” del miembro o colaborador, defendido por SILVA SÁNCHEZ, no se le transfiere al miembro individual la responsabilidad de la organización lesiva de bienes jurídicos colectivos como la paz o la seguridad pública, sino que se le hace responsable de su actividad favorecedora de la comisión de delitos.

En este modelo, aunque haya dos inclinaciones, una que plantea la responsabilidad cualificada por participación en cada delito concreto y otra que defiende la responsabilidad por intervención “a través de la organización”, ambas parten de un significado de organización criminal como un estado institucional de cosas favorecedor de los delitos concretos cometidos luego en su marco.

Esa naturaleza dogmática del delito de organización, defendida por SILVA SÁNCHEZ, es una forma de “intervención anticipada” en que la organización afectaría pues a los objetos de protección de los delitos específicos cuya comisión constituye su fin. Aquí, la

---

<sup>89</sup> Citado por SILVA SANCHEZ, Jesus-María, ¿“Perteneencia” o “Intervención”? Del delito de “perteneencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito”, Ob. Cit. p. 219.

Lorena Albuquerque organización conforma un sistema de acumulación institucionalizada de aportaciones individuales favorecedoras de la ejecución de los delitos-fin de la asociación delictiva<sup>90</sup>.

Pues, si no es así, conduciría a una sanción de cualquier miembro por el delito de mera pertenencia, en términos absolutamente formales. Sin embargo, así como un delito de lesión no absorbe todo el desvalor de los delitos de peligro, SILVA SÁNCHEZ<sup>91</sup> plantea que la comisión de uno o más delitos concretos no agota necesariamente el desvalor del peligro representado por el “favorecimiento institucionalizado” de otros.

En la responsabilidad cualificada por participación en el delito concreto, en la que tiene como principal exponente MOCCIA<sup>92</sup>, se propone sancionar solamente las formas de intervención en los delitos concretos cometidos en el marco de la asociación criminal. De esa manera, se busca solucionar el problema de desvinculación de la noción de lesividad, pues vincularía la reacción contra la peligrosidad de las asociaciones criminales a la realización en el marco de éstas de delitos concretos, cualificando la sanción dada la estabilidad de la organización y del vínculo asociativo, como un mero factor de agravación de una responsabilidad previamente establecida, conforme a reglas generales de imputación. Así, las conductas apenas podrían ser sancionadas en la medida en que favorezcan un hecho delictivo concreto.

Con relación a la responsabilidad por intervención “a través de organización”, posición a la que defiende SILVA SÁNCHEZ<sup>93</sup>, éste plantea que la aportación favorecedora de un miembro determinado, que puede haberse efectuado de modo genérico (para la

---

<sup>90</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus-María, ¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito”. *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs*. Coord. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Lima: Ara Editores, 2005. p. 221.

<sup>91</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus-María, ¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito”. *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs*. Coord. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Lima: Ara Editores, 2005. p. 222.

<sup>92</sup> MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Nápoles: ESI, 1995. p. 65 y siguientes.

<sup>93</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus-María, ¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito”. *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs*. Coord. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Lima: Ara Editores, 2005. p.227 y siguientes.



organización) y con mucha antelación – siempre claro de manera dolosa en tanto aportación a la organización delictiva - es actualizada y concretada por la organización en el momento de la ejecución, por parte de otro u otros miembros, de uno o varios hechos delictivos determinados. Así, la imputación de responsabilidad al miembro de la organización también sólo es permitida si se produce un hecho delictivo concreto.

Ante las alternativas planteadas, el sector mayoritario de la doctrina exalta el modelo de “transferencia” de responsabilidad, en el que el significado jurídico penal del delito de asociación ilícita es un “injusto sistémico”, buscándose proteger un bien jurídico colectivo, cual sea, la paz o seguridad pública.

Sin embargo, es evidente que existe ahí una clara vulneración al principio de responsabilidad por el hecho propio, ya que de acuerdo al modelo de transferencia no es necesario siquiera la verificación de una actividad delictiva concreta, tanto respecto de algún miembro determinado como de la propia organización.

Así, se puede estimar excesivo tal adelantamiento, pues no espera del agente ninguna acción concreta sino simplemente una tendencia interna de adhesión, el simple deseo de pertenencia ya lo hace penalmente responsable, sin realización material de ningún acto criminal, por lo que desde la perspectiva de un Derecho Penal del hecho, no es legítimamente sustentable.

Sin embargo, la teoría de responsabilidad por el “hecho propio” al remitir a la producción o materialización de hechos concretos por parte de la asociación ilícita, la imputación penal siempre será hacia la protección de bienes jurídicos individuales, el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la organización en el delito concreto, no fundamentando el injusto por la simple existencia de la organización criminal.

El problema consiste justamente en la colisión, por ejemplo, de los temas de autoría y participación criminal. Pues, tanto siguiendo la teoría mayoritaria de reconocer la organización criminal como un delito autónomo, cuanto siguiendo la teoría minoritaria de una forma de intervención anticipada, nos deparamos con la dificultad de identificar o diferenciar los niveles de participación dentro del delito de asociación para delinquir.

Lorena Albuquerque

Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ<sup>94</sup> asegura que 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. Para él<sup>95</sup>, 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.

Además, tal autor opina que la justificativa de la sanción penal de la conducta de “intervención a través de organización” cuando todavía no se ha iniciado la ejecución directa del delito concreto por el autor se da por la gravedad del delito. Caso contrario, sólo se podría castigar 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.

---

<sup>94</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus-María, ¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito”. *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs*. Coord. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Lima: Ara Editores, 2005. p.230.

<sup>95</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de España (STS 1151/2004 [RJ 2004\8239]), se puede constatar exactamente la diferencia de autoría y participación, pues no todos están incluidos en el Art. 28 del CP, sino que la participación es por título distinto de los acusados. “Siendo ello así, dicha participación puede serlo a título de cooperación necesaria o de complicidad. La distinción entre ambas formas de participación no es desde luego sencilla, sosteniéndose diversos criterios o teorías al objeto de trazar la frontera entre el cooperador que se considera como autor (artículo 28.1.b) y el cómplice al que se refiere el artículo siguiente. La jurisprudencia de esta Sala (SSTS, entre otras, 1743/99 [RJ 1999\8578], 1456/01 [RJ 2002\3480], 1145/02 [RJ 2002\7359] u 1031/03 [RJ 2003\6352]) ha venido declarando que la diferencia radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario, habiéndose acudido a distintas teorías para fundamentar y resolver esa diferenciación. Pues bien, podemos manejar como criterios, en primer lugar, la perspectiva de lo abstracto o de lo concreto como método para el análisis y según la consideración de una u otra que tengamos en cuenta para resolver el problema, de forma que si sin la ayuda del partícipe no se hubiese producido el hecho tampoco bajo otras circunstancias se trataría de un caso de cooperación necesaria, mientras que en caso contrario debería calificarse como complicidad, inclinándose la Jurisprudencia por la perspectiva del caso concreto, aunque precisamente por ello no cabe excluir radicalmente la consideración abstracta de la cuestión; también se ha aplicado la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito tiene este carácter, teniendo también en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar de la comisión; la teoría del dominio del hecho en función de que el cooperador hubiese tenido la posibilidad de impedir la infracción, aún cuando este supuesto también se ha entendido como coautoría; por último, puede también distinguirse entre la cooperación para la producción del resultado...y para las distintas modalidades de la acción, ..., de forma que la aportación de los acusados, ajenos al plan trazado y al acuerdo entre los coautores, se dirige no a la consumación del delito por éstos sino a cooperar en un segmento posterior de la acción...”.

Lorena Albuquerque

Aunque SILVA SÁNCHEZ considere que las actividades de favorecimiento que se comprenden en la figura de la “intervención a través de organización” sean un complemento de la figura de la “autoría por dominio de organización”, precisamente construida para la imputación de hechos delictivos a los directores de organizaciones criminales, ésta es mayoritariamente aceptada por la doctrina, que es partidaria de una autoría mediata para los aparatos organizados de poder.

Lógicamente, hay que tenerse presente que ello implica una relativa modificación de los supuestos básicos de autoría y participación, pues se pierde el supuesto estricto de instrumentalización propio de la autoría mediata. Esa teoría es defendida por ROXIN y asumida por la jurisprudencia alemana, en que se construye la figura del “autor detrás del autor”, muy controvertida, pues alguien se sirve de otro como instrumento y tanto uno como el otro tiene el dominio del hecho. Es decir, no solamente el que transmite la instrucción delictiva con poder de mando tiene el dominio del hecho, sino también quien lo ejecuta.

Esta forma independiente de autoría mediata se funda en la fungibilidad del autor directo y en el dominio automático del subordinado, condicionado por medio de aquel aparato de poder. Así, el autor directo es fungible y, aunque tenga decisión libre y sea responsable de ejecutar, no modifica en nada la situación y no representa ningún impedimento esencial para establecer la autoría del hombre de atrás.

Según ROXIN<sup>96</sup>, tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el “resultado”. El hombre de atrás, pues, controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que, como ejecutor, entra en escena más o menos casualmente.

El hombre de atrás es más que el inductor, pues éste debe captar el autor potencial para su plan y vencer sus resistencias, sin embargo, el autor mediato tiene el dominio del

---

<sup>96</sup> ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*. n. 2. Barcelona: Ed. Praxis, 1997. p 61-62.

hecho. Así quien va por esa teoría de la inducción no puede tener el concepto finalístico de autor que se basa en el dominio del hecho.

Por otro lado, con relación a la coautoría, MUÑOZ CONDE<sup>97</sup> distingue entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos coautores no están presentes en la ejecución del delito. Así, según el autor, si el fundamento de la coautoría es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en la ejecución.

No obstante, tal teoría no es la dominante, siendo rechazada por no poder explicar la sanción del hombre de atrás, pues, según ROXIN<sup>98</sup>, falta la decisión de realizar conjuntamente el hecho (presupuesto de la coautoría); no se da la ejecución común; además de eludir la decisiva diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un desarrollo de arriba abajo, del que ordena al ejecutor) y la coautoría lo está horizontalmente (en el sentido de actividades equivalentes y simultáneas).

Sin embargo, como afirma KAI AMBOS y GRAMMER<sup>99</sup>, la teoría del dominio por organización, en definitiva, necesita una mejor fundamentación que parta de una fungibilidad abstracta o bien posterior en vez de concreta y que entienda normativamente el principio de responsabilidad. En su concepción, la teoría del dominio por organización puede entenderse como un “entrelazamiento” de componentes normativos y fácticos, en que desde un punto de vista fáctico, junto con el criterio del dominio por conducción brinda un elemento para

---

<sup>97</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? *Revista Penal*. n. 9. Madrid: La Ley, 1997. p. 65 y siguientes.

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*. n. 2. Barcelona: Ed. Praxis, 1997. p 63.

<sup>99</sup> AMBOS, Kai; GRAMMER, Christoph. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Revista Penal*. n. 12. Madrid: Ed. La Ley, 1997. p. 30. Para corroborar su argumentación cita el Tribunal Supremo Alemán cuando eligió esta argumentación para fundamentar la autoría en los siguientes términos: “En tales casos, no considerar como autor al autor de atrás, sería injusto en relación con el peso objetivo de su contribución al hecho, cuando en especial, habitualmente la responsabilidad con gran distancia respecto del lugar del hecho crece en lugar de disminuir”.

Lorena Albuquerque determinar la figura central del suceso; y el punto de vista normativo permite, excepcionalmente, atribuir ese rol también a un autor de atrás.

Así, en el caso del autor directo, su responsabilidad se funda por su cercanía al hecho y, en el caso del hombre de atrás, se considera responsable por la influencia que ejerce sobre la organización en la cual está incluido el ejecutor. Está claro que hace falta un perfeccionamiento de la teoría de la participación a la vista de nuevas formas de criminalidad, pues son necesarias reflexiones adicionales para determinar si la teoría del dominio por organización requiere una fundamentación autónoma<sup>100</sup>.

Así, la forma de afrontar desde el derecho penal sustantivo el problema del crimen organizado está en una adecuada enunciación de las formas de autoría y participación delictiva. Para eso, sería necesaria una reconstrucción o adición en las formas de participación criminal, que, como norma general aplicable a todos los delitos, prevea la participación a través de una organización criminal, con el consiguiente desvalor especial para tal forma de actuación.

### **1.12. Tipos penales relacionados con el crimen organizado.**

Se concibe la globalización como un marco en el que la desaparición progresiva de las fronteras ha supuesto indudables mejoras para las sociedades humanas, sobre todo en los países desarrollados, pero ha permitido también el agravamiento de las características de algunos fenómenos delictivos, especialmente la corrupción<sup>101</sup>.

Fundamentalmente en los países en vías de desarrollo y subdesarrollados, la corrupción se ha vinculado de manera firme a la criminalidad organizada, pues ésta desarrolla sus planes en consecuencia de los delitos de corrupción que cometen. Así que también es de

---

<sup>100</sup> AMBOS, Kai; GRAMMER, Christoph. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Revista Penal*. n. 12. Madrid: Ed. La Ley, 1997. p. 31.

<sup>101</sup> El análisis macroeconómico es el adecuado para la investigación acerca de los efectos de los comportamientos corruptos sobre la economía global del país y, de forma más específica, sobre su crecimiento y desarrollo económicos. Así que explica el motivo por el cual hay más corrupción en los países subdesarrollados, como también que es más perniciosa la corrupción en estos países. Cfr. MURIEL PATINO, María Victoria. Aproximación Macroeconómica al Fenómeno de la Corrupción. En *La Corrupción en el Mundo Globalizado. Análisis Interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2003.

Lorena Albuquerque

extremada importancia la lucha y prevención de estos delitos fines, una vez que son los que sostienen la organización.

El carácter transnacional de estos delitos es lo que determina la armonización de las legislaciones así como mecanismos de cooperación internacional, con el objetivo de facilitar la obtención de pruebas, como también promover la punición del delito, estipulando la sanción mínima a imponer. De tal modo que, respecto a esos delitos interesa menos el análisis de su configuración en el Derecho interno de los países o en el Derecho Comparado, pues ambos se verán constreñidos necesariamente por los instrumentos internacionales que vinculan la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico, en cuanto han ratificado el instrumento en cuestión<sup>102</sup>.

Vale considerar que no solamente hubo un cambio en la comisión de los delitos antes practicados, sino que hubo también un incremento cualitativo en la forma de comisión de otros delitos. En otros términos: pasamos de la comisión de delitos tradicionales para la comisión de delitos más complejos o no tradicionales<sup>103</sup>. Ello se debe al desarrollo de nuevas tecnologías y la liberación de los mercados, dificultando los medios de pruebas, así como las reglas la aplicación de la ley penal en el espacio.

Estos delitos característicos son justamente los que requieren una estructura de modelo empresarial para que se lleve a cabo, como por ejemplo, el tráfico de estupefacientes, el tráfico de inmigrantes y trata de personas con fines de explotación sexual y laboral, el terrorismo, etc. La corrupción es el delito vehículo de toda logística desarrollada por la organización criminal. Y las ganancias alcanzadas a través de estos delitos es la finalidad esencial de las organizaciones criminales.

---

<sup>102</sup>SANCHEZ GARCÍA, Isabel. *La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 125.

<sup>103</sup>CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. Porto Alegre: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 14.

Lorena Albuquerque

## CAPÍTULO 2. PANORAMA LEGISLATIVO. BRASIL Y ESPAÑA.

---

### 2.1. Brasil.

#### 2.1.1. Análisis estructural del crimen de Cuadrilla o Bando

El crimen de cuadrilla o bando en el ordenamiento jurídico-penal brasileño está ubicado en el Art. 288, Título IX del Código Penal en el que trata de los crímenes contra la Paz Pública. El tipo penal impone una pena de reclusión de uno a tres años para los que se asocien en más de tres personas, con el fin de cometer delito<sup>104</sup>.

En tal sentido, el crimen estará tipificado por la simple asociación de tres o más personas para la práctica de delitos. Es un delito formal y permanente. La subsunción de la conducta al tipo se comprueba por la verificación del número de personas, la permanencia y estabilidad y la finalidad de cometer delitos. Así que, evidenciada la precariedad y eventualidad de la asociación, no se puede hablar de ese crimen. Sin embargo, la acción incriminada persiste aunque uno de sus miembros, abandone la asociación en el intermedio<sup>105</sup>.

Como esclarece el Ministro Sepúlveda Pertence:

“o crime de quadrilha se consuma em relação aos fundadores, no momento em que é aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quando àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, no momento da adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, conseqüentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fim da associação”<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> La Ley n° 8072/90 (Ley de crímenes hediondos), en su Art. 8°, prevé que la pena prevista en el Art. 288 del Código Penal Brasileño será de 3 (tres) a 6 (seis) años de reclusión, cuando se tratar de crímenes hediondos, práctica de tortura, tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y drogas afines o terrorismo. La Ley n° 2889/1956, se prevé el mismo delito, desde que la cuadrilla sea formada para fines de práctica de genocidio, en su Art. 2°, castigado con la mitad de la pena prevista para el delito. La Ley n° 6368/1976, en el Art. 14, prevé la pena de reclusión de 3 a 10 años. Ello es reflejo de la “moderna criminalidad”, en el que revela una hipertrofia del principio de especialidad en la legislación penal, en detrimento a la norma genérica, generando inseguridad jurídica.

<sup>105</sup> Sin embargo, se puede constatar que la jurisprudencia no es uniforme en este sentido, en el que,

<sup>106</sup> HC 70919-2, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, unánime, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 29 de abril de 1994, p. 9731.

Lorena Albuquerque

Por ser un crimen unisubsistente, no cabe fraccionamiento del *iter criminis*, así que no se puede hablar en tentativa. Además, es esencial la nota de estabilidad y permanencia de la alianza. Sin embargo, aunque se exija que el acuerdo verse sobre una duradera actuación común, en el sentido de la práctica de crímenes no precisamente individualizados, cuándo se habla en asociación, no se quiere indicar que obedece a estatutos, reglas o normas disciplinarias, basta una organización social rudimental, que se caracterice por la voluntad continuada de un esfuerzo común<sup>107</sup>.

Configurada la asociación (permanencia y estabilidad) y presente los demás requisitos, el crimen está consumado, sin embargo, va a consistir en un problema a la hora de demostrar ese momento de consumación del delito - radicado en la oportunidad y lugar en el que por lo menos cuatro personas concierten sus voluntades o también en el que uno ingrese a una cuadrilla ya existente – pues generará dificultades de prueba, una vez que no es fácil definir el carácter de asociación sin que antes se traduzca por actos y organización del bando.

En lo que se refiere a la autoría y participación, se aduce que en el delito de cuadrilla o bando, al contrario del concurso de agentes actuando en coautoría, no hay necesidad de compartimiento por los sujetos activos del dominio del modelo típico, es decir, la estructura organizativa de la cuadrilla podrá ser vertical, restringiéndose al comando de ésta y al consecuente control de la práctica del hecho a apenas uno de sus componentes, no obstante presentes la comunión de voluntades y la división de trabajo, requisitos comunes a las dos situaciones<sup>108</sup>.

Así que el crimen de cuadrilla o bando, estudiando a la luz del tema del concurso de agentes<sup>109</sup> para la práctica de crímenes genera dos cuestiones: por un lado se plantea sobre la

---

<sup>107</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários al Código Penal*. vol. IX. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1958. p. 177-178.

<sup>108</sup> TIGRE MAIA, Rodolfo. *O Estado desorganizado contra o crime organizado*. Anotações à Lei Federal nº 9034/95 (Organizações Criminosas). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 20.

<sup>109</sup> Previsto en el Art. 29 del Código Penal Brasileño, en que dice que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. También prevé en los §1º y 2º, causas de aumento o disminución de pena: §1º “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”; § 2º “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.



Lorena Albuquerque existencia o no de un delito de cuadrilla o bando, y por otro se indaga respecto a la admisibilidad de la participación criminosa en ese delito. Así que, primeramente, para que se caracterice el delito, automáticamente se excluye el concurso de agentes, pues el modo como de uno los agentes es diferente, necesitando justamente el vínculo estable entre los integrantes, aunque no esté previsto en el tipo legal del Art. 288 del Código Penal brasileño.

Sobre la participación en ese delito, es difícil de identificar los colaboradores no miembros de la organización, pues hay los que efectivamente participan, es decir, que son miembros, y los que colaboran externamente. En ese caso, se hace más fácil establecer un castigo apenas cuando se inicia la ejecución de un delito-fin y se prueba efectivamente que hubo un favorecimiento relevante. Pues, para afirmar la integración de alguien en una cuadrilla es necesario que ella participe no solamente en un determinado delito, sino que establezca un vínculo, pues quien participa no realiza un hecho propio, pero contribuye para un hecho que está bajo el dominio de otro, y, evidentemente, no se trata de un hecho cualquier, sino que de un hecho que comporte, por lo menos, juicios de tipicidad y ilicitud<sup>110</sup>.

Aún también consiste en dificultades del referido artículo, en lo que se reseña a los actos preparatorios, en el que dispone el Art. 31 del Código Penal de Brasil, determinando que el ajuste, la determinación o instigación y el auxilio no son punibles si el crimen no llega siquiera a ser tentado, pues estos actos no tienen aptitud para poner en riesgo el bien jurídico.

Respecto a eso, se les clasifica cuanto a su materialidad como un delito de peligro abstracto<sup>111</sup>, en que la *ratio legis* es constituida por el peligro, apreciable *ex ante* y inherente a la acción o omisión. Aunque haya doctrina que considera como delito de peligro concreto<sup>112</sup> y de que sea muy cuestionable la admisión de delitos de peligro abstracto, la atención dada a este tipo penal de peligro se debe sobre todo al aumento de la criminalidad organizada.

---

<sup>110</sup> SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. V. 1, tomo II, parte especial. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>111</sup> Cfr. REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. Parte Geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 250.

<sup>112</sup> En la concepción de NELSON HUNGRIA, el elemento del crimen que autoriza la incriminación de la conducta, distinguiéndola de un acto preparatorio, es el “grave perigo concreto que a organização da quadrilha ou bando representa por si mesma” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959. p. 177).

Lorena Albuquerque

Así que, en Brasil, el delito de cuadrilla o bando viene recibiendo atención especial. Un análisis jurisprudencial de ese delito permite concluir que la incriminación por cuadrilla o bando viene siendo vulgarizada de modo a proliferar denuncias que no culminan, o no deberían culminar, en condenación, por no observarse la estricta realización de sus elementos normativos. El tipo de delito, sea por ser abierto, sea por prescindir del resultado material, asumió evidente plano secundario, lo que causa patente desequilibrio la no observancia de los principios básicos del Derecho Penal.

Así las cosas, es difícil llegar a un consenso para la correcta aplicación de la legislación frente a ese delito, pues, es un delito de peligro abstracto, en el que protege un bien jurídico propio, que es la paz pública. Sin embargo, la legitimación para punirlo se da por el miedo de la sociedad frente a los riesgos. Ese miedo conlleva a una mayor dimensión de esa sensación de inseguridad, justificando ese tipo penal.

El tema es complejo, principalmente ante la progresión de violencia, fenómeno de los tiempos actuales. Tal vez la preocupación del jurista actual deba ser conciliar la defensa de la persona humana, en su más intransigente acepción desde el Iluminismo, con el endurecimiento del tratamiento penal, como mecanismo apropiado para la contención de la violencia. No se puede despreciar el incremento del riesgo a que se ve expuesta la sociedad actual. La violencia asume variadas formas y es en ese contexto que se verifica la anticipación de la tutela penal, como tentativa de contener el crimen en su momento inicial.

En los crímenes de objetividad difusa, el mecanismo de anticipación de tutela es reforzado por la creencia de que solo así es posible la efectiva protección del bien jurídico. Así que, lo que se combate es la diseminación del daño. La relación entre crimen y víctima determinada es sustituida por la victimización colectiva o inclusive indeterminada. La magnitud generada por la posibilidad de attingir innumerables víctimas requiere la máxima protección del bien hasta el límite en que no haya cualquier amenaza de riesgo.

Lo principal consiste en encontrar el punto de equilibrio, o sea, en descubrir a partir de que momento es legítima la actuación de tutela penal. Esta averiguación está directamente

relacionada a la clásica concepción del Derecho Penal como *ultima ratio* del sistema normativo.

### **2.1.2. La Ley 9034/95 que trata sobre el crimen organizado en Brasil.**

La ley que menciona el crimen organizado en Brasil no considera organización criminosa aquella que por sus características demuestre existencia de estructura criminal, operando de forma sistematizada, con actuación regional, nacional o mismo internacional. Además de no definir lo que sería el crimen organizado, no clasificó las conductas que podrían constituir criminalidad organizada ni reunió orientaciones para delimitar el tipo penal.

El legislador brasileño optó por equiparar las organizaciones criminales con las acciones resultantes de cuadrillas o bandos, como señala el texto literal:

Art. 1º de la Ley 9034/1995 – “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou associações criminosas de qualquer tipo”.

De esa manera, el concepto de crimen organizado comprende tres percepciones: a) la de cuadrilla o bando, que está tipificado en el Código Penal en el Art. 288, como expuesto anteriormente; b) las asociaciones criminosas, que están tipificadas en el ordenamiento jurídico en las Leyes 2889/1956, Art.2º y 11343/2006, Art. 35 (Ley que define y pune el crimen de genocidio y Ley de Drogas, respectivamente); c) las organizaciones criminosas, aunque no haya definición legal en la legislación vigente.

En primer lugar, no hace falta aclarar la confusión del legislador brasileño en tratar la materia. De hecho, se trata de un tipo genérico, que es el delito de siempre de cuadrilla o bando, que el legislador intentó adaptar a las nuevas formas delictivas en las que se exige una definición legal. No hay conformidad en la legislación, sobre todo en lo que refiere al número de personas a la hora de identificarlo como una asociación. En la Ley de genocidio (Ley nº 2889/56) se habla en la asociación de más de 3 (tres) personas, igualmente al previsto en el

Lorena Albuquerque

Art. 288 del CP, sin embargo, en la Ley de drogas (Ley nº 11 343/06), se exige nada más que 2 (dos) personas a fin de practicar los delitos prescritos en la ley, de forma reiterada o no.

Así que, el hecho de que la práctica de los delitos sea “reiterada o no”, aleja de la definición de asociación criminal, en el que es pacífico el carácter de estabilidad y permanencia, incluso para el delito de cuadrilla o bando, lo que se distingue del concurso de personas (Art. 29 del Código Penal brasileño).

La Ley nº 9034/1995 ha instituido los medios para la prevención y represión de los actos criminales cometidos por la delincuencia organizada. En tal sentido instituyó la “acción controlada” (Art. 2º, II, de la Ley nº 9034/95), en el que consiste en retrasar la intervención de las fuerzas de seguridad pública contra los actos delictivos cometidos por una organización criminal o relacionados con ella. El objetivo de ese procedimiento es seguir el desarrollo del acto delictivo promoviendo la intervención legal en el momento más eficaz. Así, por medio de la norma, el personal de las fuerzas de seguridad pública resulta exento de pena, porque su intervención se basa en una expresa previsión legislativa.

Cuanto al acceso a los datos, documentos e información fiscal, bancaria financiera y electoral (Art. 2º, III, de la Ley 9034/95) sólo puede obtenerse mediante una decisión judicial desde que se presente la posibilidad de violar el sigilo de informaciones garantizado por la Constitución (Art. 5º, XII). Tal prerrogativa ha sido muy criticada por la doctrina, al asimilarse a la figura del “juez inquisidor”, vetada en el sistema penal brasileño, en el cual opera en el modelo acusatorio<sup>113</sup>.

La “captación ambiental” y la figura del “agente encubierto” (Art. 2º, incisos IV y V, ambos aportados por la Ley 10213/2001 a la Ley 9034/95), articulan dos instrumentos más en la lucha contra la criminalidad organizada. La captación u interceptación ambiental de señales electromagnéticas, ópticas o acústicas ha sido realmente una ampliación a la Ley 9296/96<sup>114</sup>, que regula la interceptación de comunicaciones telefónicas de cualquier naturaleza, para

---

<sup>113</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada. A legislação brasileira em face do crime organizado. En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, n. 20, octubre/diciembre, 1997. p. 62.

<sup>114</sup> Ley que reglamenta el inciso XII, parte final, del Art. 5º de la Constitución Federal en que dice que: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Lorena Albuquerque

obtener prueba en la investigación criminal y en la instrucción procesal penal, por orden del juez y bajo secreto de justicia.

La posibilidad de infiltración por agentes de policía o de inteligencia en tareas de investigación, constituidas por órganos especializados pertinentes, solo es posible mediante autorización judicial y se mantiene en secreto hasta su término. Sin embargo, en el Derecho Penal brasileño, para constituir una prueba procesalmente legítima el agente encubierto no debe interferir en la práctica delictuosa objeto de investigación. En caso contrario, es configurada la llamada “preparación flagrante”<sup>115</sup>, rechazada como prueba legítima en el proceso penal brasileño. Por ello mismo, esa técnica de investigación es rechazada por una parte de la doctrina, e inclusive se prevé su supresión en el proyecto de ley 150/ 2006 que será expuesto a continuación.

La “delación premiada”, prevista en el Art. 6º de la Ley 9034/95, además de presentarse en diversas otras normas del ordenamiento<sup>116</sup> es regulado también en la ley de lucha contra el crimen organizado. En ese sentido, se prevé la reducción de la pena de uno a dos tercios para el agente que colabore espontáneamente permitiendo la identificación de los autores de crímenes cometidos por las organizaciones delictivas. La denuncia premiada no tenía valor probatorio absoluto por sí misma. Así que se logra la condición de prueba legítima sólo cuando se corrobora con otras pruebas constituidas de conformidad con el principio de contradicción.

La delación es una figura que encuentra muchos opositores sobre todo por ser un estímulo a la traición, aunque es muy útil a la hora de desvendar crímenes, demostrándose eficaz, no obstante sea necesaria cautela para que no se utilice banalmente, para el confort de

---

<sup>115</sup> EVAGELISTA DE JESUS, D. RAMAZZINI BECHARA, F. Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. En *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, 2005, n. 825, (octubre), disponible en la página <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>, acceso en 29/07/2009.

<sup>116</sup> Está previsto en el Art. 159, § 4º, del Código Penal Brasileño (que se trata de la extorsión mediante secuestro); en el Art. 8º, párrafo único de la Ley 8072/90 (Ley de Crímenes hediondos); en el Art. 16, párrafo único, de la Ley 8137/90 (Ley sobre crímenes contra el orden tributaria, económica y contra las relaciones de consumo); en el Art. 1º, § 5º, de la Ley 9613/98 (Ley de Blanqueo de Capitales); en el Art 41 de la Ley 11343/2006 (Ley de Drogas); en el Art. 14 de la Ley 9807/99 (Ley sobre el Programa de Protección a las Víctimas y Testigos) y en el Art. 25, § 2º, de la Ley 9080/95 (Ley de los Crímenes de Cuello Blanco)

Lorena Albuquerque  
las investigaciones. Es una herramienta muy importante y pragmática que viene ganando la simpatía del legislador para hacer frente a la lucha contra la criminalidad organizada.

### **2.1.3. El problema relativo al concepto de “crimen organizado” y “organizaciones criminales”.**

Como ya hemos dicho anteriormente, el concepto de crimen organizado es imprescindible, pues, decisivamente, es lo que va a influenciar las políticas públicas destinadas a su enfrentamiento. Es necesario saber qué comportamientos de la criminalidad organizada son consentidos como injustos y cómo tipificarlos.

Aquí reside el problema no solamente a nivel conceptual, sino que en el plan de la seguridad pública, una vez que el tema de la criminalidad organizada se presta a manipulaciones políticas y la introducción de normas legales represivas que pueden debilitar las libertades democráticas con la tipificación de cada vez más conductas y la punición cada vez más severa.

En el caso brasileño, el concepto de crimen organizado no se encuentra expreso en ninguna de las normas del ordenamiento jurídico. Para que la conceptualización sea aceptable a nivel de la dogmática, deberá estar en consonancia con las determinaciones correspondientes, difundidas en normas especiales y capaces de aplicación concreta por los operadores del derecho penal. No se trata de una categoría que proviene de una regulación normativa, sino que de un concepto eminentemente criminológico elaborado de *lege ferenda*<sup>117</sup>.

Un concepto de crimen organizado se puede considerar sobre la base de práctica delictiva cometida por los miembros o por la pertenencia del agente a una organización criminal sin la especificación de los crímenes que pueden ser cometidos. Además, se podría analizar una lista de delitos clasificables como crímenes organizados. Sin embargo, la clave para comprender y conceptuar el crimen organizado es el análisis de de sus componentes estructurales.

---

<sup>117</sup> TIGRE MAIA, Rodolfo. *O Estado desorganizado contra o crime organizado*. Anotações à Lei Federal nº 9034/95 (Organizações Criminosas). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 20.

Lorena Albuquerque

La Ley 9034/1995 no ha definido el concepto de crimen organizado, sino que lo ha clasificado como cualquier conducta delictiva cometida por “quadilha ou bando”, de forma más bien general. Con la entrada en vigor de la Ley 10217/2001, que modificó la Ley 9034/1995, el problema se tornó aún más complejo, una vez que ha modificado el Art. 1º y 2º, abarcando las acciones practicadas por “quadilha ou bando” o “organização ou associação para delinquir de qualquer tipo”, además de contemplar dos nuevos institutos investigativos: interceptación ambiental e infiltración policial.

La figura de “quadilha ou bando” ya esta regulada por la legislación brasileña, así como la “associação para delinquir”, prevista en las leyes especiales y dispersas en el ordenamiento jurídico brasileño. Sin embargo, el concepto de organización criminal aún no tiene definición específica. Así pues, no hay una precisión jurídica acerca de la definición de la “organización criminal”, siendo un concepto vago, totalmente abierto, en el que el legislador no ofreció siquiera una descripción típica mínima del fenómeno. Con ello, el dispositivo legal que trata del tema pasó a ser “letra muerta”, es decir, organización criminal, en el ordenamiento jurídico brasileño es un alma (enunciación abstracta) en busca de un cuerpo (de contenido normativo que atienda al principio de legalidad)<sup>118</sup>.

Sin embargo, en Brasil, se encuentra en proceso de aprobación en el Senado Federal, el proyecto de Ley nº 150 de 2006, en el que define qué sería crimen organizado. Teniendo en consideración lo aportado en la Convención de Palermo contra el Crimen Organizado Transnacional<sup>119</sup>, Brasil viene intentando armonizar su legislación. La convención buscó no solamente definir el crimen organizado, sino que también relacionó los delitos afectos a la criminalidad organizada, estableciendo normas para la cooperación internacional y previsiones legales para que sean adoptadas por los países.

Sin embargo, al ser introducida en el ordenamiento jurídico brasileño, aunque con fuerza de ley y de observancia obligatoria, el proyecto de Ley nº 150/2006 va en contra las

---

<sup>118</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado – Enfoques Criminológico, Jurídico (Lei 9034/1995) e Político-Criminal*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>119</sup> La Convención de Palermo y sus protocolos adicionales fue promulgada con el Decreto-Ley nº 5015 de marzo de 2004.

Lorena Albuquerque  
normas previstas en la Convención, a empezar por la definición de crimen organizado, inclusive con relación al número de personas y luego sobre los tipos de delitos cometidos por los que hacen parte de la organización, así como la alusión que se hace respecto a la imposibilidad de utilización de agentes infiltrados entre las técnicas especiales de investigación.

El proyecto de ley, a diferencia de la ley en vigencia, define el crimen organizado<sup>120</sup> y dispone sobre la investigación criminal, los medios de obtención de prueba, así como los crímenes correlativos y el procedimiento criminal a ser aplicado.

Mientras que el proyecto de ley define que la asociación criminosa debe ser estructurada, organizada jerárquicamente, con división de tareas, además de la estabilidad, la Convención de Palermo entiende que grupo estructurado es aquél no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, aunque no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

También contrapone a lo dicho en la convención la propuesta de que se asocien como mínimo 5 (personas) personas para integrar el grupo criminoso organizado, mientras el acuerdo internacional nos indica 3 (tres) o más personas. Además, el proyecto relaciona una lista taxativa de delitos sin los cuales la práctica del crimen organizado no sería enmarcada. Eso también contrasta lo dicho en la convención, pues ésta prevé que el crimen organizado se configura cuando se ocupa en la práctica de delitos con pena máxima igual o superior a 4 (cuatro) años, además de los delitos específicos de participación en la organización, blanqueo de capitales, corrupción y obstrucción a la justicia.

Eso porque hay un amplio espectro de modus operandi para que una organización criminosa pueda alcanzar sus objetivos y ejecutar sus designios. Frecuentemente se valen de

---

<sup>120</sup> Art. 2º Promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes: (...).



Lorena Albuquerque

la violencia, de fuerza intimidatoria, de maniobras fraudulentas, del tráfico de influencia o mismo de actos de corrupción, que es lo más usual.

En lo que se refiere a las técnicas de investigaciones especiales y los medios de obtención de pruebas, el proyecto no menciona la diligencia de infiltración policial, permitiendo solamente la acción controlada; la interceptación de comunicación telefónica y la interceptación ambiental; el acceso a los registros de comunicaciones telefónicas, datos, documentos e informaciones electorales, comerciales y de proveedores de Internet; la quiebra de sigilos financiero, bancario y fiscal y la colaboración premiada del investigado o acusado.

El proyecto justifica la supresión del instituto de la “infiltración policial”, prevista en el Art. 2º de la Ley 9034/95, actualmente vigente, por violar el juicio ético-legal del Estado Democrático de Derecho, considerándose inconcebible que el Estado, que es regido por los principios de moralidad y legalidad, permita que agentes de policía practiquen, como coautores o partícipes, actos criminosos, bajo el pretexto de obtención de pruebas. Sería corroborar con la organización criminal en la ejecución de sus tareas. Por eso el legislador optó por el rechazo de ese recurso, prefiriendo que el Estado, en el momento que identifique una organización, o la enfrente inmediatamente dominándola o de manera retardada, a través de la acción controlada.

Teniendo en consideración lo manifestado, se señala la confusión del legislador brasileño al momento de tipificar el delito y relacionarlo con las disposiciones internacionales. Es cierto que la convención tiene el gran objetivo de uniformizar las legislaciones para evitar la atipicidad de conductas en el caso del crimen organizado, en el que requiere una actuación especial de los Estados para combatirlo. Al contrario, sería inevitable el conflicto de reglas y conceptos por tratarse especialmente de crímenes transnacionales y de repercusión internacional.

Ante la difícil tarea de definir el crimen organizado, la propuesta del Senado brasileño diverge de otras iniciativas legislativas que eligieron el verbo “asociar” como núcleo del tipo penal del crimen organizado. Se consideró la amplitud del fenómeno delictivo, no restricto a la mera reunión, agregación o unión en sí misma de un determinado número de personas con finalidad de cometer ilícitos, sino que involucró acciones precedentes que proporciona el

Lorena Albuquerque  
mejor funcionamiento del crimen organizado, que es la promoción, la constitución, el financiamiento y la cooperación, además de la integración en la misma.

#### **2.1.4. Otras disposiciones legales contra el crimen organizado en Brasil.**

Disponemos de diversas normas para afrontar el problema de la criminalidad organizada que sirven para articular de forma más específica el problema de las acciones cometidas por organizaciones criminales.

En 1990, en Brasil, entró en vigencia la ley de los crímenes hediondos (Ley 8072/1990)<sup>121</sup>, en la que establece una serie de específicas medidas en relación con el tratamiento de diversos crímenes cometidos a menudo por las facciones el tráfico de drogas, terrorismo, etc., además de homicidios calificados, para darles una pena más agravada a esos crímenes considerados muy graves. Para estos delitos, se les niega la posibilidad de conceder diferentes beneficios como amnistía, la gracia, el indulto, la caución y la libertad provisional. También se les extiende el periodo de detención temporal para la investigación.

Para afrontar la criminalidad económica, se creó la Ley 9080/1995, ley sobre los delitos de cuello blanco, en la que protege el sistema financiero nacional, frecuentemente objeto de crímenes cometidos por las organizaciones criminales.

Así como también se publicó la Ley 9613/1998, la cual se ocupa del blanqueo de capitales, delito a que las organizaciones criminales suelen recurrir al momento de esconder sus ganancias con el crimen. A nivel de la represión, la ley tipifica el ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos y valores provenientes directa o indirectamente de los crímenes especificados en el Art. 1º de la ley, denominados crímenes antecedentes, aunque para que se tipifique el blanqueo no requiera

---

<sup>121</sup> En la creación de la Ley 8072 de 25 de julio de 1990, que dispone sobre los crímenes hediondos, se preveía el total cumplimiento de la pena en régimen cerrado, no habiendo cualquier posibilidad de beneficio para que saliera de la prisión, sin embargo, con la redacción alterada por la Ley 11.464 de 2007, en la que el régimen deja de ser integralmente cerrado, pasando a ser cumplida en régimen *inicialmente fechado* y aún admitiendo la progresión del régimen, que se dará tras el cumplimiento de 2/5 (dos quintos) de la pena, si el apenado es primario) y de 3/5 (tres quintos), si reincidente.

Lorena Albuquerque la condenación por el crimen determinante. Adicionalmente, proporciona un aumento de la pena de uno a dos tercios para la conducta cometida por organizaciones criminales.

Además de punir las conductas, su parte represiva, la Ley contra el blanqueo de capitales también creó mecanismos de prevención, como el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF), una unidad de inteligencia financiera, vinculada al Ministerio de la Hacienda que tiene como finalidad disciplinar, aplicar penas administrativas, recibir, examinar e identificar las ocurrencias sospechosas de actividades ilícitas relacionadas al blanqueo de capitales.

Con la internacionalización del crimen organizado, se percibe la necesidad de cambiar la forma de combatir esa criminalidad, pues ya no se trata de criminalidad individual, en el que cada uno es responsable personalmente por su conducta, sino que de una estructura organizada, una criminalidad tipo empresarial, en el que rápidamente uno puede ser sustituido por otros en la cadena de comando de la organización.

Por lo tanto, para sofocar las fuentes de recursos de esas organizaciones que se ve importante la ley de blanqueo de capitales. Las autoridades no tenían como identificar el origen de los recursos y fue necesario compeler a que los bancos, así como otras entidades obligadas (instituciones financieras, empresas de seguros, precedencia privada, el mercado de capitales, de factoring, empresas inmobiliarias, empresas que comercialicen bienes de alto valor, como joyas y metales preciosos, arte y antigüedades, etc.), a que fueran incluidos como ayudantes del Estado en esta lucha.

De forma, estableció la obligación de registro de “Comunicaciones de Operaciones Sospechosas” (COS) fijando límites objetivos para las transacciones financieras con el fin de evitar la utilización ilícita del sistema financiero nacional.

También para colaborar con la investigación de la delincuencia organizada, la Ley 9883/1999, estableció el Sistema Brasileño de Inteligencia (SISBIN), creando la Agencia Brasileña de de Inteligencia, estructuras esenciales para dar efectiva aplicación a las medidas adoptadas contra en crimen organizado, sobre todo, en lo que se refiere a los mecanismos de investigación de la Ley 9034/1995 (Ley contra el Crimen Organizado), a través de la

Lorena Albuquerque optimización de la transferencia de datos y su gestión que da gran aumento al uso de los instrumentos de represión señalados en la ley.

A parte de todas las leyes que instituyen mecanismos de investigación, prevención y tipificación de delitos para a efectiva lucha contra el crimen organizado, también se editó una ley en la que modifica el sistema de ejecución penal para los involucrados el en crimen organizado. La Ley 10792/2003, modificó la Ley 7210/1984 (Ley de Ejecución Penal – LEP), estableciendo el Régimen Disciplinar Diferenciado (RDD).

La introducción del Régimen Disciplinar Diferenciado en la legislación brasileña es una tendencia que puede ser determinada por el llamado “Derecho penal simbólico”, que, como bien dice CANCIO MELIÁ, “identifica un especial significado simbólico del proceso mismo de criminalización, es decir, la especial importancia dada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas”<sup>122</sup>.

Ese fundo político, que adviene de la necesidad de creación de una identidad social, se asocia al punitivismo exarcebado, concebido por la idea de que el aumento de la pena es la solución para se contener la criminalidad, generando de esa manera el endurecimiento de penas para las normas ya existentes o conllevando a la tipificación de nuevos delitos.

En el caso de la legislación brasileña, es lo que viene aconteciendo. Al someter a crítica la Ley 10792/2003, que altera la ley de ejecuciones penales brasileña (Ley 7210/84), incluyendo el RDD, la doctrina reacciona contrariamente, afirmando violar los derechos y garantías fundamentales.

Más que eso, el que se pretende demostrar son las raíces de esa legislación, configurándose un modelo de Derecho penal que no más condice con la punición de hechos, sino que esta en armonía con un Derecho penal de autor. Esa propensión dice respeto al modelo político criminal del normativismo funcionalista sistémico<sup>123</sup>, de donde afluye el Derecho Penal del enemigo.

---

<sup>122</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal del Enemigo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 109.

<sup>123</sup> En el normativismo funcionalista sistémico el fundamento de la pena es centrado en la norma, como proclama Jakobs “(...) no se puede considerar como misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es,

Lorena Albuquerque

Aludiendo a la alteración de la ley de ejecución penal, se busca desvendar los orígenes de la política criminal que nordea tal panorama de la legislación brasileña, aproximándole de las bases teóricas del Derecho penal del enemigo.

El régimen disciplinar diferenciado está previsto en el Art. 52 de la Ley de ejecución penal. Tal artículo prevé el aislamiento en cela individual, con visitas semanales de dos personas (a parte de niños) y salida para baño de sol de dos horas por día para aquellos presos, provisorios o definitivos, que tengan cometido falta grave o ocasionado subversión del orden o disciplina interna del presidio. Tal cautela tendrá duración máxima de 360 días, pudiendo repetirse la sanción por nueva falta grave de la misma especie, hasta el límite de un sexto de la pena.

El problema reside, sobre todo, en lo que se refiere a la previsión del RDD a los presos “que presenten altos riesgos para el orden y la seguridad del establecimiento penal o de la sociedad”, estando aún sujeto al régimen, “el preso provisorio o condenado bajo el cual recaigan fundadas sospechas de involucrimiento o participación, a cualquier título, en organizaciones criminosas, cuadrillas o bandos”.

El RDD ha sido objeto de constante crítica doctrinal y discusión jurisprudencial en referencia a su legitimidad en relación a su función rehabilitación para la hipótesis de una posible inconstitucionalidad. Así, parte de la doctrina sostiene que el RDD funciona solamente como un medio cruel que causa trastornos psiquiátricos y psicológicos al detenido.

La adopción de tal régimen sería un intento por parte del Gobierno de restablecer el control de las cárceles brasileñas, vulnerando los preceptos constitucionales y tratados internacionales. Es evidente que la situación en el sistema penitenciario brasileño es caótica y que la percepción del dolor prisión no encuentra razón de ser con respecto a su supuesta función de la recuperación y rehabilitación. Sin embargo, se debe considerar que tal tipo de

---

esto si, reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tales efectos, vigencia y reconocimiento. (...) Misión de la pena es la manutención de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una retorsión, que tiene lugar a coste del autor, frente al cuestionamiento de la norma”. (JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*. Parte General. 2. ed. Trad. De Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997).

Lorena Albuquerque castigo es el único aplicable para los delincuentes de elevada peligrosidad. Los dirigentes principales las facciones criminales en Brasil ("*Fernandinho Beira-Mar*", comandante del "*Comando Vermelho*" - Rio de Janeiro y "*Marcola*", comandante del – Primeiro Comando da Capital - São Paulo) actualmente están cumpliendo sus penas en el RDD.

Con referencia a los procesos de dichos condenados, la jurisprudencia ha expresado dudas respecto a la constitucionalidad de utilizar dicho sistema. Más concretamente, el líder del "*Comando Vermelho*" ha logrado en primera instancia una sentencia que declaró la inconstitucionalidad del RDD y decidía por lo tanto, su transferencia inmediata del régimen diferenciado. Sin embargo, tal decisión fue impugnada y anulada por unanimidad ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

De la misma manera se trasladó al líder de la organización criminal PCC. Sin embargo, Así como ocurrió en el proceso antes mencionado, en primera instancia, recientemente se publicó una sentencia que dispuso la inaplicación del RDD en su caso. Aquí, se pronunció el Ministro de Justicia brasileño que, sosteniendo la constitucionalidad del RDD, declaró que el Estado de São Paulo, impugnará dicha decisión ante los tribunales de grado superiores.

Así, la doctrina dominante rechaza el instituto, declarando como de carácter deshumano el aislamiento en sí, además de afirmar su contrariedad a la Constitución Federal de 1988<sup>124</sup>, en que se afirma, aún, su ofensa al principio de presunción de inocencia, al admitir el régimen para presos provisorios, o sea, que aún no fue constatada su culpabilidad. No obstante, se supone también su ofensa al principio de legalidad, al someter al régimen personas que participen de organizaciones criminosas, sin al menos tener claro lo que sería una organización criminal.

En tal sentido, aunque el Derecho penal brasileño tenga vigencia el Derecho penal del hecho, ante los cambios y la configuración de la criminalidad de cada época, se van integrando, en cierta medida, influencias del Derecho penal de autor.

---

<sup>124</sup> En Brasil, no se podrá instituir penas crueles (Art. 5º, XLVII, "e", CF/88), teniendo que respetar la integridad física y moral del ser humano (Art. 5º, XLIX, CF/88), siendo prohibido, aún, el sometimiento a tratamiento deshumano o degradante (Art. 5º, III, CF/88).

Lorena Albuquerque

Lo cierto es que muchas leyes dictadas en la lucha contra el crimen organizado son criticadas principalmente por la no observancia de los derechos y garantías fundamentales, en el que se adopta medidas teniendo como base el grado de peligrosidad del agente, llegándose a punirles por su personalidad. Eso conlleva a un retroceso excesivo de la punición de ciertos comportamientos.

Sin embargo, como veremos en seguida, la Ley 10.792/2003 fue inserida con el intuito de mitigar la criminalidad y se trata de una providencia enérgica en ese sentido. Se puede, inclusive, afirmar que se trata de un “mal necesario”, pues, de la misma manera que puede ser interpretada en el sentido de violar los derechos y garantías fundamentales, también se puede justificar como la forma más eficaz de se ablandar el crimen organizado, pues la medida consiste en aislar los presos a fin de romper el contacto de las organizaciones criminosas con éstos.

Así las cosas, de acuerdo con el caso concreto, el instituto puede tener dos aspectos, cuales sean: el RDD "punitivo" (Art. 52, caput e incisos, de la ley 7.210/84) y el RDD "cautelar" (Art. 52, párrafos 1º e 2º, del referido diploma legal).

Los fundamentos para ordenación del RDD pueden consistir: (1) en la práctica de falta grave (Cfr. Arts. 50, I a VI, de la ley 7.210/84), debidamente comprobada en procedimiento propio, con observancia de amplia defensa, (2) en la existencia de fundado riesgo para el orden y seguridad del establecimiento penal o de la sociedad o, aún, (3) en la fundada sospecha de involucrimiento o participación del custodiado, a cualquier título, en organizaciones criminosas, cuadrilla o bando, siendo que esas dos últimas hipótesis se encuentran previstas en los párrafos del Art. 52 de la ley 7.210/84<sup>125</sup>.

Aunque la mayoría de la doctrina considere el RDD como una medida exclusivamente sancionatoria, limitándose al acometimiento de faltas graves<sup>126</sup>, no se puede descartar la

---

<sup>125</sup> MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas...Op.Cit.

<sup>126</sup> Ello se debe al encuadramiento normativo en que se encuentra el RDD, inserido en el Capítulo IV “Dos deveres, dos direitos e da disciplina”, Seção III “Da disciplina” e Subseções II e III, “Das faltas disciplinares” e “Das sanções e recompensas”, respectivamente, de la Ley de Ejecución penal brasileña.

Lorena Albuquerque

posibilidad de empleo del RDD como función cautelar, prevista claramente en los párrafos 1º y 2º del Art. 52 de la ley de ejecución penal.

No se puede afirmar que no se trata de un instrumento previsto legalmente, configurándose en verdadera medida cautelar típica. En verdad, no se puede aceptar que en medio a la desenfrenada globalización vivenciada actualmente, resultando en fértiles expresiones del crimen organizado, venga a se pregar la exhaustividad del rol de providencias cautelares relacionadas en el vetusto código de proceso penal de 1941<sup>127</sup>. Es cierto que el Estado debe utilizar medidas aptas para impedir la propagación de conductas que favorecen el crimen organizado y afectan, sobre todo, el orden público.

En ese caso, el RDD es asociado al Derecho penal del enemigo porque se identifica por el mayor rigor en la ejecución, prescindiendo de garantías inherentes al ser humano. O sea, busca punir el preso por la mera sospecha, priorizando la seguridad a la libertad<sup>128</sup>. Por otro lado, también se puede afirmar que el RDD no es un retroceso inconstitucional, pues así sería si se admitiese que el Poder Público se curvara o quedara inerte ante vehemente provocaciones y amenazas de desequilibrio.

## **2.2. España.**

### **2.2.1. El delito del Art. 515 del Derecho español.**

El delito de asociación ilícita para delinquir dentro del Código Penal Español, sistemáticamente se encuentra ubicado entre el catálogo de delitos que protegen el “Correcto ejercicio de Derechos fundamentales y libertades públicas”.

Se incluye en Sección 1ª, Capítulo II, Título I de la Constitución Española, una tutela jurídico-penal de los derechos fundamentales y libertades públicas. En algunos supuestos se protegen actos de lesión de estos derechos y libertades y en otros se castiga el exceso en el

---

<sup>127</sup> MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas...Op. Cit.

<sup>128</sup> DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006.



Lorena Albuquerque

ejercicio de los mismos, marcándose así límites a tales derechos y libertades, como sucede específicamente en el caso de la asociación para delinquir.

La asociación para delinquir se encuentra prevista en el Art. 515.1 del Código Penal Español relativo a las asociaciones “que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada”.

También se puede encuadrar las organizaciones criminales en una forma más agravada, que es la relativa a las “bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas”, prevista en el Art 515.2, en que castiga más gravemente los que promueven, dirigen o mismo integran las citadas organizaciones (Art. 516, del CP Español). Estas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas son las más castigadas, a diferencia de las restantes, en las que se castigan en el Art. 517 las conductas de pertenencia activa y dirección y en el Art 518 las conductas de favorecimiento a la fundación, organización o actividad de las asociaciones, ambos con referencia a los números 1, 3, 4 y 5 del Art. 515 del Código Penal Español.

Aún se castigan también las conductas de provocación, conspiración y proposición para cometer el delito de asociación ilícita (Art. 519 del CP Español), aunque con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda a los hechos previstos en los artículos anteriores.

La conspiración, proposición y provocación son figuras que sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en Ley<sup>129</sup>. Y, aunque legalmente no haya un concepto de asociación ilícita, “la distinción entre la conspiración y la asociación ilícita en nuestro

---

<sup>129</sup> Previsto en los artículos 17 y 18 del Código Penal Español en el que se constata que “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” (Art. 17.1) y “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo” (Art. 17.2). Cuánto a la provocación, prevista en el Art 18, esta “existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”. Sin embargo, la apología, que sólo será delictiva como forma de provocación y si constituye una incitación directa a cometer delitos, a los efectos del Código Penal Español, es “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

Lorena Albuquerque

Derecho suele establecerse en atención al carácter coyuntural de la primera frente a la continuidad y el carácter organizativo de la segunda”<sup>130</sup>.

El concepto ha sido elaborado por la doctrina y la jurisprudencia y, aunque haya elementos comunes entre la asociación ilícita y la banda o cuadrilla de malhechores o la conspiración, como la pluralidad de personas y la finalidad de cometer ilícitos penales, el factor “organización” es lo que distingue la asociación ilícita de estos fenómenos, pues no es suficiente la presencia de una pluralidad de personas en la fase preparatoria o ejecutiva del delito para que pueda hablarse de asociación ilícita<sup>131</sup>.

Con relación al Art. 520, se prevé las consecuencias accesorias del delito. Además de prever la disolución de la asociación ilícita, también prevé la imposición de cualquier otra consecuencia accesoria del Art 129 del CP Español, eso cuando la asociación ilícita tenga personalidad jurídica.

Con relación al Art. 521, éste contempla un tipo agravado del delito para la hipótesis en que el reo fuera autoridad pública, agente de la misma o funcionario público, señalando para este, accesoriamente, la pena de inhabilitación absoluta de diez a quince años.

### **2.2.2. Cualificaciones de determinados delitos cuando son cometidos por una organización.**

Además de tener un delito autónomo de asociación ilícita, también se puede castigar ese tipo de delitos mediante la agravación de la responsabilidad penal derivada de la comisión de los delitos fines en el marco de una asociación criminal.

En el Código Penal Español, está previsto como agravante de los delitos de tráfico de drogas (Art. 369.1 2º y 3º y Art. 370 2º)<sup>132</sup>; tráfico de precursores (Art. 371.2)<sup>133</sup>; de blanqueo

---

<sup>130</sup> SANCHEZ GARCÍA, Isabel. *La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 118.

<sup>131</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Bosh, 1977. p. 237.

<sup>132</sup> Incluso en carácter transitorio que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional; si el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vez facilitada por la comisión del delito; y si se trata de jefes, administradores o encargados de las mencionadas organizaciones.

Lorena Albuquerque de capitales (Art. 302); delitos de prostitución y corrupción de menores (Art. 187.3 y 189.2)<sup>134</sup>; tráfico ilegal de personas (Art. 318 bis. 5)<sup>135</sup>; depósito de armas, municiones y explosivos (Art. 569); y el terrorismo (Art. 571 y siguientes).

### **2.2.3. Otras disposiciones legales contra el crimen organizado en España.**

Con la finalidad de persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada, motivo de preocupación para todas las naciones, en España también ha sido, en los últimos años, materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos en los que se adoptan las medidas necesarias, incluidas de orden legislativo y administrativo, para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de esa criminalidad.

En el caso del terrorismo, la legislación española<sup>136</sup> está conforme con la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo sobre lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002<sup>137</sup>, en que se fijan, entre otras cosas, criterios comunes sobre la definición y castigo de “delitos de terrorismo y derechos y principios fundamentales”, “delitos relativos a un grupo terrorista” y “delitos ligados a las actividades terroristas”, además de invitar a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para sancionar penalmente todas las formas de financiación de las actividades de un grupo terrorista.

---

<sup>133</sup> La pena es agravada aún más cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

<sup>134</sup> Incluso en carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

<sup>135</sup> También incluso en carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.

<sup>136</sup> No define terrorismo, pero identifica los delitos de terrorismo en los siguientes términos: “Art. 571. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”.

<sup>137</sup> En su Art. 1 relaciona una serie de delitos graves (contra la vida, la integridad, libertad,...) definiendo lo que se entiende por delitos de terrorismo, siempre que puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con fines de: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Lorena Albuquerque

En 2004, tras los atentados del 11 de marzo en Madrid, se aprobó por el Consejo de Europa la “Declaración sobre la lucha contra el terrorismo”, culminando en el “Plan de acción revisado de lucha contra el terrorismo”, en junio de 2004, en que se exige la firma y ratificación por los Estados miembros de los convenios internacionales contra el terrorismo, así como las recomendaciones de la OCDE para luchar contra el terrorismo, además de recomendar también al Consejo de Europa la implementación de instrumentos jurídicos nuevos que persigan con mayor eficacia la captación y distribución de fondos para financiar las actividades terroristas.

Antes de 2004, el GAFI ya había elaborado algunas “recomendaciones especiales sobre financiación del terrorismo”, en 2001, y “congelación de fondos terroristas”, en 2003. Se recomienda la tipificación como delito de la financiación al terrorismo, así como su inclusión como delito previo posible de generar bienes dispuestos a ser blanqueado.

La legislación antiterrorista en España tiene antecedentes aún en el siglo XIX, en 1894 y 1896, caracterizando los delitos de terrorismo como delitos cometidos con explosivos y apuntando a la ideología política como elemento subyacente, respectivamente.

En diciembre de 1984 se crea la Ley Orgánica 9/1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del Art. 55.2 de la Constitución, la que por primera vez, en el Estado Constitucional, contiene una regulación jurídica material y procesal completa frente a la delincuencia terrorista<sup>138</sup>. Supone una compilación de normas penales, procesales y restrictivas de derechos fundamentales que se encontraban dispersas, que tienen como eje la represión de los delitos cometidos por ciudadanos integrados en bandas armadas o relacionados con actividades terroristas o rebeldes, consistiendo en el instrumento legal que ordena la actividad policial y judicial del Estado para luchar contra el terrorismo.

Los puntos más controvertidos de la ley fueron: la posibilidad de extender a 10 días el período de duración de la detención policial; la discrecionalidad que se concede a los tribunales para que, cuando condenen a un dirigente o un miembro activo de una organización

---

<sup>138</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *La Organización Criminal. Tratamiento Penal y Procesal*. Emilio Moreno y Bravo (Coord.). Madrid: Dykinson, 2000. p. 37.

Lorena Albuquerque política o asociación sindical o cultural, puedan ordenar la ilicitud, la disolución o clausura de los citados grupos; la realización de detenciones y registros domiciliarios y la práctica de observaciones postales, telefónicas o telegráficas por mandato directo de las autoridades gubernativas; la disponibilidad legal que se le otorga al juez central para clausurar provisionalmente un medio de difusión e incluso ocupar el medio, y la suspensión automática en el ejercicio de sus funciones de los cargos públicos que fueren procesados por delitos comprendidos en la ley.

No obstante, la Ley 9/1984 fue derogada por la Ley Orgánica 3/1988, en que dio nueva redacción a la regulación penal sustantiva, hasta que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, instituye el nuevo Código Penal, siendo reformada posteriormente por la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio de 1998, en que el objeto se limita a complementar las regulaciones ya vigentes, haciendo más clara y efectiva la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, en los casos en que se ven amenazados por la actuación de los grupos violentos o las personas de su entorno.

De esa manera, se han introducido cuatro innovaciones, cuales sean: la incorporación (Art.514.4), de un precepto que sancione específicamente la celebración de actos que impidan o perturben gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita; la introducción (Art. 514.5) de un precepto específico que tipifique la convocatoria y la celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas, siempre que en ellas concurren finalidades que coincidan con las que son propias de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la ampliación del ámbito de personas protegidas frente a las amenazas terroristas (Art. 170), que pasa a convertirse en el apartado primero de este artículo, en que establece una punición específica para las amenazas que se dirigen “a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, o a un amplio grupo de personas”, y tuvieran la gravedad suficiente para ello; y la creación de un segundo apartado (Art. 170.2)<sup>139</sup>, en el que se sanciona el reclamo público de acciones violentas por parte de bandas

---

<sup>139</sup> Nueva redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que también modifica el Código Penal de 1995, en que sustituye la desaparecida pena de arresto de fin de semana. Lo que antes era castigado con una pena de arresto de siete a dieciocho fines de semana, o multa de seis a doce meses, ahora se castiga con pena de prisión de seis meses a dos años.

Lorena Albuquerque  
armadas, organizaciones o grupos terroristas, y con el que se pretende cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas y la apología, que en el Código de 1995 sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico.

El artículo 55.2 de la Constitución, que sirve de precepto habilitante para que el legislador estatal pueda entrar a restringir los derechos fundamentales en casos relacionados con elementos terroristas, habla que podrán suspenderse de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario los derechos recogidos en los artículos 17.2 (derecho de los ciudadanos a que la duración máxima de la detención policial dure 72 horas), 18.2 (derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo resolución judicial o flagrante delito) y 18.3 (derecho al secreto de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, salvo resolución judicial); pero los derechos afectados por la legislación terrorista, además de estos, los contemplados en los artículos 20 (libertad de opinión y el derecho a la información), 21 (derecho de reunión), 22 (derecho de asociación), 23 (derecho a acceder a un cargo público), 24 (tutela efectiva de los tribunales) y 14 (principio de igualdad y derecho a la no discriminación).

También hubo otras leyes de lucha contra el terrorismo, como la Ley Orgánica 1/92, de febrero de 1992 de protección de la seguridad ciudadana y la polémica política penitenciaria en la que aumentó la pena máxima para los terroristas de 30 a 40 años, con la Ley Orgánica 7/2003. Otra medida tomada contra el terrorismo fue la “política de dispersión carcelaria”, manteniendo los presos de ETA en centros alejados de sus domicilios. Además, a los condenados por terrorismo, no se les permite ciertos beneficios penitenciarios, buscando el cumplimiento íntegro de la condena en prisión.

Además de no concederles adelantamiento de libertad condicional, ya ingresan en primer grado penitenciario, limitando más su libertad. Lo que también dificulta la concesión de beneficios penitenciarios es que se calcula por la pena total impuesta y no del máximo de años de cumplimiento, lo que prácticamente anula los beneficios.

También otra medida de seguridad que se está intentando introducir en la legislación española es la prevista en el anteproyecto de reforma del Código Penal Español, aprobado en el Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, que añade al artículo 39 del Código

Lorena Albuquerque Penal la letra “k) la libertad vigilada” como una pena restrictiva de derechos, que consiste en una pena de carácter accesorio, radicando en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o de algunas de las obligaciones designadas, que el juez determine en la fase de ejecución, empezando a ser computada a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Es decir, sería una pena sucesiva después del cumplimiento de la pena, en el que el juez podrá decretar hasta veinte años de libertad vigilada, pudiendo, incluso, acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y el seguimiento del reo. Se identifica, perfectamente, con los delincuentes incorregibles de la clasificación dada por Von Liszt<sup>140</sup>, en que la sociedad ha que protegerse frente a estos sujetos, inocuizándolos.

En el caso del tipo agravado de tráfico de drogas, previsto en el Art. 369.1, 2ª y 3ª, se impondrán pena superior en grado y multa del tanto al cuádruplo, cuando el culpable perteneciere o participare en una organización criminal, incluso de carácter transitorio. Estas agravaciones están tomadas de la Convención de Viena de 1988 (Art. 3.5.b).

El hecho de que sea incluso de carácter transitorio, cambia el sentido hasta ahora adquirido de organización criminal, al cual requiere una cierta permanencia y estabilidad. Por ello, es extremadamente necesario tener bien claro el concepto de organización. Así que una sentencia del Tribunal Supremo (STS de 19 de enero de 1995) nos aclara que se requiere “que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando, al mismo tiempo, el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado naturalmente por las características del plan delictivo. Lo decisivo es,

---

<sup>140</sup> VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho Penal*. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Traducción de Carlos Pérez del Valle. Granada: Ed. Comares, 1995. p. 83.

Lorena Albuquerque precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una “empresa criminal”.

De esa forma, se hace necesario esclarecer estos problemas de interpretación que son suscitados a la hora de agravar el tipo penal cuando se comete delitos con respaldo de una organización, teniendo en vista que se requiere una agravación por el plus de peligrosidad de una estructura organizativa, justificando una mayor penalización.

Cuanto al delito de Blanqueo de Capitales, previsto en el Art. 301, España bien en 1995, con la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, amplía la penalización del blanqueo de capitales de procedencia de cualquier delito grave<sup>141</sup>. En 2003, con la LO 15/2003, de 25 de noviembre, los delitos previos ya no se limitan a los graves, sino a cualquier delito.

En diciembre de 1993, se aprobó la Ley 19/1993, dando el concepto de blanqueo de capitales<sup>142</sup> y estableciendo determinadas medidas de prevención, regulando las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de la actividad económica, siguiendo normativa de la Unión Europea en la Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero contra el blanqueo de capitales, posteriormente modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en la que amplía el concepto de blanqueo de capitales no solamente

---

<sup>141</sup> Anteriormente, antes mismo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de diciembre de 1988, se introdujo en el Código Penal anterior, por la Ley Orgánica 1/1988 de marzo de 1988, que reforma el Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, el blanqueo de capitales procedente del narcotráfico. Sin embargo, la adaptación plena a las previsiones de la Convención se logra unos años más tarde con la aprobación de la Ley Orgánica 8/1992 de diciembre de 1992, en que modifica en Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de drogas. Cfr. SANCHEZ GARCÍA, Isabel. *La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 156.

<sup>142</sup> A los efectos de la Ley 19/1993, artículo 1.2, se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión, o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el artículo 1.1 o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a las persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aún cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado.



Lorena Albuquerque para los precedentes de un delito relativo a los estupefacientes, sino a los delitos que definen como graves, objetivo ya logrado por España desde 95.

Tras ello, la Ley 19/1993 ya fue alterada por la Ley 44/2002<sup>143</sup>, la Ley 12/2003<sup>144</sup>, la Ley 19/2003<sup>145</sup>, la Ley 36/2006<sup>146</sup> y la Ley 2/2009<sup>147</sup>. La última modificación en la legislación española cuanto al tema terrorismo fue por la Ley 12/2003 de 25 de noviembre, la cual crea la “Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo” con atribuciones para poder bloquear saldos y movimientos financieros de personas concretas<sup>148</sup>. La Ley 19/2003, al modificar el Art. 1, apartado 1 de la Ley 19/1993, complementa el tipo penal de blanqueo, imponiendo a las entidades financieras y a otros sujetos obligados administrativamente de informar y colaborar con el fin de prevenir y dificultar el blanqueo de capitales proveniente de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a 3 años, que antes no había límite, era cualquier delito.

La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias tiene sus antecedentes en el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control e Cambios, creado por el Real Decreto 2391/1980, de 10 de octubre, como órgano de trabajo de dicha Comisión adscrito al Banco de España, cuyas funciones eran la investigación de las contravenciones al régimen jurídico de control de cambios (delitos monetarios e infracciones administrativas) y el apoyo a las Autoridades Judiciales y Administrativas.

---

<sup>143</sup> Modifica el Art. 16, apartado 2, instituyendo medidas de reformas del sistema financiero.

<sup>144</sup> Añade el Art.15, apartado 2.g, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

<sup>145</sup> Modifica el Art. 1, apartado 1, el Art. 2, apartado 2, Art. 3, apartados 1, 2, 4 y 7; Art. 5, apartado 2; Art. 12; Art. 13, apartado 1; Art. 16, apartado 1 y Disposición Adicional Segunda. Además, añadió el Art. 2, apartados 3 y 4; Art. 3, apartado 9 y Art. 8, apartado 3. Tal Ley dispone sobre el régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

<sup>146</sup> Modifica el Art. 2, apartado 1, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

<sup>147</sup> Modifica el Art. 2, apartado 2.c, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

<sup>148</sup> El GAFI ha elaborado (aprobado en 31-10-2001, en Washinton) unas “recomendaciones especiales sobre financiación del terrorismo” para intentar cortar sus fuentes de financiación, recomendando tipificar penalmente la financiación del terrorismo y incluirlo entre los delitos previos idóneos para generar bienes susceptibles de ser blanqueados.

Lorena Albuquerque

La Ley 19/2003, aprobada por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, amplió las competencias de la Comisión de Vigilancia a la prevención del blanqueo de capitales, pasando a denominarse “Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias”, en la que cuenta con dos órganos de apoyo: la Secretaría y el Servicio Ejecutivo (SEPBLAC).

El SEPBLAC es la Unidad de Inteligencia Financiera española y constituye uno de los órganos de apoyo de la Comisión. Al Servicio Ejecutivo le corresponde las funciones establecidas en el apartado 2 del Art. 15 de la Ley 19/2003, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo y en el Art. 12 de la Ley 19/2003 sobre el régimen jurídico de los movimientos de los capitales y de las transacciones económicas con el exterior.

Entre sus funciones están básicamente: prestar auxilio a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos administrativos competentes; elevar a dichos órganos e instituciones aquellas actuaciones de las que se deriven indicios racionales de delito o, en su caso, infracción administrativa; recibir las comunicaciones e informaciones que están obligados, en cuanto a hechos y operaciones respecto a los que exista indicio o certeza de que están relacionados con el blanqueo de capitales, comunicadas por iniciativa de éstos o a requerimiento del Servicio Ejecutivo; analizar la información recibida y darle el cauce que en cada caso proceda; ejecutar las órdenes y seguir las orientaciones dictadas por la Comisión, así como elevarle los informes que solicite; supervisar la idoneidad de los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación establecidos por los sujetos obligados en materia de prevención del blanqueo de capitales y proponer, en su caso, las medidas correctoras correspondientes; prestar la asistencia necesaria a la comisión de vigilancia de actividades de financiación del terrorismo para el adecuado ejercicio y desarrollo de sus funciones, ejecutar sus órdenes y orientaciones y velar por la aplicación de lo dispuesto en la ley reguladora de dicha comisión de acuerdo con las instrucciones que reciba de ella, etc.

Con relación al tráfico de estupefacientes, el CP Español, en su Art. 368, ya antes de la Decisión Marco 2004/757/JAI relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los

Lorena Albuquerque  
elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, de octubre de 2004, disponía sobre la tipificación como delitos las conductas descritas en el Art. 2.1 de la Decisión Marco.

Como organismos con competencias para luchar contra el crimen organizado tenemos en España las unidades de drogas y crimen organizado (UDYCO), que se crean en el seno del Cuerpo Nacional de Policía en enero de 1997. En enero de 2005, se crea por el Ministerio de Interior el Grupo de Respuesta Especial contra el Crimen Organizado (GRECO). Así que España viene tratando el tema del crimen organizado con rigor, a través del Ministerio del Interior, destacando dentro de él diversas unidades con cometidos específicos en la materia.

Con relación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, vino a modificar en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Tales cambios son justificables a partir de la alarmante dimensión y del *modus operandi* con que actúa el crimen organizado, obligando los gobiernos a poner instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas.

Se introduce en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permiten a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas para culparles y proceder a la detención de sus autores.

Así, la entrega vigilada, prevista en el Art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluido por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, en que modificó el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fue extendida también a otras formas de criminalidad (antes estaba referida exclusivamente al delito de tráfico de drogas).

También se añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Art. 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada delincuencia organizada. Se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, con lo que se completa el

Lorena Albuquerque  
régimen de protección que preveía la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, respecto a peritos y testigos de causas criminales.

Se faculta al agente encubierto, bajo estricto control judicial y fiscal, medios complementarios de investigación, que deben ser utilizados en la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada, definida en el apartado 4 del Art. 282 bis de la LECrim como la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: delito de secuestro de personas (Arts. 164 a 166 del CP); delitos relativos a la prostitución (Arts. 187 a 189 CP); delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del CP); delitos contra los derechos de los trabajadores (Arts. 312 y 313 del CP); delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada (Arts. 332 y 334 del CP); delitos de tráfico de material nuclear y radioactivo (Arts. 345 del CP); delitos contra la salud pública (Arts. 368 a 373 del CP); delitos de falsificación de moneda (Art. 386 del CP); delitos de tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos (Arts. 566 a 568 del CP); delitos de terrorismo (Arts. 571 a 578 del CP); y delitos contra el patrimonio histórico (Art. 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Tales modificaciones son introducidas con el objetivo de descubrir la verdad real y la aplicación de la ley penal en el caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado. Por lo tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe preponderar sobre los principios, una vez que ellos constituyen el verdadero fundamento de la democracia.

Lorena Albuquerque

### **CAPÍTULO 3. LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA: MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

---

#### **3.1. La perceptible tensión en las legislaciones penales.**

Cotejando la referida doctrina de nuestro ordenamiento jurídico en vigor, se percibe que los mecanismos adoptados por el tradicional Derecho Penal parecen adherir, cada vez más, a los nuevos mecanismos de control de la masa carcelaria y, principalmente, de la acción de los individuos peligrosos, los *enemigos*. A pesar del Derecho Penal punir solamente los “hechos”, discretamente son implementados diversos tratamientos diferenciados, basados en criterios vagos y subjetivos, que acaban analizando nada más que la persona del delincuente.

La cuestión se resume en los desafíos que la ciencia jurídico penal tiene y debería desarrollar, asumiendo estos desafíos<sup>149</sup>. Así que se indaga respecto a cuáles son los desafíos jurídico penales y cómo el Derecho Penal debería asumirlos. KUHLEN<sup>150</sup> los enumera como: la progresiva ampliación de la protección jurídico-penal a bienes universales difíciles de precisar; el adelantamiento del Derecho material a través de delitos de peligro abstracto; el debilitamiento de la imputación individual a través de la responsabilidad por conductas relacionadas con organizaciones o incluso por exigencia de responsabilidad a la organización; la flexibilización de las consecuencias jurídico-penales; la ampliación de la competencia de enjuiciamiento por parte de la autoridad policial, con la consiguiente pérdida de delimitación con el Derecho de policía; y la flexibilización también del procedimiento judicial a través de la merma del principio de legalidad, la progresiva importancia de los acuerdos entre las partes en el proceso y la disminución de las formalidades del mismo.

---

<sup>149</sup> HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias de su tiempo. En *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 21 y ss.

<sup>150</sup> KUHLEN, Lothar. La autocomprensión de la Ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo. En *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 68-69.

Lorena Albuquerque

Respecto a cómo el Derecho Penal debería asumir tales problemáticas de la modernidad, KUHLEN contesta con el análisis de la teoría crítica del moderno Derecho Penal, infiriendo su hipótesis fundamental de que se tendría que analizar el desarrollo actual del Derecho Penal, sino que también tomar una postura con la exigencia del compromiso práctico.

Así, es mucho más conveniente una mayor moderación de la Ciencia jurídico-penal, ya que el cómo se tome partido ante los desafíos jurídico-penales del momento depende fundamentalmente de valoraciones, y no hay ninguna razón que fundamente la hipótesis de que los penalistas valoren “más correctamente” o “mejor” que los políticos que hacen el Derecho o los ciudadanos sin formación jurídica<sup>151</sup>.

Con la globalización, sucede un aumento de los tipos penales, surgiendo nuevos delitos en consecuencia de los riesgos posmodernos y expandiendo el Derecho Penal. Sin embargo, tratándose de delitos socioeconómicos, se busca imponer penas más brandas y, incluso, se enfatiza acuerdos en el ámbito del proceso penal, donde las penas privativas de libertad son sustituidas por penas alternativas, como restrictivas de derecho y multa. Todo ese cambio es consecuencia de la administrativización del Derecho Penal, en que se pune conductas que podrían ser resueltas de una forma menos invasiva, sin embargo, a fin de prevenir con más vehemencia los riesgos efectivamente creados, interviene el Derecho Penal.

ROXIN prevé el fin de la pena privativa de libertad y su sustitución por penas alternativas, pues con el aumento de la criminalidad y de los dispositivos penales se llegará a un punto en que será inviable, económica y políticamente, para el Estado mantenerla. Argumenta el autor que en los últimos años Alemania tiene aumentado considerablemente la aplicación de la pena de multa en lugar de la de prisión, pues el Estado demuestra su

---

<sup>151</sup> KUHLEN, Lothar. La autocomprensión de la Ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo. En *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 74.

Lorena Albuquerque

reprobación a los crímenes no por la intensidad de la sanción, sino que por la simple prevención<sup>152</sup>.

Sin embargo, al contrario de lo que propone ROXIN, la designación al Derecho Penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de los avances tecnológicos dar por cierta la tendencia general dirigida a la expansión. También se verifica que, con el apareamiento de estos nuevos delitos y los nuevos ámbitos, el Derecho Penal tiene que admitir una cierta gradualidad de la vigencia de los principios de garantía en el propio seno del Derecho Penal, en función del concreto modelo sancionador que este acabe asumiendo.

Como menciona SILVA SÁNCHEZ<sup>153</sup>, no todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, no en todo el sistema jurídico del Derecho sancionador tiene porque haber las mismas garantías; ni siquiera en todo el sistema sancionador tiene porque exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas.

De hecho, no hay como haber una identidad de garantías para los más diversos delitos y sanciones. Es decir, a un delito punido con pena privativa de libertad es imprescindible que se estime más garantías que los delitos punidos con penas restrictivas de derecho o pena pecuniaria. De esa manera, SILVA SÁNCHEZ<sup>154</sup> propone, entonces, que no habría ninguna dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho Penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no sean privativas de libertad. Pues, aún así, la opción político-jurídica sigue teniendo, con efecto, ventajas relevantes, no vinculadas necesariamente a la dureza fáctica de la sanción.

Otro problema establecido es que, con la evolución de la legislación penal, el principio de intervención penal es uno de los más seriamente comprometidos, pues, por un lado, procede a la despenalización en las infracciones de bagatela, mientras por otro lado camina rumbo a una clara aplicación de la intervención penal en todo lo que podemos

---

<sup>152</sup> ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? Doutrina Penal - primeira seção. *Revista dos Tribunais*. n. 790. ago. 2001, ano 90, p. 468-9.

<sup>153</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 116.

<sup>154</sup> Op cit. p. 120.

Lorena Albuquerque  
cualificar de nuevos ámbitos, como Derecho Penal económico, Derecho del consumidor, Derecho ambiental, etc.

Como menciona MENDOZA BUERGO<sup>155</sup>, respeto las pautas que tiene que seguir el legislador para decidir la extensión de la tutela penal y la determinada forma de conducta, la intervención punitiva debe reducirse al mínimo imprescindible, al estrictamente necesario en términos de consecución del fin de prevención de los ataques más graves con el menor coste individual y social posible; además, afirma que el Derecho Penal no es uno más de los instrumentos de control, sino que por las consecuencias que su aplicación tiene para los individuos y para la sociedad posee un carácter especialmente problemático que obliga, por lo tanto, a mantener ciertas garantías.

Estas garantías no deben solamente estar presentes en el Derecho Penal tradicional, sino que esta exigencia debe estar presente, especialmente, en la nueva regulación penal que se incorpora, es decir, en los nuevos campos que se desarrollan por los avances tecnológicos que generan un elevado peligro.

El carácter de gestor de riesgos y de problemas sociales que asume el Derecho Penal en la sociedad del riesgo le aleja de su núcleo clásico, como, por ejemplo, de un homicidio cometido por un autor individual. Los delitos que provienen de la globalización, la llamada macro criminalidad, como la criminalidad económica y organizada, terrorismo, tráfico de armas y personas, exigen un carácter de prevención y practicidad del Derecho Penal, el cual pasa a tener un ámbito supranacional y unificado<sup>156</sup>.

FÁBIO D'AVILA<sup>157</sup> describe con precisión el nuevo escenario del Derecho Penal:

A disparidade de tais universos apresenta-se de forma muito clara nos problemas enfrentados pela dogmática penal. São evidentes as inúmeras deficiências que vem atestando em sua tentativa de acompanhar a pretensão político-criminal nestes novos âmbitos de tutela, uma vez que preparada para atender uma demanda absolutamente diversa daquela que ora é proposta. O direito penal liberal elaborado

---

<sup>155</sup> MENDOZA BUERGO, B. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 353.

<sup>156</sup> SILVA SANCHEZ. Op. Cit., p. 75- 84.

<sup>157</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. A Crise da Modernidade e as suas Consequências no Paradigma Penal (Um breve excuro sobre o Direito Penal do Risco). *Mundo Jurídico*. Disponible en <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto050.htm>> Acceso em: 14.dez. 2004.



Lorena Albuquerque

tendo por base o paradigmático delito de homicídio doloso, no qual há marcante clareza na determinação dos sujeitos ativo e passivo, bem como do resultado e de seu nexos de causalidade, defronta-se com delitos em que o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação. Sem falar, obviamente, do aspecto transnacional destes novos delitos, em que tanto a ação como o resultado normalmente ultrapassam os limites do Estado Nação, necessitando, por conseguinte, da cooperação internacional para a elaboração de propostas que ambicionem uma parcela qualquer de eficácia.

Tras la necesidad de combate a los nuevos y numerosos delitos, y de la constatación de que el Derecho Penal clásico, con sus reglas y principios rígidos, no está preparado para tanto, surge como alternativa la “teoría dualista del sistema penal con reglas de imputación y principios de garantías procesales de dos niveles”<sup>158</sup>.

Como ya mencionado anteriormente, si para esos delitos que derivan de riesgos posmodernos, fueran imputadas penas más brandas, se podría, relativizar las garantías y principios procesales, caracterizándose una segunda velocidad del Derecho Penal. Sucede que a estos delitos socioeconómicos están siendo imputadas penas privativas de libertad, restándose incoherente la no observancia de las garantías, una vez que violaría el principio de igualdad. La propuesta es que estas garantías sean relativizadas, pero que, en contrapartida, sean aplicadas penas más brandas. Es decir, que donde suceda la flexibilización de garantías y principios procesales, suceda también la exclusión de la pena de prisión<sup>159</sup>.

Sin embargo, con la debida precaución, MENDOZA BUERGO<sup>160</sup> afirma que la criminalidad de los poderosos puede ser resuelta no con la defensa eficaz a todo coste, sino con la defensa más eficaz compatible con la salvaguarda de los principios que justifican la intervención penal en un Estado moderno, que repare en la nuevas necesidades de protección, sin por ello olvidar el marco en que tiene que moverse si no quiere abrir fisuras que permitan la entrada de tendencias antigarantistas que acaben desvirtuando el sistema.

Como solución, SILVA SÁNCHEZ preconiza un Derecho Penal al mismo tiempo funcional y garantista, donde sean preservadas las garantías individuales para el núcleo de los

---

<sup>158</sup> SILVA SANCHEZ. Op. Cit. p. 142

<sup>159</sup> SILVA SANCHEZ. Op. Cit. p. 142-3.

<sup>160</sup> MENDOZA BUERGO, B. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. pp. 349-350.

Lorena Albuquerque delitos individuales clásicos, para los cuales es prevista la pena de prisión, no obstante, admitiéndose la flexibilización de garantías, naturalmente para las nuevas modalidades de delitos, los cuales no ponen un peligro real a bienes individuales.

A título de reflexión, se puede señalar que la pérdida de tradiciones liberales, con flexibilización de las garantías individuales y de las reglas de imputación, es el precio pagado por un Derecho Penal funcional, con el fin de atender y aplacar el sentimiento de inseguridad social. Sin embargo, un Derecho Penal de urgencia y demasiado amplio causa inseguridad jurídica y atiende a fines básicamente simbólicos, careciendo de eficacia práctica, y despertando sentimiento de impunidad generalizado en la sociedad. Más allá de ello, el avance acelerado de la macro criminalidad y el recelo de contenerla es un terreno fértil para el surgimiento de nuevas teorías funcionalistas como el llamado Derecho Penal del enemigo.

En verdad, lo que más se destaca entre las leyes editadas son las penas cada vez más duras y la ejecución de las penas cada vez más severas, eso aliado a la disminución de garantías fundamentales del ser humano. Se creer que reprimiendo el crimen con más rigor, disminuirá la criminalidad. Como diagnostica GARCÍA PABLOS, ese modelo es “falacioso y simplificador, que manipula el miedo al delito”<sup>161</sup>. La constatación de ese sistema se refleja, sobre manera, el miedo de la sociedad cuanto al crimen y su clamor por justicia.

De esa manera, con el objetivo de apaciguar la sociedad ante la indignación provocada por la violencia e inseguridad, el legislador aprueba leyes más rigurosas que tienen efecto simbólico, “dando la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”<sup>162</sup>, resultando en el resurgir del punitivismo<sup>163</sup>.

En Brasil, desde el año 1990, con la Ley de crímenes hediondos, que se viene creando leyes en las que se reducen las posibilidades de beneficios y se tornan cada vez más inflexibles. No más buscándose esa ya evidente constatación, se indaga a respeto de la plausibilidad de tales soluciones.

---

<sup>161</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología: Introducción y Teorías de la Criminalidad*. Madrid: Espasa Calpe, 1988. p. 740.

<sup>162</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 305.

<sup>163</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal del Enemigo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.

Lorena Albuquerque

Esta claro que se necesitan cambios, seguir una “estricta legalidad”, pero lo que se necesita con urgencia es hacer valer la ley ante la vasta criminalidad que asombra la población. A cada nueva tragedia, un nuevo alarde en la sociedad. Todos están de acuerdo que es necesario luchar contra la violencia en el país, aunque se sepa que no hay solución a corto plazo, una vez que no se trata de un crimen a más, se trata de un problema social<sup>164</sup> en que se resuelve con políticas sociales.

Así que el problema tiende para la responsabilización del crimen. Como se trata de un problema social, puede ser compelido a la socialización de la culpa. Pero, ¿Qué hacer para contener el crimen a corto plazo? No se puede ignorar que se debe punir el crimen en concreto y evitar que termine en una abstracción. No se puede dejar la impunidad preponderar en el arsenal de crímenes. El problema de la criminalidad no se restringe a las leyes, sino que a la impunidad.

Entonces, ante la lamentable criminalidad que aumenta a cada día, nos ponemos en el dilema entre el clamor de la sociedad por un mayor rigor punitivo y la ineficacia de dicho rigor, primero por el carácter simbólico que constituye, y segundo por la falacia del sistema de prisión.

### **3.2. Tercera velocidad del Derecho Penal: Derecho Penal del enemigo.**

Si por un lado la tendencia del Derecho Penal moderno puede ser entendida como una posible administrativización del Derecho, aliado al surgimiento de nuevas formas de pena, más brandas que la pena de prisión, y, en el decurso, una posible flexibilización de las reglas de imputación y principios y garantías procesales, el llamado Derecho Penal del enemigo puede ser comprendido como la junción del carácter simbólico de estas penas, fruto de la globalización que genera nuevas formas de criminalidad, tendencia de este Derecho Penal moderno, y del punitivismo exacerbado, generado por la incesante onda de terrorismo y

---

<sup>164</sup> Aquí más bien se trata de la criminalidad callejera, y no específicamente de la criminalidad organizada, objeto del trabajo.

Lorena Albuquerque

demás formas de criminalidad que culmina en el aún impreciso concepto de criminalidad organizada<sup>165</sup>.

Así, para la tese del Derecho Penal del enemigo, una otra propensión del Derecho Penal moderno es la reducción o mayor flexibilización de los derechos y garantías procesales, adicionados al mayor rigor punitivo de los individuos clasificados como enemigos, caracterizándose una nueva velocidad del Derecho Penal.

No se confunde, entonces, los delitos provenientes de la globalización, nuevos tipos penales, como, por ejemplo, los delitos socioeconómicos, que ocasionan una administrativización del Derecho Penal, con ese nuevo modo de reacción frente a los delitos graves y que generan alarde social.

Es cierto que ambos tienen un punto en común, cual sea, el miedo de la sociedad frente a riesgos, o sea, el predominio del miedo y de la necesidad de seguridad, que, muchas veces, esa garantía de seguridad es confundida con la eficacia del Derecho Penal.

Según SILVA SANCHÉZ, esa tercera velocidad del Derecho Penal es caracterizada por la amplia relativización de garantías político criminales, reglas de imputación y criterios procesales<sup>166</sup>. Sería, así, un Derecho de emergencia, en casos de absoluta necesidad y subsidiariedad, teniendo por finalidad, posiblemente, una mayor eficacia.

Concluye SILVA SANCHÉZ que esa forma de reaccionar es inevitable frente a determinados delitos como terrorismo, delincuencia sexual violenta y reiterada y criminalidad organizada<sup>167</sup>. Se considera, aún, un “mal menor” considerado el contexto de emergencia en que está inserido, y aún se arriesga en pronosticar que el Derecho Penal del enemigo tenderá a crecer y estabilizarse ilegítimamente<sup>168</sup>.

Ese Derecho Penal de emergencia viene ganando espacio fundamentalmente por que se evidencia con clareza determinados grupos de delincuentes responsables por un gran

---

<sup>165</sup> Sobre el problema para que se llegue a un acuerdo de lo que sería criminalidad organizada y sus definiciones, Cfr. Laura Zúñiga, *Criminalidad Organizada, Derecho Penal y Sociedad. Apuntes para el Análisis*. En *El Desafío de la Criminalidad Organizada*. Granada, 2006.

<sup>166</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Ed. B de F, 2006. p. 181.

<sup>167</sup> Op. Cit. p. 184.

<sup>168</sup> Op. Cit. p. 188.

Lorena Albuquerque  
número de delitos, o sea, involucrado en organizaciones con la finalidad única de subvertir el orden social. Así que, cuando se torna patente su tendencia en continuar delinquir, ve a la necesidad de neutralizarlo.

De esa forma, neutralizándose los delincuentes – manteniéndolos en la prisión por el máximo de tiempo posible – se tendría una radical reducción del número de delitos, importante beneficio a bajo coste<sup>169</sup>. La neutralización ha sido manifestada de varias formas, como por ejemplo, en la adopción de medidas de seguridad tales como, privación de libertad y libertad vigilada, que visan mantener el individuo bajo control del Estado aún tras el cumplimiento de la pena de acuerdo con su culpabilidad, además de la adopción de medidas previas a la condenación en exceso<sup>170</sup>.

Así, partiendo de la hipótesis que el enemigo es una no-persona, el Estado puede combatirlo e inocularlo, no respetando los derechos y garantías individuales conferidos a los ciudadanos. No siendo tratado, entonces, como sujeto procesal<sup>171</sup>, pues “con sus instintos y miedos ponen en peligro la tramitación ordenada del proceso”<sup>172</sup>.

Mejor entendiendo, merece consideración la enumeración hecha por CANCIO MELIÁ acerca de las características del Derecho Penal del enemigo, cuales sean: en primero lugar se constata un avance de la punibilidad, o sea, el punto de referencia del ordenamiento es un hecho futuro, al contrario de como sucede en el Derecho Penal del ciudadano que se pune un hecho ya sucedido. En segundo lugar, las penas previstas son muy desproporcionales, y siquiera el adelantamiento de la punibilidad es considerado para su reducción. En tercer lugar, muchas garantías procesales son relativizadas o hasta mismo suprimidas<sup>173</sup>.

Esas características vienen perfectamente de acuerdo con la clasificación del Derecho Penal del enemigo como un Derecho Penal de tercera velocidad, que, como veremos más adelante, es contraria a la también actual política criminal alternativa y las alternativas a la

---

<sup>169</sup> Op. Cit. p. 159.

<sup>170</sup> Op. Cit. p. 162.

<sup>171</sup> JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 44.

<sup>172</sup> Op. Cit. p. 45.

<sup>173</sup> Op. Cit. p. 112.

Lorena Albuquerque política criminal (Minimalismo y Abolucionismo Penal), partiendo para una (neo) política de la pena, teniendo como preceptos la eficiencia penal y los movimientos de Ley y Orden.

Así, en la concepción de SILVA SANCHÉZ<sup>174</sup>, se hace necesario encontrar un “punto medio” en que el Derecho Penal no sea amplio y flexible ni tampoco sea un Derecho Penal mínimo y rígido. El Derecho Penal tiene que encontrar la forma más eficaz para los diferentes tipos de criminalidad, teniendo siempre en cuenta también la necesidad de la pena.

A los conflictos penales es imprescindible la atención a las garantías y a los principios penales y procesales, sin embargo, desde que no perjudique la eficiencia del Derecho Penal. Es decir, no se propone un Derecho Penal mínimo ni un Derecho Penal máximo, sino que “la función de racionalización del Estado sobre la demanda social de punición, pueda dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista”<sup>175</sup>.

Así, se tendría un núcleo duro, mantenidas todas las garantías en el caso de conminación de penas privativas de libertad y, en el caso de los delitos económicos, serían flexibilizadas garantías, en el caso de imputarse penas más brandas (como restrictivas de derechos y pena de multa), pues no habría necesidad de se acoger igualmente a los delitos clásicos (punidos generalmente con pena de prisión, como, por ejemplo, homicidio, robo, etc.). Sucede que tales delitos económicos están siendo sancionados con rigor punitivo que no condicen con la flexibilización de garantías previstas inicialmente.

Para ello, de acuerdo con el pensamiento de SILVA SANCHÉZ, en la medida en que la sanción no sea de prisión, sino privativa de derechos o pecuniaria, no habría que ser tan estricto en el cumplimiento de las garantías, al contrario de una pena privativa de libertad (pena corporal), que requiere un absoluto cumplimiento de las reglas de imputación, principios procesales y garantías político criminales.

Llegando al que SILVA SANCHÉZ denominó de tercera velocidad del Derecho Penal, la indagación sería respeto de la plausibilidad de la existencia de un Derecho Penal que priorice la pena de prisión concomitante a la amplia relativización de las garantías. Es cierto

---

<sup>174</sup> SILVA SANCHEZ. Op. Cit., p. 179.

<sup>175</sup> Op. Cit. p. 179.

Lorena Albuquerque

que ese Derecho Penal de tercera velocidad ya existe en el Derecho Penal socioeconómico<sup>176</sup>, y, en el juicio del referido autor, se debería atener o al Derecho Penal de la cárcel, respetándose las garantías, o al Derecho Penal llamado de segunda velocidad, en que se flexibiliza las garantías en cambio de penas que no sea la privativa de libertad.

Aparte, el Derecho Penal de tercera velocidad se resumiría a hechos en que realmente hubiera la necesidad de pena de prisión, y, por el peligro y amenaza a la sociedad como un todo, se torna estrictamente necesario tomar medidas de emergencia, no siendo posible seguir el procedimiento convencional por tratarse de individuos que no demuestran una seguridad cognitiva de que puedan ser fieles a la norma.

### **3.3. Derecho Penal del enemigo: concepto y finalidades**

La denominación Derecho Penal del enemigo<sup>177</sup> pasó a destacarse más debido a una grande agitación movida por el terrorismo que asola el mundo. De esta manera, determinados países empezaron a adoptar una forma de punir bastante radical, en la cual la mayoría de los derechos humanos es cohibida cabalmente.

El llamado “Derecho Penal del enemigo” es propuesto por JAKOBS<sup>178</sup> para combatir las personas que rechazan someterse a la convivencia social, pues, para éstas personas, el Derecho Penal del ciudadano no vigora. Para JAKOBS, el enemigo es aquel criminoso que comete delitos económicos, terroristas, crímenes organizados, bien como delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, o sea, es aquel delincuente que está apartado, probablemente de manera duradera, del Derecho<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Op. Cit. p. 181.

<sup>177</sup> La primera aproximación de la noción de Derecho Penal del enemigo fue en 1985, siendo considerablemente más amplia (incluyendo sectores de regulación más próximos al “Derecho Penal de la auto puesta en riesgo” o delitos de nueva introducción dentro del sector de la actividad económica) que la segunda y tercera fase, a partir de 1999, más orientadas con base en delitos graves contra bienes jurídicos individuales (de modo pragmático: terrorismo). Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. En *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 117.

<sup>178</sup> JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

<sup>179</sup> Op. Cit. p. 40.

Lorena Albuquerque

En otros términos: el enemigo sería aquella persona que “no presta la garantía mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”<sup>180</sup>. Aún: es enemigo quien se aleja de modo permanente del Derecho y no ofrece garantías cognitivas de que volverá a ser fiel a la norma.

En realidad, el Derecho Penal del enemigo combate determinadas clases sociales, es decir, reprueba la conducta social del individuo. No se pune por el grado de reprobación de la conducta (hecho), sino que por el riesgo que aquel individuo (enemigo) genera o puede venir a generar en la sociedad. Se lleva en consideración la peligrosidad del agente. Sus actitudes ya no condicen con la denominación “persona”, sino “enemigo”. Así, el Estado no hay que hablar en garantías, pues estaría igualando la persona de bien al enemigo peligroso. Y, “quien incluye el enemigo en el concepto de delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos de guerra y proceso penal”<sup>181</sup>.

Es en esa perspectiva que el Derecho Penal del enemigo busca combatir la criminalidad tanto en escala nacional cuanto internacional. Caracterizándose por la oposición que hace al Derecho Penal del ciudadano, en que vigoran todos los principios del poder punitivo estatal.

En ese contexto, como primera consideración acerca del Derecho Penal del enemigo, JAKOBS hace referencia a dos tipos ideales, cuales sean, Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo, resaltando que estos dos tipos difícilmente aparecerían en la realidad como dos modos puros. Es decir, que el Derecho penal del ciudadano posiblemente va a defenderse frente a riesgos futuros, tal como se verifica con el Derecho Penal del enemigo, y éste, por lo menos formalmente, trata el individuo como persona al conceder garantías inherentes a un ciudadano. Por consecuencia, él afirma que “no se puede tratar de contraponer dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino que describir dos polos de un solo mundo, o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal”<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Op. Cit. p. 40.

<sup>181</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 42.

<sup>182</sup> Op. Cit. p. 24.



Lorena Albuquerque

Al disociar el ciudadano del enemigo, JAKOBS suscita la diferencia del significado de la pena para ambos. Así, el delito cometido por un ciudadano es un descumplimiento de la norma, una ofensa a la vigencia de la norma en que la pena tiene como propósito restablecerla, mostrar al ciudadano que su conducta no prevalece, o sea, es irrelevante, preponderando la configuración de la sociedad. En ese caso, siendo el autor considerado persona, tiene la prerrogativa de respetarse las garantías inherentes al ciudadano.

Ya con relación al enemigo, este no está vinculado a las normas de derecho. Así que requiere su aseguramiento, es decir, la pena apenas va a significar la prevención de futuros delitos, no pretendiendo contradecir un ataque a la vigencia de la norma, visto que el “enemigo” no es competente para desautorizar la norma, no siendo posible, entonces, imponerle una pena, sino que una medida de seguridad, pues no se pretende reafirmar la configuración de la sociedad, sino combatir un peligro. El enemigo no apenas amenaza el ordenamiento jurídico, como también simboliza el peligro y el riesgo de la sociedad que confía en las normas y en la seguridad cognitiva de cada uno.

De esa manera, el Estado tiene que actuar contra esas personas que no pasan la confianza de conocimiento de la norma y tiene cierta propensión a comportarse como un ser salvaje, es decir, un ser que desconoce lo que es ser ciudadano.

Entonces, ante la criminalidad organizada, el terrorismo y otras infracciones penales peligrosas, se evidencia un Derecho Penal de lucha contra esos individuos involucrados. Sin embargo, aunque ese Derecho Penal de lucha sea exteriorizado a través de normas, no se puede legitimarlo como un “Derecho Penal del enemigo”, pues este es un concepto doctrinal, crítico y no dogmático. Sin embargo, proclama JAKOBS que, “en aquellos casos en los cuales la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición en tratar el delincuente como persona”<sup>183</sup>, tratándole como enemigo.

De ese manera, los individuos que, por su comportamiento, se tengan “alejado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no

---

<sup>183</sup> Op. Cit. p. 39.

Lorena Albuquerque

proporciona la garantía cognitiva mínima necesaria a un tratamiento como persona”<sup>184</sup>, deben ser tratados como enemigos, no más recayendo bajo el Derecho Penal del ciudadano, sino del Derecho Penal del enemigo, en que se trata de eliminación de peligro y no más de coacción.

Tanto que las legislaciones tanto en Europa cuanto en Latino America actúan en ese sentido. Y por eso busca punir incluso las meras sospechas en organizaciones criminosas<sup>185</sup>. Eso se explica por una cuestión de seguridad, una vez que, en estos casos, “la pena se dirige a la seguridad frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”<sup>186</sup>.

De esta manera, se muestra con claridad que la teoría de JAKOBS se estructura sobre el concepto de persona y no-persona. Entonces, cuando un delito es cometido por un ciudadano, está previsto el debido proceso legal que resultará en una pena como forma de sanción por el acto ilícito cometido. Con relación al enemigo, el tratamiento es diverso, siendo necesario el Estado imponer una medida de seguridad<sup>187</sup>. Así que el enemigo es un peligro que se visa combatir, adelantándose a la práctica del crimen. Pues, “el Estado tiene derecho a procurar seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos”<sup>188</sup>.

La peligrosidad del agente es usada para caracterizar el enemigo. La necesidad de combatirlo parte del peligro que él genera para la sociedad. De ahí no ser punido por su culpabilidad, sino por su peligrosidad. La punibilidad avanza para el ámbito interno del agente, puniendo inclusive actos preparatorios. Todo eso es contrapuesto a la esfera del ciudadano que, a pesar de su acto, ofrece garantía de que se conducirá como ciudadano, actuando con fidelidad al ordenamiento jurídico, de forma que su personalidad tiende para tanto<sup>189</sup>.

---

<sup>184</sup> Op. Cit. p. 40.

<sup>185</sup> Como ejemplo, la ley de ejecución penal de Brasil cuándo dice en su Art. 52 que se somete al Régimen Disciplinar Diferenciado (más riguroso) el preso que se recaiga en fundadas sospechas de involucramiento o participación, a cualquier título, en organizaciones criminosas, cuadrilla o bando.

<sup>186</sup> Op. Cit. p. 41.

<sup>187</sup> Op. Cit. p. 26.

<sup>188</sup> Op. Cit. p. 33.

<sup>189</sup> Op. Cit. p. 37-38.

### **3.4. Imprecisión conceptual.**

Con la nueva denominación llamada Derecho Penal del enemigo, concepto este utilizado para mencionar o idealizar un Derecho Penal diferenciado para determinadas personas consideradas “enemigas” y que, sobre todo, no tienen la pretensión de tratarlas como personas, sino como fuente de peligro para el Estado, se pone en duda su utilización en el discurso punitivo, es decir, su punto de vista pragmático.

En el entendimiento de FERRAJOLI<sup>190</sup>, conviene distinguir dos usos diversos de esa fórmula: uno de tipo empírico-descriptivo y otro de tipo teórico. El primero se entiende como una perversión del Derecho Penal, es decir, de prácticas punitivas y represivas que cubren con el manto del Derecho Penal y son, por el contrario, su negación. El segundo resulta presentado o recomendado como un nuevo “paradigma”, un nuevo “modelo”, como tal normativo, de Derecho Penal.

En realidad, se busca su real pretensión. También GRECO<sup>191</sup>, visualiza el Derecho Penal del enemigo bajo tres perspectivas distintas, la de carácter descriptivo, otra de carácter crítico-denunciador, y una última de carácter legitimador-afirmativo. Para él, de manera menos contundente, es descriptivo cuando se entiende como más un “instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo”<sup>192</sup>. En lo que concierne al empleo como siendo una crítica, se utiliza cuando se caracteriza ciertos dispositivos del Derecho Penal como contrarios al Estado Democrático de Derecho. La tercera forma de interpretación del concepto de Derecho Penal del enemigo traería consigo presupuestos de legitimidad.

En la discusión respecto al tema, con frecuencia comprobamos los distintos matices a que se dedican los autores. Unos están atinados a constatar dispositivos penales en las legislaciones y criticarlas, declarándolas inconstitucionales y exigiéndose reformas. Otros nada más se dedican a describir el tema evidenciando tales “anormalidades”.

---

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.

<sup>191</sup> GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 13, n. 56, set.-out. 2005, p. 93-94.

<sup>192</sup> Op. Cit. p. 94.

Lorena Albuquerque

Sin embargo, lo que causa más clamor es la taxativa declaración del Derecho Penal del enemigo como un concepto legitimador, que, como entiende GRECO, “não implicaria qualquer condenação, mas apenas uma indicação de que o dispositivo tem de ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do Direito penal do cidadão”<sup>193</sup>.

En verdad, con la elucidación del tema, vinieran a tona diversos temas polémicos. El hecho de poner en riesgo lo que ya se tenía como “pacífico” como los derechos individuales de la persona humana es un tema que trae un cierto estímulo a la discusión. Además, tal tema se remete a casos que aún no se conoce manera eficaz de solucionar el problema. El hecho de encontrarse en los agentes involucrados en la criminalidad organizada, terrorismo, tráfico internacional de drogas, etc, como presas modelo para que se identifiquen probables “enemigos” puede ser un tanto cuanto persuasivo al consentimiento de tal concepto. No se sabe al cierto como se debe proceder para que se prevenga y se puna estos delitos.

Con la globalización, varios tipos penales que antes no existían pasaron a hacer parte de nuestro cotidiano. Está claro que el Estado tiene que buscar herramientas prácticas y eficaces para puntuar tales crímenes y prevenirlos. El crimen organizado cada vez atrae más adeptos y aumenta su proyección internacional. Se torna comprensible que se invoque un desenlace para ese problema.

En nuestra opinión, la nomenclatura especificada por JAKOBS exterioriza una realidad en que estamos viviendo. El Derecho Penal del enemigo es un hecho. JAKOBS busca en el término una justificación filosófica para describir toda esa mudanza que está sucediendo en la legislación. No se trata de decir que el Derecho Penal del enemigo “es” o “no es” legítimo. Tampoco de justificar el “porque” de esa criminalidad. Está claro que toda la legislación, tanto en Brasil como en España, como en los demás países están siendo modificadas en el sentido de endurecer las penas y restringir cada vez más las garantías penales y procesales, así como también en la ejecución penal.

---

<sup>193</sup> GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal... cit. p. 94.

Lorena Albuquerque

El poder de legitimación de esa nueva y dudosa legislación no resta duda de que puede llevar a un camino sin vuelta o hasta mismo a un fracaso del sistema penal. Sin embargo, es lo que se está sucediendo.

Se trata, pues, según FERRAJOLI<sup>194</sup>, de la autolegitimación como Derecho de las prácticas contrastantes con el modelo normativo del Derecho Penal, en nombre de la eficiencia. Para el autor, el acta de nacimiento del Derecho Penal del enemigo está en la legitimación política de esas prácticas punitivas. Se confunde Derecho Penal y guerra, así que si el Derecho es la negación de la guerra, es decir, con él se sale del estado de naturaleza y la sociedad salvaje se civiliza, el Estado está actuando con desigualdad, pues a un crimen, aún el más grave que sea, se responde con el Derecho Penal, así como la guerra se responde con la guerra de defensa, una movilización contra el Estado agresor.

Así que el poder de legitimación del Derecho Penal del enemigo no se concibe por la declaración actual de JAKOBS, sino por el panorama de “guerra” en que estamos viviendo en lo que se refiere al crimen organizado y, sobre todo, por la manera “ineficaz” que está actuando el Estado. El crimen, diseminado en todos los niveles sociales ya huye del control estatal, además de no limitarse a una infracción individual.

### **3.5. Derecho Penal del enemigo: marco de la teoría funcionalista.**

La protección del bien jurídico como un instrumento para restringir la intervención jurídico penal ya no es predominantemente aceptada<sup>195</sup>. JAKOBS, en especial, considera que la finalidad del Derecho Penal es contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad social<sup>196</sup> y así confirmar su vigencia. Por otro lado, ROXIN parte de un concepto de

---

<sup>194</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.

<sup>195</sup> Autores como Hirsch, Stratenwerth y Jakobs consideran imposible restringir el ámbito de actuación del Derecho Penal a lesiones de bienes jurídicos. En contrapartida, autores como Roxin, Hassemmer y Schünemann son defensores del concepto.

<sup>196</sup> JAKOBS, Günther. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2005. p. 33.

Lorena Albuquerque

bien jurídico como resultado de una función social del Derecho Penal<sup>197</sup>. Así, para éste, la función del Derecho Penal se atiene a garantizar a las personas una convivencia pacífica, libre y socialmente segura, esto cuando no pueda ser obtenido con otras medidas político-sociales que afecten en menor medida la libertad de los ciudadanos<sup>198</sup>.

No obstante, ese entendimiento es inconcebible en la visión de JAKOBS, una vez que él figura que el Derecho Penal es una estructura de la relación entre personas, el Derecho como espíritu normativo, no pudiendo, por lo tanto, ser representado en un objeto físico<sup>199</sup>.

Desde la concepción del bien jurídico se parte diferentes conceptos, entre ellos, el desenvolvimiento de la tese del Derecho Penal del enemigo. Entendiéndose el concepto de bien jurídico con la finalidad de asegurar la vida en sociedad, esta nueva teoría es pasmosa. Sin embargo, creyéndose en el conjunto de cambios o modificaciones sucesivas en las legislaciones modernas, se hizo surgir algo que a principio era apenas potencial, las leyes penales simbólicas como siendo necesarias para el aseguramiento de la vida en común de las personas.

De esa manera, los poderes estatales lanzan mano del Derecho Penal como forma de tutela antes mismo de una efectiva agresión a los bienes jurídicos contemplados en el ordenamiento constitucional. La “funcionalización” del Derecho Penal consiste en que éste no tutela solamente las víctimas de agresiones concretas, sino “nuevos fenómenos sociales”<sup>200</sup>, pues, según JAKOBS:

“un comportamiento no constituye una perturbación solamente cuando se produce completamente un daño al bien jurídico, o el autor abandonó irreversiblemente su papel, o cuando ocurre por completo un suceso perturbador de la paz pública. Bien jurídico penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan el debido respeto a los bienes y a la paz pública. Esta validez se ve deteriorada cuando por el

---

<sup>197</sup> ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

<sup>198</sup> ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função...*cit. p 16-17.

<sup>199</sup> JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? En *Direito Penal e Funcionalismo*. Coord. E Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

<sup>200</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001. p. 313.

Lorena Albuquerque

comportamiento del autor, se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración”<sup>201</sup>.

A partir de ahí fueron constatadas varias indicaciones positivadas de un Derecho Penal que está dirigido a la lucha contra esa criminalidad que viene asombrando la sociedad. Esta tendencia afecta, sobre todo, al legislador penal, una vez que es este quien debe resolver cuáles conductas deben ser seleccionadas como relevantes para el Derecho Penal y qué tipo de consecuencias jurídicas deben ser establecidas para las mismas<sup>202</sup>. El problema que se constata en esa lucha es justamente la adaptación de esas leyes a los principios de la intervención penal, pues éstos deben ser estáticos, al contrario de las innovaciones legislativo-represivas que son dinámicas y, por lo tanto, pasan a modificar los principios a fin de se auto legitimaren.

### 3.6. La clara tendencia de un Derecho Penal de autor.

Una de las primeras observaciones que se puede hacer sobre el Derecho Penal del enemigo es justamente su tendencia a un Derecho Penal de autor, que, como se puede comprobar a lo largo de la historia, siempre existió, y, inclusive, tal cual Derecho Penal excepcional se hace recordar mucho a lo propugnado por los penalistas del nazismo<sup>203</sup>.

De esa manera, no se sobresale el hecho cometido por el autor, sino su forma de vida, su perversión, su peligrosidad criminal y su “vocación” para cometer delitos. Ello se torna patente por la forma como se reputan los individuos pasibles de que sean considerados enemigos<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*. Parte General. 2. ed. Trad. De Juaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 58.

<sup>202</sup> NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: IBCCRIM, ano 14, n. 61, p. 9-43, jul.-ago. 2006. p. 34.

<sup>203</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. En *Derecho penal del enemigo*. Discurso penal de la exclusión. Cancio Meliá; Gómez-Jara Díez (Coord.). Madrid: Edisofer, 2006.v 2, p. 339-370. p. 345.

<sup>204</sup> Sobre el Derecho Penal de Autor, véase GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *El Derecho Penal de Autor*. Valencia: Ed. Tirant to Blanch, 2007.

Lorena Albuquerque

En efecto, hay una supra valoración de la seguridad y se pune individuos por la mera sospecha de involucramiento en organizaciones criminosas. El hecho es que las razones se dan a partir de un juicio de valor que poco o nada tiene que ver con un Derecho Penal del hecho y mucho más con un Derecho Penal de autor<sup>205</sup>. Sucede que la doctrina dominante rechaza por razones propias del Estado de Derecho todas esas teorías que van más allá de la culpabilidad por el hecho concreto<sup>206</sup>. Aunque contrariamente al Estado de Derecho Liberal, “las fuertes tendencias preventivo especiales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho Penal alemán, presionan en la dirección del Derecho Penal de autor; pues la cuestión de qué intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual”<sup>207</sup>.

En lo que contempla FERRAJOLI<sup>208</sup> cuanto al paradigma del enemigo, él encuentra dos deformaciones: la primera en la concepción del tipo penal y la segunda en la concepción del juicio. Con relación a la primera, él encuentra una deformación en el principio de legalidad, en la determinación del punible, que en el Derecho Penal del enemigo, ya no es delito sino el reo, con independencia de delito: “En él, la predeterminación legal y la averiguación judicial del hecho punible ceden el puesto a la identificación del enemigo, que inevitablemente, al no estar mediada por la prueba de actos específicos de enemistad, se resuelve en la identificación, la captura y la condena de los sospechosos”.

Cuanto a la segunda deformación, el resultado es la quiebra de todas las garantías procesales, en que el proceso es un momento de lucha contra el crimen organizado, buscándose no la verdad del hecho, sino que el delito en el encarcelado. Así que, si se pretende castigar “por lo que se hace” y no “por lo que se es”, fatalmente “...el proceso deja

---

<sup>205</sup> BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ano 4, n. 14, p. 137-145, 2004.

<sup>206</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal-Parte General*, Tomo I, Fundamentos. A Estrutura da Teoria do Delito, Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et alli. Editora Civitas. 4 ed. Madrid, 2006. p. 181.

<sup>207</sup> Op. Cit. p. 177.

<sup>208</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.



Lorena Albuquerque

de ser un procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de acusación para degradarse a técnica de inquisición sobre la persona...<sup>209</sup>.

Como ejemplo, podemos citar la ley que introduce el régimen disciplinar diferenciado en la legislación penal brasileña, al someter al régimen presos en consecuencia de un “alto grado de riesgo para el orden y seguridad del establecimiento penal o de la sociedad”, está claro que no se trata de una punición por un hecho concreto, pues de eso ya trata el caput do Art.52 de la ley de ejecución penal brasileña<sup>210</sup>. Se trata, en verdad, de punir ciertos autores que representan riesgo a la sociedad o al establecimiento penal. Es decir, se cuida de autores entendidos como peligrosos. Autores que no demuestran una suficiente seguridad cognitiva de que van respetar la vigencia de la norma.

En ese contexto, aún cuando la ley habla de la sumisión al régimen de los presos que “recaigan fundadas sospechas de involucramiento o participación, a cualquier título, en organizaciones criminosas,...”, está clara la intención del legislador en evidenciar el Derecho Penal de autor al paso que se hace un juicio de sospecha, no importando lo que el autor hizo, sino que la forma cómo conduce su vida. Es decir, aquél individuo peligroso que pone en riesgo la vida de la sociedad y la propia existencia del Estado.

Aunque sea una manera de proporcionar seguridad, es una situación que inspira cuidado a medida que ese juicio de sospecha se hace *a priori*, pudiendo recaer en uno juzgamiento sin que el individuo sepa de qué lo acusan<sup>211</sup>. Se manifiesta, entonces, un Derecho Penal que raciocina priorizando la eficacia y la seguridad en detrimento de los derechos y garantías individuales. Queda, sin embargo, razonar hasta qué punto se puede dar prioridad a la eficacia frente a la constante violación de principios y garantías penales y procesales, además del acometimiento de los principios de un Estado Democrático de Derecho.

---

<sup>209</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.

<sup>210</sup> “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: ...”

<sup>211</sup> Cfr. DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006.

Lorena Albuquerque

### **3.7. La idea de seguridad en contraposición a la idea de libertad.**

Con la globalización y consecuente expansión del Derecho Penal, surgieron diversos delitos que más bien objetivan la seguridad de la colectividad que la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, esa idea de expansión es antagónica a las ideas y propuestas reduccionistas del sistema penal. Pues, al contrario de buscar medidas despenalizadoras y alternativas a la pena privativa de libertad, recurren a penas más severas, relajando garantías en busca de una pretendida eficacia.

Así, lo que antes se discutía entre la legitimidad de propuestas abolicionistas y propuestas reduccionistas, actualmente aparece como debate el binomio *reduccionismo versus expansión*, lo que se denominaría de modernización del Derecho Penal<sup>212</sup>.

Tal modernización del Derecho Penal trae el discurso del Derecho Penal del enemigo, en que, justificándose en la idea de seguridad, despersonaliza parcialmente<sup>213</sup> individuos que son considerados fuentes de peligro. Así, por no pasaren una seguridad íntima de procedimiento, son neutralizadas, a fin de evitar futuros delitos.

El problema concierne, entonces, a esa preferencia de seguridad de la colectividad en contraposición a la libertad del individuo. En que pese a la toma de posición *seguridad/libertad*, se trata de intereses en conflicto, que, a pesar de aparentemente propender a un fundamento en los Derechos fundamentales de la persona humana, obedeciendo al discurso internacional de los Derechos Humanos, que pugna por la libertad individual, no es lo que viene sucediendo con las legislaciones tanto de Europa cuanto de Latino America, que actúan conforme la realidad vivenciada en el tocante a la criminalidad.

---

<sup>212</sup> DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006. p. 431.

<sup>213</sup> JAKOBS, Günther. *La Penal Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: 2005. p. 173.

Lorena Albuquerque

Como asegura DEMETRIO CRESPO<sup>214</sup>, “la idea de “seguridad” que justifica el recrudecimiento punitivo es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar”, pues, de la misma manera que se puede entender la seguridad como necesaria para los que no delinquen, también se puede entender que sería una inseguridad si se considerara que cualquier ciudadano puede delinquir en algún momento y de lo que se trata es de proteger bienes jurídicos.

Es cierto que si se parte de la idea de que la función del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos, no hay espacio para que se legitime el recrudecimiento del Derecho Penal basado en la seguridad. Ello llevaría a una inseguridad jurídica, en que habría indefinición de bienes jurídicos, indeterminación en la tipificación de conductas y adelantamiento de la barrera de punibilidad con los delitos de peligro<sup>215</sup>.

### **3.8. El enemigo como una amenaza al Estado Democrático de Derecho.**

El discurso del “Derecho Penal del enemigo”, por constatarse con prontitud violaciones de derechos humanos, es objeto de crítica y, al mismo tiempo, es combatido vehementemente por la doctrina. Tal violación va desde los derechos fundamentales de la persona humana a la supresión de garantías constitucionales, como el debido proceso legal, presunción de inocencia, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y demás otras que son conferidas al imputado. Tales garantías les son aseguradas en un Estado Democrático de Derecho.

De esa manera, es inminente la indagación respecto de la justificación de ese Derecho Penal específico para enemigos en el ámbito de un Estado de Derecho. ¿Sería posible compatibilizarlo y tornarlo legítimo?

---

<sup>214</sup> DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006. p. 430.

<sup>215</sup> Op. Cit. p. 430.

Lorena Albuquerque

En principio puede parecer un retroceso ante toda la lucha para el reconocimiento de tales garantías. También se puede llegar a conclusión de que se estaría abriendo precedentes para que cualquier tipo de abuso sea practicado bajo el argumento de protección a lo ciudadanos<sup>216</sup>.

FERRAJOLI<sup>217</sup>, analizando teóricamente y en profundidad el fenómeno de la violencia legal, identifica dos modelos contradictorios de legalidad: la estricta legalidad y la mera legalidad. La primera constituye una norma meta-legal que somete la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales. La segunda es un medio para legitimar la violencia institucional fuera de los parámetros de la estricta legalidad, es decir, consiste en una autorización legal para utilizar la violencia, sin una rígida vinculación a la ley misma.

El hecho es que estas normas autorizan pero no están basadas en el modelo constitucional del Estado de Derecho. A su vez, la violencia legal para controlar otras formas de violencia es mayor que la que debiera existir, habiendo una violencia legal superflua. Así que, si el Estado tiene la pretensión de excluir o, al menos, minimizar la violencia en las relaciones interpersonales, queda en vago, sin el logro de su fin.

De hecho, sería un tanto cuanto difícil adecuar un “Derecho Penal del enemigo” al Estado de Derecho sin infringir y desvirtuar algunos preceptos básicos ya ampliamente acogidos. Sería necesario aceptar la despersonalización de determinados ciudadanos que son “juzgados” una afronta al Estado por no pasar la confianza indispensable a su tratamiento como persona.

Sin embargo, justifica JAKOBS que, tratándose de enemigos, tal despersonalización, como dice, “se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad”<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup>CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho Penal del Enemigo y Derechos Fundamentales. En *Derecho Penal del Enemigo*. El Discurso Penal de la Exclusión. Madrid: Edisafer, 2006. p. 325-340. p. 336.

<sup>217</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236176-177.

<sup>218</sup>JAKOBS, Günther. *La Penal Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: 2005. p. 173.

Lorena Albuquerque

Ello significa que tal despersonalización de la persona sería parcial, es decir, la personalidad jurídica permanecería incólume<sup>219</sup>, el delincuente se mantendría como persona, aunque su tratamiento real sería el dispensado a un enemigo. Pues, en las palabras de JAKOBS, “quien es sometido a la custodia de seguridad no es privado de libertad por causa de su realidad personal desarrollada, sino por sus presumibles delitos futuros”<sup>220</sup>. Así, “la confirmación de la norma cede ante la administración de la seguridad”.

Con efecto, el uso “defectuoso” de la libertad es lo que hace con que el ciudadano no pase la confianza necesaria para que se viva de modo pacífico en una sociedad. Es evidente que al convivir con demás personas es razonable tener el mínimo de confianza de que uno no va a actuar de modo no semejante al normal. Efectivamente, no se plantea la hipótesis de que las personas actúen de forma mecánica, sin embargo, tampoco se puede esperar o aceptar una acción descontrolada e inconsecuente que despierte inseguridad de aquellos que mantienen estable su comportamiento, pasando la debida confianza de que no van a actuar en desconformidad con el Derecho.

Es en este sentido que JAKOBS justifica su inquietud respecto a la afronta del enemigo ante el Estado, una vez que, ante tales “enemigos” (ciudadanos peligrosos), se indaga qué debe hacer el Estado. Si existen personas que no prestan la garantía cognitiva mínima para que sean tratadas como personas en Derecho, ¿debe el Estado tratarlas igualmente a los ciudadanos? Si a éstos se les imponen penas, debidamente legitimadas, por la puesta en peligro de la norma, ocasionada por un hecho cometido, ¿Sería razonable comprender que a tales enemigos también deberían tener legitimadas su medida de seguridad por no pasar la confianza necesaria que será fiel a la norma?

Así que sería impuesta una medida de seguridad para aquellos enemigos a quien el Estado, no bastase imponer una pena, por ocasión de violación de la norma, percibiera la

---

<sup>219</sup> Op. Cit. p. 173.

<sup>220</sup> JAKOBS, Günther. *La Penal Estatal: Significado y Finalidad*. Op. Cit. p. 172.

Lorena Albuquerque

necesidad de asegurar aquel individuo, acogiendo la probabilidad de hechos que “han de acontecer”<sup>221</sup>.

De esa manera, tal dicotomía “ciudadano *versus* enemigo” genera varios problemas, principalmente en lo que se refiere al principio del hecho, largamente admitido en el Estado de Derecho. Sin embargo, aunque se trate de un Derecho Penal de autor, no se puede ignorar la real afronta de la criminalidad al Estado. Cada vez más aumenta la criminalidad organizada, terrorismo y tráfico de drogas, desafiando el propio Estado. Este ya no tiene control ni recurso para contener la profesionalidad de tales crímenes. Las medidas tomadas no alcanzan la eficiencia y rapidez en que se estructura el crimen.

Por otro lado, cuando se llega el momento de intervenir, el Estado no puede retribuir en la misma moneda, con la misma perversidad en que se sucede el crimen. Este, siendo un Estado que respeta los Derechos fundamentales y está de acuerdo con los diversos tratados de Derechos Humanos, no puede actuar midiendo fuerzas y en la misma proporción en que actúa la criminalidad.

Aunque se adopte la justificativa de la seguridad colectiva, al Estado no le conviene porque el discurso internacional de los Derechos Humanos es en el sentido de preservar los Derechos individuales de la persona humana. Toda actitud que el Estado venga a tomar que se proponga contener el crimen y que, eventualmente, no respete garantías individuales, será acogido vigorosamente por el principio de dignidad del ser humano.

Obviamente, el tema de la seguridad no puede ser ignorado ni subestimado por el Estado, sin embargo, no se puede reaccionar de una forma inconciente políticamente. O mejor dicho, no se puede reaccionar con un vacío casi total de política, o sea, de falta de capacidad de proyección e innovación. Ese vacío colmado por intervenciones coyunturales y demagógicas es el terreno privilegiado de esa política de seguridad<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> En el anteproyecto de reforma del Código Penal Español, aprobado en el Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, añade al artículo 39 del Código Penal la letra “k) la libertad vigilada” como una pena restrictiva de derechos, que consiste en una pena de carácter accesorio, radicando en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o de algunas de las obligaciones designadas, que el juez determine en la fase de ejecución, empezando a ser computada a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

<sup>222</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.

Lorena Albuquerque

Con efecto, solamente con la observancia de las garantías individuales y colectivas aseguradas en los sistemas constitucionales-penales es que se podrá legitimar la producción legal y jurídico-penal en un Estado Democrático de Derecho. La inadecuación de las nuevas exigencias de tutela a las garantías constitucionales-penales no permite que éstas sean mitigadas, sino evidencia que al Estado debe incumbir la tarea de controlar el desvío social haciendo uso de otros mecanismos de controle a priori que no el Derecho Penal<sup>223</sup>.

Así, aunque el “enemigo” sea una afronta al Estado, sus justificativas para combatirlo no son aceptadas. Sería oportuna una política de combate a la criminalidad estableciendo los límites a que el Estado puede llegar. Posiblemente sería necesaria la relativización de ciertas garantías, sin embargo, se podría establecer criterios para punirse el enemigo sin que le convirtiera en un objeto del Estado, a fin de facilitar la lucha contra la criminalidad, tornando eficiente las medidas adoptadas por él.

### **3.9. ¿El crimen organizado es mitigado por las nuevas legislaciones penales?**

Evidenciada la inflación legislativa que se dio en los últimos años, no más que especializando los tipos penales y endureciendo aún más las penas, se cuestiona respecto a la eficacia de esta lucha, que, identificada como una lucha contra “enemigos”, aún no ha delineado muy bien el “correcto” camino para que se logre sus fines, cual sea, combatir la moderna criminalidad.

Precisamente, en las palabras de FERRAJOLI<sup>224</sup>, en esta lucha nombrada de “Derecho Penal del enemigo”, el Derecho Penal pierde no sólo su legitimidad, sino también su eficacia, pues pierde su asimetría con el crimen. El autor explica comparando el terrorismo y la guerra, en que la respuesta al terrorismo será tanto más eficaz cuanto más asimétrica resulte. Así la guerra se repele con la guerra de defensa o con la movilización general contra el Estado

---

<sup>223</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001. p. 315-316.

<sup>224</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 243.

Lorena Albuquerque agresor, mientras que aquella, considerada como un crimen, aún que sea grave, es respondido con la punición de los culpables, que puede ser muy severa<sup>225</sup>.

Así que, si el Estado responde al crimen con la lógica primitiva de la guerra, o sea, el Derecho Penal del enemigo, lo está equiparando inevitablemente a la categoría de un Estado antagonista. Es decir, lo está tratando simétricamente. Así que, al anular la asimetría entre instituciones públicas y organizaciones terroristas, ha privado a las primeras de su mayor fuerza política, degradándolas al nivel de las segundas o, lo que es lo mismo, elevando a las segundas al nivel de las primeras como Estados enemigos y beligerantes<sup>226</sup>.

Sin embargo, cuando se analiza la práctica, es cierto que estamos ante un esquema de crímenes equiparados a la guerra y, para contener a inmediato, se cree en la supuesta efectividad de la “reacción de emergencia”.

Por ejemplo, como hemos expuesto en tópicos anteriores, el RDD puede ser aplicado con carácter punitivo y también cautelar. Para los criminales que reconocidamente participan del crimen organizado, es necesario un plan ordenado de transformación de los instrumentos que el Estado tiene para diferenciar la realidad en que se encuentra en régimen carcelario. El régimen carcelario más duro, más diferenciado, es importante para la lucha contra el crimen organizado, una vez que distancia y neutraliza los presos involucrados en organizaciones criminosas, cortando el ciclo y evitándose que se comande crímenes de dentro de las prisiones.

---

<sup>225</sup> Con relación al crimen de terrorismo, Ferrajoli dice que él debe ser afrontado políticamente, “Pero es justo en la asimetría respecto a él convencionalmente establecida por su calificación jurídica como “crimen” donde reside el secreto de su pérdida de fuerza y de su aislamiento y por ello el papel del Derecho Penal como factor de paz y de civilización, es decir, instrumento del tránsito del estado de guerra al Estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil”. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 245).

<sup>226</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 247.



Lorena Albuquerque

En oposición al rechazo del RDD, comenta un fiscal de Brasil, Marcelo Lessa Bastos<sup>227</sup> que:

(...) Não se consegue compreender as críticas doutrinárias que são endereçadas ao isolamento absoluto de presos líderes de organizações criminosas, após se terem informações seguras de que continuam a comandar seus negócios. O isolamento é imperativo e é a única medida efetiva que se dispõe para neutralizar a ação dessas pessoas. Isto visa a enfraquecer a liderança da organização, contribuindo para dispersar o seu comando. Não há que se opor ao isolamento argumentos no sentido da função educadora da pena, porque tais pessoas, ainda que não possam perder este status de pessoas, ao contrário do que crê Jakobs, demonstram cabalmente que não estão querendo se ressocializar. Resta, pois, como forma legítima de proteção dos cidadãos, que igual têm o direito constitucional à segurança pública, isolar essas pessoas, pelo tempo necessário para neutralizar sua influência na organização a que pertença, nem que isto leve todo o tempo restante de sua pena. Sinceramente, as críticas endereçadas ao ‘RDD’ não são racionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões. Só falta vir alguém sustentando que, como o condenado perdeu somente o direito de liberdade, há de conservar o direito subjetivo de trabalhar e, como o trabalho dele era na organização criminosa, é direito seu continuar a comandar seus negócios, o que seria um agudo e freudino caso de desequilíbrio intelectual.

Sin embargo, es necesario salientar con vehemencia que no se está defendiendo aquí que el RDD sería la resolución para todos los males del sistema carcelario brasileño, bajo la inspiración del movimiento de ley y orden o del expansionismo punitivo. Se trata, igualmente, de una medida conveniente para el problema de la criminalidad desenfrenada que afronta nuestras instituciones.

En realidad, concordando con el comentario hecho por Marcelo Lessa Bastos, se trata de individuos que no quieren resocializarse, entonces, no hay que hablarse en finalidad de la pena. Por más que no convenga tratarlos de “no-personas” como son denominados por Jakobs, es necesario precaverse de los actos inconsecuentes de estos individuos peligrosos y utilizarse de medidas de seguridad, pues, la mayoría no puede quedar detenida y atemorizada ante la minoría que infringe reiteradamente las normas dictadas por el Estado.

---

<sup>227</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. *Alternativas ao direito penal do inimigo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1.319, 10 fev. 2007.

Lorena Albuquerque

Se puede afirmar que el RDD, de una cierta forma ameniza el crimen organizado por la imposición de medidas cautelares para ese fin. Así que, recientemente, en el mismo sentido, el Desembargador Federal, Dr. Nefi Cordeiro, miembro del Tribunal Regional Federal (TRF) de la 4ª Región, corroboró en varios aspectos la visión aquí defendida referente al Regime Disciplinar Diferenciado, sendo digno de elogios la decisión monocratica a seguir expuesta en fragmentos:

"(...) O Regime Disciplinar Diferenciado é previsto, portanto, como modalidade de sanção disciplinar (hipótese disciplinada no caput do art. 52, da LEP) e, também, como medida cautelar (hipóteses dos §§ 1º e 2º da LEP (...))

Dessa forma, tenho como legítima a atuação estatal ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003 busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas as quais atuam tanto no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos - quanto fora, ou seja, em meio à sociedade civil. (...)

Por outro lado, cumpre salientar que o regime disciplinar diferenciado não constituiu uma nova modalidade de prisão penal de caráter provisório, ou um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes já existentes (fechado, semi-aberto e aberto). Na verdade, o RDD nada mais é do que um regime de disciplina carcerária especial que tem como característica um maior grau de isolamento do preso com o mundo exterior, inclusive com o bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos. Trata-se de uma medida emergencial que visa transformar o caos do sistema penitenciário para, ao menos em relação aos presos mais perigosos, impor-lhes um verdadeiro regime de segurança máxima, sem o qual, infelizmente, a atuação desses líderes de organizações criminosas não pode ser contida.

Assim, aos criminosos que, mesmo aprisionados, pretendem continuar exercendo sua maléfica liderança, subjugando e usando os demais presos como massa de manobra em sua rebeldia, é imperioso que o Estado lhes imponham um regime de disciplina diferenciado que, sem ser desumano ou contrário à Constituição, possa limitar os direitos desse presos, evitando que continuem a comandar organizações criminosas de dentro dos estabelecimentos penais (...).

Quanto à competência, entendo que, tratando-se de preso provisório realmente compete ao juiz do processo definir não somente a necessidade da prisão, como também poderá desde logo vislumbrar situação legal autorizadora do regime diferenciado, desde que comprovada nos autos da ação penal. Finalmente, parece-me que ainda na hipótese de ausência de previsão legal específica, o que não é o caso, poderia o juiz do processo determinar medidas cautelares que justificadamente entendesse necessárias, como a separação dos presos, as restrições de contato com determinadas pessoas, etc. Trata-se de medida ínsita ao poder geral de jurisdição, que para sua efetividade exige do julgador por vezes medidas

Lorena Albuquerque

inominadas garantidoras do resultado útil do processo e da ordem social (...)" (Decisão Monocrática, Relator Néfi Cordeiro, Classe: HC – Habeas Corpus, Processo: 2006.04.00.034761-0, UF: RS, Data da Decisão: 30/10/2006, Órgão Julgador: Sétima Turma, Fonte: DJU, Data: 07.11.2006, p. 428/429).

Sin embargo, aunque se verifique la necesidad y la efectividad de tales medidas, no raro hay rechazo respecto al RDD, por ser un instituto que de cierta forma merma las garantías del individuo, imponiéndose medidas cautelares y anticipando las barreras de punición, es decir, puniéndose actos preparatorios, o aún, meras sospechas.

Sucede que, la experiencia brasileña viene demostrando que las cuadrillas presentan cierta dificultad de reestructuración cuando sus principales líderes son aislados. Así que, aún tramita el proyecto de Ley nº 7.223, de 2006, que altera nuevamente la Ley de ejecución penal, instituyendo el Régimen Penitenciario de Seguridad Máxima, aún más rígido que el RDD. Ese proyecto se debe al hecho sucedido en São Paulo, en mayo de 2006, en que una organización criminal (PCC – Primero Comando de la Capital) demostró su fuerza, y que, por casi una semana, sus líderes hicieron del Estado Democrático de Derecho rehén de sus deseos y designios.

Además de esa asustadora demostración de fuerza, también se verificó que tras la inclusión de líderes que comandaban el tráfico de drogas de dentro de la prisión en el RDD, su organización perdió fuerza y se desarticuló. Sin embargo, vencido el período máximo establecido por el Art. 52 de la Ley 7.210 de 1984, de 360 días, tendría que ser transferido para otra penitenciaría, con la finalidad de evitar nuevamente su influencia y actuación en las organizaciones criminales. De esa manera, siempre están desplazándose de una penitenciaría a otra.

En esa perspectiva que el Senador Demóstenes propuso la creación del Régimen de Seguridad Máxima, con duración de 720 días, sin perjuicio de la repetición o prorrogación, además de transformar el RDD en progresión de aquel.

No obstante se verifique un punitivismo exacerbado, ello adviene de la peligrosidad y especialidad de tales organizaciones criminales, en que el Estado se ve sin otra alternativa

Lorena Albuquerque para que se mantenga el orden. Como menciona ALEXANDRE DE MORAES<sup>228</sup>, “os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito” (...).

Así que la actuación estatal se torna legítima, una vez que busca dar efectividad a la creciente necesidad de seguridad en los establecimientos penales, bien como resguardar el orden público que es amenazado por criminosos que continúan conduciendo o participando de organizaciones criminosas que actúan en el interior de las prisiones, liderando rebeliones que no raro culminan con fugas y muertes de personas inocentes, tanto en el entorno penitenciario como también en el medio social.

### **3.10. Violaciones a principios del Derecho Penal.**

#### **3.10.1. Culpabilidad.**

El principio de culpabilidad surgió para delimitar la responsabilidad penal. En el Derecho Penal no existe responsabilidad objetiva, así que el principio de culpabilidad impone la subjetividad de la responsabilidad penal<sup>229</sup>. La persona solo puede ser punida si el hecho acontecido fue en consecuencia de su culpa. Mejor dicho, si su conducta es reprochada. Esto es el núcleo de la idea de culpabilidad que pasa a funcionar como fundamento y límite de la pena<sup>230</sup>.

Así, el Derecho penal del enemigo viola el principio de culpabilidad al atribuir una pena por la condición culpable de la vida que lleva el sujeto, y no por la realización culpable de un hecho. Según ROXIN, “sólo la culpabilidad existente durante la misma realización del tipo puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídico-penal. Si falta, no es

---

<sup>228</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. p. 169.

<sup>229</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007. p. 104.

<sup>230</sup> Op. Cit. p. 103.

Lorena Albuquerque lícito recurrir en vez de a ella a una “culpabilidad por la conducción de la vida” o “culpabilidad por la decisión de la vida” existente en el pasado, y que ha convertido el sujeto, por su propia conducta equivocada, en lo que es hoy”<sup>231</sup>.

Sería, entonces, una “culpabilidad de autor”, que correspondería al Derecho Penal de autor, contrariamente a la “culpabilidad por el hecho”, que se correlaciona con el Derecho Penal del hecho, en perfecta consonancia con el Estado de Derecho<sup>232</sup>.

Además, el principio de culpabilidad tiene relación con el carácter inviolable del respecto a la dignidad humana, pues, al estar íntimamente ligado a la justificación y consecuente medición de la pena, llevándose siempre en consideración su proporcionalidad, es una legítima expresión de justicia material peculiar al Estado Democrático de Derecho delimitadora de toda responsabilidad penal<sup>233</sup>.

### **3.10.2. Proporcionalidad.**

Una de las características constatadas en el Derecho Penal del enemigo es justamente la desproporcionalidad de las penas previstas e impuestas<sup>234</sup>. Las penas son cada vez más altas y no se prevé su disminución en consideración a la anticipación de barreras punitivas. O sea, que las penas, además de que sean impuestas a título de actos meramente preparativos o de meras sospechas, hiriendo también el principio de lesividad, como se ve más adelante, no se reflexiona respecto a una posible atenuación.

Sin embargo, lo que también se debe tener en cuenta con el principio de proporcionalidad, como denota CANOTILHO<sup>235</sup>, es la conformidad de la medida para que alcance sus fines. O sea, cuando causa el menor perjuicio posible entre las medidas previas para alcanzar un fin y, sobre todo, intentando no cargar los derechos fundamentales. Así, los

---

<sup>231</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal-Parte General*, Tomo I, Fundamentos. A Estrutura da Teoria do Delito, Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et alli. Editora Civitas. 4 ed. Madrid, 2006. p. 817.

<sup>232</sup> DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006. p. 436.

<sup>233</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. V. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 139.

<sup>234</sup> CANCIO MELIÁ, Op. Cit. p. 112.

<sup>235</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 262-263.

Lorena Albuquerque  
medios empleados por el legislador tienen que ser sopesados a fin de certificarse si no habría otro medio también considerado eficaz, pero que sea menos desventajosa para el ciudadano, es decir, si la ventaja del fin pretendido no es debilitada por los medios utilizados.

Por integrarse a la idea de justicia, la idea de proporcionalidad siempre debe ser llevada en cuenta al establecerse las penas, encontrándose su límite en la dañosidad social acarreada por el delito cometido. Y, como ya planteaba Beccaria,

Não é apenas de interesse comum que não se pratiquem crimes, mas, também, que sejam mais raros na proporção do mal que causam à sociedade. Portanto, por via de consequência, mais fortes devem ser os obstáculos que afastem os homens dos crimes, na medida em que se apresentam como contrários ao interesse público e na razão dos estímulos que para eles os induzem. Desta forma, deve existir uma proporção entre os delitos e as penas.

Ese juicio valorativo debe ser hecho a fin de graduar la pena en relación al daño provocado por el delito, evitando cualquier exceso, siendo necesario haber una ponderación entre la gravedad del hecho y de la sanción a ser impuesta. Como bien señala GARCÍA PABLOS<sup>236</sup>, “el mandato de proporcionalidad implica un juicio lógico o ponderación que compara, valorativamente, la gravedad del hecho antijurídico y la gravedad de la pena, la entidad del injusto y la de su punición”.

No se puede dudar de que es un hecho ampliamente aceptado de que nadie puede ser constreñido o lesionado con medidas jurídicas desproporcionales. Sin embargo, conviene notar que, tratándose del Derecho Penal del enemigo, se propugna, no por la imposición de una pena a los enemigos peligrosos, sino de una medida de seguridad, y ésta, vale decir, debe ser impuesta y adecuada a la peligrosidad criminal del autor.

Así que, con la política criminal adoptada actualmente, en que la seguridad se sobrepone a las demás garantías, el problema está en cómo identificar que aquél individuo es peligroso lo suficiente para que sea necesario neutralizarlo, o aún, caso se constate que sí, cómo se debe adecuar la medida de seguridad a su peligrosidad. En otros términos: No se

---

<sup>236</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal*. Introducción, p. 400.

Lorena Albuquerque tiene claro qué conjunto de circunstancias se debe llevar en cuenta para que se denote la probabilidad de alguien practique o reincida en el crimen.

### **3.10.3. Lesividad.**

La materialización del concepto de delito se produce, ciertamente, con el principio del bien jurídico. Sin embargo, por más que el objeto de protección sea el bien jurídico<sup>237</sup>, se reviste tal orientación aún más importante visto que no hay delito sin que haya lesión o peligro de lesión a un bien jurídico determinado, se tratando, entonces, de ser denominado, autónomamente, de principio de ofensividad o de lesividad<sup>238</sup>.

De esa manera, solamente la conducta exteriorizada puede ser objeto de intervención penal. No obstante, como bien señala BATISTA,

Isso não significa absolutamente que o direito penal se desinteresse da atitude interna do homem. Antes da perspectiva da culpabilidade, encontraremos esse interesse no dolo (isto é, na consciência e vontade do autor acerca da conduta objetiva proibida), bem como em intenções, motivos e certos estados especiais de ânimo. Em qualquer hipótese, todavia, é imprescindível que a atitude interna esteja nitidamente associada a uma conduta externa.

---

<sup>237</sup> Cfr. Roxin (ROXIN, Klaus. *Derecho Penal-Parte General*, Tomo I, Fundamentos. A Estructura da Teoria do Delito, Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et alli. Editora Civitas. 2ª ed. Madrid, 2000. Pág. 67) em que uma parte da doutrina nega a determinação do conceito material de delito à idéia de proteção do bem jurídico. Ver concepções discrepantes na doutrina como Jercheck, que opina que o conceito de bem jurídico serve em muitas ocasiões para limitar o Direito penal a sanções de condutas nocivas para a comunidade, mas que esta “ não é uma questão do conceito de bem jurídico, mas sim de política criminal, que certamente está vinculada à escala hierárquica de dos valores na Constituição, aos deveres de proteção derivados dela e ao princípio de subsidiariedade do direito penal”; Zipf, que de modo similar diz que o conceito material de delito está “preconfigurado pelo ordenamento constitucional e pela teoria do Direito Penal”, não vendo, por exemplo, no conceito material de delito um “limite jurídico para o legislador penal”; Amelug, que pretende basear o conceito material de delito em uma teoria do dano social; Welzel, que sustenta a opinião de que a missão central do Direito Penal não consiste na proteção de bens jurídicos, mas sim em assegurar a “vigência dos valores do ato ético sociais positivos, como o respeito à vida, saúde, liberdade, propriedade alheia, etc”; e Jackobs, que opina que as modalidades de tipo objetivo e subjetivo são irrelevantes para que haja uma lesão de bens”

<sup>238</sup> RÉGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Peral-Arts. 1º a120. v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 140.

Lorena Albuquerque

En el ámbito del Derecho Penal del enemigo, se nota que la intervención penal va más allá del ámbito permitido (legal), cual sea, la exteriorización de una conducta y realización de un hecho. El Derecho Penal anticipa barreras e impone penas a la “*persona*”, y no al “*actuar*” del individuo. Y, en la denotación de ZAFFARONI<sup>239</sup>, “un derecho que reconozca y al mismo tiempo respete la autonomía moral de la persona jamás puede apenar el ser, sino el hacer de esa persona, ya que el propio derecho es una orden reguladora de conducta”.

Y, como el Derecho Penal del enemigo busca, sobre todo, la seguridad, intentando dejar inocuo tales individuos que no demuestren ser posiblemente fiel a la norma, se pune por la mera sospecha o desconfianza de involucrimiento en organizaciones criminosas que pongan en riesgo la sociedad y desafíen el propio Estado.

De esa manera, se puede decir que “el punto de partida al cual se prende la regulación es la conducta no realizada, pero solo planeada, es decir, no el daño a la vigencia de la norma que haya sido realizado, pero el hecho futuro. Dicho de otro modo, el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho Penal del enemigo”<sup>240</sup>.

Se confronta, de esa manera, con el principio de lesividad, que solo se castiga comportamientos que lesionen derechos de otros. En la concepción de BATISTA<sup>241</sup>, el principio de lesividad admite cuatro principales funciones, cuales sean: prohibir la incriminación de una conducta interna<sup>242</sup>; prohibir la incriminación de una conducta que no exceda el ámbito del propio autor<sup>243</sup>; prohibir la incriminación de simple estados

---

<sup>239</sup> ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires: Ed. Ediar, 1986. p. 73.

<sup>240</sup> MALAN, Diogo Rudge. *Processo Penal do Inimigo*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 14, nº 59, 2006. p. 49.

<sup>241</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007. p. 92 e ss.

<sup>242</sup> No se pune la actitud interna del hombre. Es lo que se llama de *cogitationis poenam nemo partitur*.

<sup>243</sup> Se refiere a la no punición de los actos preparatorios. En Brasil, por ejemplo, está previsto em el Art. 14, II, del CP. También se deduce el principio de lesividad del Art. 31 del CP, en que el crimen no será punido si no se ha iniciado su ejecución; y del Art. 17 del CP, que se trata de la impunidad del crimen imposible.



existenciales<sup>244</sup> y prohibir la incriminación de conductas desviadas que no afecten cualquier bien jurídico<sup>245</sup>.

Así, el principio de lesividad veda la imposición de pena a un simple estado o condición de un hombre, refutándose, pues, las propuestas de un Derecho Penal de autor y sus derivaciones más o menos disimuladas, que, llevando a las últimas consideraciones, implica en excluir del campo del derecho penal las medidas de seguridad<sup>246</sup>.

Ciertamente que un Derecho Penal fundado en la peligrosidad del agente terminaría en una interpretación de Derecho Penal de autor, sin embargo, el cierto es que hay que distinguir las consecuencias jurídicas del delito (penas y medidas de seguridad) y tomar decisiones con cautela cuando se tiene un problema claro (que es la criminalidad organizada, terrorismo y demás crímenes hediondos) y se urge resolverlos. Si tales crímenes se basan en la peligrosidad del agente y para eso se impone medida de seguridad, resta adecuarla proporcionalmente al peligro que ese agente criminal está causando para la sociedad, procurando una mayor eficacia con el menor perjuicio para el autor.

#### **3.10.4. Dignidad de la persona humana.**

Respecto al principio de dignidad de la persona humana, se conviene decir, primeramente, que todo ser humano merece una consideración especial por el simple hecho de ser un ser humano. Partiendo de esa constatación, como dato inherente al ser humano, a él se le atribuye derechos, teniendo la capacidad de proyectarse individualmente y desarrollarse culturalmente. Como dice Kant, el hombre es considerado como un fin en sí mismo, y no como medio. Así que dignidad es un valor infinito, intocable. De la dignidad del ser humano adviene el principio de igualdad. Si todo ser humano tiene dignidad, entonces todo ser humano debe ser igual.

---

<sup>244</sup> Respeto a la reputación de las propuestas de Derecho Penal de autor, en que se afirma que “el derecho penal solo puede ser un *derecho penal de acción*, y no un *derecho penal de autor*, como eventualmente se pretendió”.

<sup>245</sup> Se habla de “derecho a la diferencia”, de prácticas y hábitos de grupos minoritarios que no pueden ser criminalizados.

<sup>246</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007. p. 93.

Lorena Albuquerque

En Brasil, la Constitución Federal de 1988 atribuyó la dignidad de la persona humana como un valor que fundamenta los derechos fundamentales. Entonces, como postulado fundamental, al Estado Democrático de Derecho debe ser inmanente el respeto a la dignidad humana, modelando todo el ordenamiento jurídico a fin de evitarse cualquier lesión a ese principio de justicia, que, inclusive, sobre todo en el campo penal, debe anteceder el juicio axiológico del legislador, vinculando de forma absoluta su actividad normativa<sup>247</sup>.

Sin embargo, se advierte, actualmente, que se está sucediendo la diseminación de legislaciones manifiestamente contrarias a tales preceptos. Los derechos fundamentales son la base de todo el ordenamiento jurídico que reconoce a los ciudadanos los derechos y garantías intangibles. Así, la simple diferencia entre ciudadanos y enemigos lanzada por el Derecho Penal del enemigo, ya no condice con el principio de igualdad, procedente de la dignidad humana.

De todas maneras, la doctrina mayoritaria afirma que tal teoría no compadece con el Estado de Derecho. Se torna, así, inmediatamente necesario justificar, si es que es posible, tales políticas de seguridad actualmente emprendidas en el sentido de legitimarlas.

Desde logo, se verifica la facilidad en asociar tal protección del ciudadano a través de políticas de seguridad y restricciones de derechos fundamentales, con la justificativa encontrada por los Estados autoritarios para combatir lo que ellos mencionaban ser caos e inseguridad<sup>248</sup>.

### **3.10.5. Intervención mínima.**

El principio de intervención mínima trae la idea de *ultima ratio* del Derecho Penal. Su carácter fragmentario y subsidiario demuestra su consideración como protección sancionadora

---

<sup>247</sup> RÉGIS PRADO, LUIZ. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 138.

<sup>248</sup> CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho Penal del Enemigo y Derechos Fundamentales. En *Derecho Penal del Enemigo*. El Discurso Penal de la Exclusión. Madrid: Edisafer, 2006. p. 325-340. p. 334.

Lorena Albuquerque más remota. Es decir, solamente debe actuar en defensa de bienes jurídicos considerados imprescindibles y cuando a estos ya hayan sido predisuestas y mal sucedidas la protección de otras ramas del derecho. Eso porque a la sanción penal se le atribuye especial gravedad, acabando por imponer las más serias restricciones a los derechos fundamentales<sup>249</sup>.

Así, sería contrario a los objetivos proclamados por el Derecho Penal utilizarlo donde no haya necesidad de una intervención más grave, o mejor dicho, donde no haya necesidad de pena. Se resulta un Derecho Penal racional y eficaz el que la intervención penal se reduce al mínimo imprescindible. En caso contrario, en las palabras de ROXIN<sup>250</sup>, su utilización no dispondría de “legitimación de la necesidad social” y perturbaría la “paz jurídica”.

En lo que toca al Derecho Penal del enemigo, al plantearse un Derecho Penal de combate a peligros, anticipando la tutela penal a fin de punir actos preparatorios, debido a la peligrosidad del agente, se muestra con claridad el carácter esencialmente preventivo de tales medidas, violando perceptiblemente el principio de intervención mínima. O más bien, no solo violando tal principio, sino que clamando por una máxima intervención.

### **3.11. ¿Qué crisis enfrenta el sistema penal?**

Es cierto que se admite el derecho de punir del Estado a fin de intervenir coercitivamente en la libertad de los ciudadanos, sin embargo, es necesario averiguar a qué propósito se da esa intervención. En efecto, ante un crimen y un criminoso, se requiere providencias en el sentido de punir el criminoso por el delito cometido. El esencial está en cómo punir, para qué punir y en qué medida punir. Ciertamente no se debe punir por punir. La punición, una vez advenida del Estado, formado en razón de los ciudadanos, debe obedecer criterios de racionalidad. La pena es una forma invasiva del Estado en la libertad del ciudadano, así que para imponerla, urge necesidad, utilidad y proporcionalidad.

Para que se logre una justificación del Derecho Penal, es necesario medir el grado de garantismo que él puede brindar. A su vez, como un paradigma meta-teórico, contempla

---

<sup>249</sup> PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 143.

<sup>250</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Trad. Muñoz conde. Madrid. Ed. Reus, 1976. p. 22.

Lorena Albuquerque FERRAJOLI<sup>251</sup> que, apenas se justifica el Derecho Penal si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían.

Así que, a falta de racionalidad de la ley, se verifica la constante deriva inflacionista del Derecho Penal, identificadas como leyes de excepción o de emergencia, a causa de cualquier situación que fue motivo de alarde público. A partir de ahí se verifica no un Derecho Penal mínimo sino que un Derecho Penal máximo, que se desarrolla fuera de todo diseño racional y a través del cual han entrado en crisis todos los clásicos principios garantistas y de legitimación<sup>252</sup>.

La crisis se da, sobre todo, por la política adoptada por los Estados, incapaz de seguir los cambios sociales y capaz solamente de un uso demagógico del Derecho Penal como subrogación simbólica de su incapacidad para afrontar los fenómenos<sup>253</sup>, por veces tipificando más delitos y por veces eliminándolos o, inclusive, deformando el proceso penal con negociaciones, destacando el principio de oportunidad penal.

A partir de ahí, podemos evidenciar la crisis del sistema penal en la confrontación entre dos tendencias, cuales sean: las teorías legitimadoras del Derecho penal, en que se justifican el derecho de punir del Estado, y las teorías deslegitimadoras, en que se niegan la legitimación del Estado en el *jus puniendi*. O aún, podría ser una crisis de legitimidad o deslegitimación *versus* crisis de eficiencia y relegitimación.

De hecho, se nota una cierta confusión. Tal horizonte de proyección va desde una política criminal alternativa y alternativas a la política criminal (minimalismo y abolicionismo penal) a una (neo) política de la pena (la eficiencia penal y los movimientos de Ley y Orden).

Diagnosticando la función de la pena en la legislación penal brasileña, se muestra la opción político criminal del legislador por el pragmatismo, no se identificando filiación a cualquier teoría de la pena en particular<sup>254</sup>, pues se mezclan el reformismo minimalista (la

---

<sup>251</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 252.

<sup>252</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 257.

<sup>253</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 259.

<sup>254</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 79.

Lorena Albuquerque reforma penal y penitenciaria de 1984, los Juzgados especiales criminales y las penas alternativas) en contraposición al reformismo eficiente (movimiento de Ley y Orden), manifestaciones claras de un Derecho Penal simbólico, condescendiente, inclusive, con el Derecho Penal del enemigo.

Conviene destacar, sin embargo, que ese eficienticismo proclamado no raro se opone a las garantías mínimas del Estado Democrático de Derecho. Sería entonces una crisis entre las teorías que legitiman el derecho de punir (teoría absoluta, teoría relativa y teoría mixta), las que lo deslegitiman (abolicionismo y minimalismo penal), y la que visa relegitimar el Derecho Penal, proclamando medidas que visan la seguridad de la sociedad frente a la libertad de los individuos, instituyendo sanciones que no condicen con el discurso internacional de los Derechos Humanos. Este es lo así llamado Derecho Penal del enemigo.

En el caso de la legislación brasileña, hubo un reformismo minimalista, con la reforma penal y penitenciaria de 1984, los Juzgados especiales criminales y las penas alternativas, aunque haya tenido también muchas leyes que visan un reformismo eficiente, basadas en el movimiento de ley y orden, como por ejemplo, la ley de los crímenes hediondos, ley sobre el crimen organizado y la ley que alteró la ley de ejecución penal instituyendo el RDD (Régimen Disciplinar Diferenciado).

Así, no se trata de que existan dos Derechos Penales, uno para el ciudadano y otro para el enemigo, esto estaría destinado al fracaso, pues, el Derecho Penal como un todo está infectado por el Derecho Penal del enemigo, de forma que es impensable una reforma que posibilitara la referida división y que permitiera un Derecho Penal realmente digno de un Estado de Derecho<sup>255</sup>. El más grave, sin embargo, es la posibilidad del Derecho Penal del enemigo ser usado para legitimar acciones de regímenes autoritarios y como instrumento de dominación social, a punto de que el Derecho como un todo pierda influencia en la medida en que amenace los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004. p. 43.

<sup>256</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco...cit. p. 44.

Lorena Albuquerque

Así, en que pese la supuesta eficacia inmediata de la tesis del Derecho Penal del enemigo en que se torna manifiesta la incapacidad de uno de adecuarse a un Estado de ciudadanía, no se comparte de la idea de alejarse de un Derecho Penal mínimo, que implica la adopción de varios principios que van a servir de orientación al legislador, tanto en la creación cuanto en la revocación de los tipos penales, sirviendo también para ubicar los aplicadores de la ley penal para una correcta interpretación.

El punto es que si por un lado hay acciones del Estado que pueden ser legitimadas indebidamente con la justificativa de un Derecho Penal del enemigo, por otro no se puede negar que el Estado debe utilizar medidas aptas para impedir la propagación de conductas que favorecen el crimen organizado y afectan, sobre todo, el orden público.

### **3.12. El potencial legitimador del llamado Derecho Penal del enemigo.**

Con los nuevos cambios en las legislaciones penales, se visualiza un momento conturbado en el que atañe a la criminalidad. Además de temerse al conflicto urbano generalizado, se teme no poder actuar con eficiencia ante estos peligros que son más evidenciados por producirse en cadena, una criminalidad en serie y organizada. A cada vez que se noticia un crimen bárbaro que causa emoción en el país, la población indignada reclama por cambios urgentes en la legislación. Los cambios son atendidos a fin de tranquilizar la sociedad, y cada vez se castiga más.

La sensación de inseguridad asola la sociedad. Se teme que los bandidos permanezcan en las calles. O, aún peor, se temen a los delincuentes incluso dentro de las prisiones, pues, estas son también el punto de partida de organizaciones criminosas, pues muchos crímenes son comandados de dentro de las prisiones, urgiendo tomar providencias cuanto a esa criminalidad que viene corrompiendo la sociedad y desafiando el propio Estado.

Lorena Albuquerque

Tal coyuntura lleva, evidentemente, a una política criminal equivocada y que no resulta en más que la reproducción y multiplicación de la violencia<sup>257</sup>. Sin embargo, el que se visa actualmente es la eliminación de peligros. El Derecho Penal del enemigo adentró en el lineamiento jurídico de los países, generado por un Derecho Penal de emergencia, sucedido por saciar la furia de venganza de la sociedad.

Por ser un Derecho Penal de emergencia, la pena no tiene ninguna función para el individuo. A éste no se le da la oportunidad de dialogar con el Estado. Tampoco el Estado tiene la preocupación de entenderlo o de resocializarlo. Cuando el individuo pasa a cometer actos que amenazan la seguridad del Estado, la pena impuesta por este es apenas una coacción que servirá como medio de seguridad.

Así, el Derecho Penal del enemigo cumple apenas la función de seguridad. La pena en sí será para que aquél individuo considerado como enemigo permanezca inocuo ante el Estado. Lo que se pretende es neutralizar el enemigo para que él no ponga en riesgo la sociedad.

De esa manera, se podría decir que el Derecho Penal del enemigo es una política criminal que lucha contra la diseminación de la criminalidad. Sucede que esa política criminal no solo debe luchar contra la difusión de ésta, sino que debe limitarse en las garantías del ser humano, haya vista la desaprobación de un espacio para un “Derecho Penal del enemigo” en el Derecho Penal democrático, que, como afirma DEMETRIO CRESPO, se trata de negar la dignidad humana<sup>258</sup>. Eso se explica, sobre todo, porque tales límites de garantía están en el propio Derecho Penal. Esta es la garantía de todo delincuente, en que el Estado no podría actuar diferente.

En lo que se refiere a la moderna criminalidad, en la que se desarrolla bajo organizaciones criminales, lo primero que se suscita es la legitimidad de la imputación de esa

---

<sup>257</sup> BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ano 4, nº 14, p. 137-145, 2004. p. 140.

<sup>258</sup> DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006. p. 434.

Lorena Albuquerque  
conducta, es decir, el hecho que se entienda como un injusto penal, merecedor de pena, el pertenecer una organización para estos fines, una vez que aún no es pacífico ese enlace, sea en la ley, en la doctrina o la jurisprudencia.

De hecho, si tal injusto existe, para que tenga rendimiento la propuesta, hace falta verificar la funcionalidad y materialidad del concepto<sup>259</sup>. La fundamentación es necesaria para que se evite violar el principio de culpabilidad, verificado en los dos extremos de la determinación de la responsabilidad penal, una que genera impunidad, por el hecho de que la conducta individual se diluya en la conducta del grupo, y la otra que genera una responsabilidad colectiva, en el que el resultado es imputado a toda la organización por igual, como una coautoría<sup>260</sup>.

De esa manera, habiendo una doble imputación, en el caso de que el delito sea cometido a través de la organización, como hemos planteado anteriormente, es lo más conveniente, pues el desvalor de la conducta individual y concreta no absorbe el desvalor del delito de peligro abstracto.

La legitimidad de esas premisas se confronta con los ideales de un Estado Democrático de Derecho. Ello porque se evidencia la incompatibilidad con los principios de un Estado social, como lesividad, proporcionalidad, intervención mínima, etc. Ciertamente, aunque se constate tales evidencias del Derecho Penal del enemigo en el seno de los sistemas penales, es un Derecho Penal vigente y, llevándose en cuenta que no se tiene en vista otra solución penal para combatir tal coyuntura, no se puede prescindir de tales providencias de emergencia que resultan eficaces, aunque no sean de todo válidas<sup>261</sup>.

Observando su repercusión en la imputación del delito, se requiere identificar al que se encaja en el sistema como “enemigo”, dándose en otro problema - que se supone que es en lo

---

<sup>259</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p. 259.

<sup>260</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009. p. 260.

<sup>261</sup> En sentido contrario DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006. p. 441, en el que afirma que se “infringe un principio fundamental de la teoría del derecho según el cual la *validez* no puede hacerse derivar de la *eficacia*”.



Lorena Albuquerque que reside esa teoría -, que es el “cambio”, el “pasaje” en que un individuo considerado ciudadano deja de serlo y se torna enemigo.

El hecho del individuo integrarse en organizaciones criminosas bien estructuradas, además de la habitualidad y profesionalidad criminal y de la reincidencia, serían, según SILVA SANCHEZ, lo que manifestaría concretamente la peligrosidad del agente y lo transformaría en enemigo<sup>262</sup>.

Aunque ese tema sea muy susceptible a equívocos, dependiendo del análisis subjetivo del delincuente y haciéndose juicio de mera sospecha, el Estado es impelido a tomar providencias con respecto a esas personas, pues es responsable por la seguridad y por el orden social, no pudiendo dejar que una supuesta minoría detenga la mayoría.

JAKOBS defiende el Derecho Penal del enemigo afirmando que el Estado tiene el derecho a buscar la seguridad frente a los enemigos, sustentando que la custodia de seguridad es una institución jurídica. Y argumenta que los ciudadanos tienen el derecho a exigir del Estado las medidas adecuadas a fin de fornecer esta seguridad<sup>263</sup>, no debiendo tratar el enemigo como persona, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas<sup>264</sup>.

### **3.13. La eventual relevancia de un Derecho Penal de emergencia.**

Con la creciente criminalidad cada vez más especializada y la falta de medios eficaces para frenarla, es inevitable el cuestionamiento cuanto a la razonabilidad de un Derecho Penal de emergencia. Su relevancia sería, sobre todo, en el sentido de contener el aumento de la criminalidad en situaciones en que el Derecho Penal no está debidamente preparado para enfrentar.

---

<sup>262</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Ed. B de F, 2006. p. 185.

<sup>263</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal del Enemigo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p.33.

<sup>264</sup> Op. Cit. p. 47.

Lorena Albuquerque

En lo que se refiere a la admisibilidad de un Derecho Penal de emergencia es aceptable hasta que se delimite el ámbito de su incidencia, en quien va a incidir y especialmente su finalidad mediata. No basta justificarlo como un derecho que objetiva reprimir la criminalidad a corto plazo. Es imprescindible manifestar el propósito de mantener la seguridad y el orden social. Aunque sea necesario restringir a casos imprescindibles y buscar una solución que esté en consonancia con los preceptos básicos del Derecho Penal, se insta precaverse de los peligros generados por tales individuos peligrosos.

De ahí que urge saber si el Derecho Penal tiene realmente capacidad para enfrentar tales problemas o simplemente se encuentra en una situación en que es necesario reflexionar acerca de cómo afrontar una “nueva” coyuntura que no puede seguir con los métodos tradicionales de un Derecho Penal de un Estado Democrático de Derecho.

Indubitablemente no se puede prescindir con totalidad de todos los principios y garantías que fueron consolidados poco a poco. Sin embargo, se debe abrir un espacio para que se pueda solucionar los “nuevos problemas” de tal forma que no resulte ineficaz, una vez que hay una imposibilidad de uniformizar el tratamiento de los diferentes tipos de crímenes.

Es cierto que el Derecho Penal se ve en una encrucijada en que, si de un lado se propugna por la intervención mínima, de otro se ve obligado a tomar decisiones que anteceden su extensión a fin de que se pueda evitar crímenes de mayor magnificencia. Y aún, en la tentativa de evitar la intervención penal, o mismo que se anteceda la barrera de punición, se imponen penas vultuosas, teniendo en vista proporcionar el miedo al delito. Ese equívoco sucede primeramente por una cuestión política, en que se busca atender la inquietud de la sociedad, y segundo porque, a corto plazo, no es común que se piense en otra solución, sino que sostener un Derecho Penal de emergencia.

Como dicho anteriormente, a esa rápida diseminación de la criminalidad se requiere un tratamiento inmediato. Así que el Derecho Penal del enemigo es fruto de un Derecho Penal de emergencia, en que se busca refrenar esa criminalidad, satisfaciendo la sociedad.

De esa manera, como la idea es una política criminal de lucha contra la criminalidad, no se tiene la preocupación de obedecer las finalidades y los propósitos de la pena. La pena es

Lorena Albuquerque apenas para inocuizar el agente y alejarlo del entorno delictuoso en que se encuentra. En verdad, se constituye una medida de seguridad para esos individuos peligrosos que huyen del control del Estado.

No obstante el escenario actual del crimen organizado, podemos manifestar la creencia en mejoras en los sistemas penales. Sabemos que hay una parte del criminoso a que es preciso atribuir la pena, que es preciso condenar. Pero existe otra parte que no podemos juzgar. Los sistemas penales son un desafío a esa comprensión.

La corrupción y el tráfico de drogas son organizaciones criminosas con infiltración en todo el cuerpo social. No son los delincuentes callejeros que amenazan el equilibrio de las instituciones, sino que el poder paralelo que sangra y sofoca y amenaza suplantar el Estado de Derecho.

La falta de una legislación vigorosa y actualizada, capaz de abarcar los conflictos del tiempo presente crea dos realidades inaceptables en relación al crimen, cuales sean, de un lado, la flojedad que se desdobra en plazos y recursos sin fin, dejando impunes criminosos de alta peligrosidad. Las legislaciones penales dan margen a que se críen situaciones en que las penas aplicadas llegan a constituir una provocación, una agresión a la víctima y a la sociedad.

Con eso, el que se queda para la sociedad es la lección de la impunidad, incentivando nuevos crímenes y exponiendo al descrédito el Poder Judicial, pues es incomprensible para el que no conoce que, en lo complejo proceso de juzgamiento, el juez se torna rehén de un sistema penal equivocado y obsoleto.

Así, se puede evidenciar que hay nuevos medios de criminalidad que ponen en jaque el sistema penal y todo el esquema estatal de combate al crimen. Se torna claro que estamos ante recursos obsoletos para ese combate. No obstante, nos deparamos con un concepto de Derecho Penal del enemigo en que se parece más permisivo y flexible, aunque, a nuestro parecer, no signifique que todo sea explicado y justificado por él.

El Derecho Penal del enemigo es una teoría en la que se busca evidenciar todas esas formas de criminalidad, así como las personas a las cuales son propicias a que sean reconocidas como “enemigo” y, desde entonces, ser complaciente con un tratamiento diferenciado en lo que se refiere a la garantías hasta entonces consideradas inherentes al

Lorena Albuquerque  
sistema penal. No se puede afirmar que tales restricciones sean legítimas, aunque se estén legitimando poco a poco, por más que indebidamente.

Lo que nos empeñamos en exponer es el hecho de que tales irregularidades son consecuencias de una criminalidad de nuestro tiempo, que no exclusivamente del hecho de que JAKOBS describa la teoría del Derecho Penal del enemigo. El problema es todo el esquema montado de la criminalidad y no solamente la forma como describió ese autor.

## **CONCLUSIONES**

---

Con la globalización, el crimen organizado se ha convertido en un problema de índole internacional; vemos que ésta delincuencia ha desarrollado métodos complejos en cuanto a su forma, organización y comisión de delitos; ésta “especialización” supone una problemática en la aplicación del Derecho, puesto que la misma dificulta los procedimientos investigativos y judiciales de los Estados. Por ello se requiere una reacción punitiva precisa, tanto a nivel sustantivo como en la coyuntura de dispositivos de lucha a nivel procesal, administrativo y policial, sobre todo en el factor cooperación internacional.

No existe fundamento lógico para buscar diferenciar una “organización criminal” de una “asociación ilícita” tal como sostiene un sector de la doctrina, esencialmente porque a ambas se les reconoce como conductas desvaloradas penalmente, atendiendo a una misma naturaleza, con características semejantes. Por ello, no posee utilidad desde una perspectiva de legalidad penal su distinción. Así que ambas se deducen cuando concurre una pluralidad de personas, actuando concertadamente, formando una estructura con jerarquías, que sea estable y continua, y que sea idónea para ejecutar sus planes.

La racionalidad de la ley penal se radica en dos polos, uno de orden empírico y otro valorativo, siendo necesario la existencia de una armonización y equilibrio para que se logre obedecer a una estricta legalidad, es decir, se vuelve necesaria una política criminal que equilibre eficacia y garantismo.

El bien jurídico, a pesar de depender del momento político en que se encuentra, es una realidad natural de una relación social concreta, asociado a los problemas inherentes a la propia realidad, siendo legitimado por el proceso de legitimación de la norma. Por otro lado, la dañosidad social va a constituir el elemento imprescindible para que los ciudadanos puedan estar de acuerdo en la incriminación de una conducta.

En lo que se refiere a la justificación político criminal del tipo penal de asociación ilícita, se explica por la facilitación de investigaciones judiciales y la obtención de pruebas, además de actuar como mecanismo subsidiario de imputación penal en los casos que no se

Lorena Albuquerque  
pueda comprobar la participación en un hecho punible concreto. Y, aunque que no se pueda creer en un nivel de racionalidad en la tipificación del delito de asociación criminal en la lucha contra el crimen organizado, por no haber un equilibrio entre la eficacia de la legislación y las garantías enmarcadas, no significa decir que no pueda ser usado para tal fin.

La dificultad del tratamiento del crimen organizado es no sólo a que dicha forma de criminalidad afecta a un bien jurídico-penal supraindividual como la paz pública, o al hecho de que altera el desarrollo uniforme de las relaciones económicas, sino que también se ha orientado al debilitamiento de los propios sistemas democráticos y al Estado de Derecho, por constituir una fuerza paralela al Estado en que muchas veces le deja de manos atadas, primordialmente porque es la corrupción el delito vehículo de toda logística desarrollada por una organización criminal.

La lucha contra esa especie de crimen sigue una tendencia creciente en la adopción de la figura típica de pertenencia o participación en una organización criminal o asociación con fines delictivos, siendo uno de los mecanismos sustantivos más utilizados por los ordenamientos legales, como resultado de los Convenios Internacionales en la materia.

Tal como se encuentra tipificado el delito, presenta problemas dogmáticos por colisionar con derechos fundamentales y garantías básicas del Derecho Penal, careciendo de un fin de protección de la norma claramente identificable que permita su correcta y coherente interpretación.

Además de no estar conforme al principio de responsabilidad penal por el hecho propio, supone un adelantamiento de la barrera punitiva, pudiendo mezclar incluso con los actos preparatorios, y, yendo más allá, entrando en el ámbito privado de la persona, puniendo inclusive los pensamientos.

El contenido del injusto podría estar en la propia existencia de la organización, o en el *plus* de peligrosidad en la comisión de los delitos concretos respaldado por una organización criminal. Si se hace improbable comprobar una lesión al bien jurídico “paz pública”, sea por el la imprecisión del concepto o por la amplitud que se supone ese tipo penal, más sensato basarse en el plus de peligrosidad con relación a los bienes jurídicos individuales.

Lorena Albuquerque

Los problemas presentados a la hora de aplicar las reglas de autoría y participación aún no tiene entendimiento pacífico. Pues, aunque se haya construido la figura del “autor detrás del autor”, y que la autoría mediata sea de entendimiento mayoritario, esta es muy controvertida, pues alguien se sirve de otro como instrumento y tanto uno como el otro tiene el dominio del hecho. Así que se puede entender como un “entrelazamiento” de componentes normativos y fácticos, en que, en el caso del autor material, su responsabilidad se funda por su cercanía al hecho y, en el caso del autor mediato, es responsable por la influencia que ejerce sobre la organización en la cual está incluido el ejecutor.

Ante tal coyuntura presentada, se evidencia la procedencia del movimiento de Ley y Orden, que conduce a la máxima intervención del Derecho Penal. Se prioriza la represión al crimen con el objetivo de dar una respuesta al miedo de la sociedad. El Estado social es dejado para dar lugar a un Estado Penal, resultando en el surgimiento del llamado “Derecho Penal del enemigo” como un Derecho Penal máximo.

Queda claro que las más recientes elaboraciones legislativas tanto en Brasil como en España, sea en materia sustantiva, procesal o de ejecución penal, son vinculadas a una política criminal respaldada en una concepción dogmática en que se olvida la condición humana del autor del delito, permitiendo la formulación de un Derecho Penal del enemigo, en que se abren puertas a las construcciones legislativas de matices menos garantistas.

Sin embargo, las legislaciones traen consigo una “mera legalidad” y por ello son legitimantes, siendo aplicadas cuando demandada por las circunstancias del caso concreto, tanto como sanción, cuanto en razón de medida cautelar, de aseguramiento. Lógicamente, por tratarse de privación de libertad, las autoridades competentes deben emplearla con cuidado, sin embargo, sin recelo, cuando tal instrumento se muestre útil, no permitiendo que tales individuos peligrosos vengán a poner en riesgo la seguridad de las demás personas, así como del propio Estado.

Así, ante la criminalidad organizada, el terrorismo y otras infracciones penales peligrosas, se evidencia un Derecho Penal de lucha contra esos individuos involucrados. No

Lorena Albuquerque  
obstante, aunque ello sea exteriorizado a través de normas, no se puede legitimarlo como un “Derecho Penal del enemigo”, pues este es un concepto doctrinal, crítico, pero no dogmático.

Es posible afirmar que el Derecho Penal de urgencia pierde la esencia de sus fundamentos, deja de ser un instrumento de protección del ciudadano para tornarse un mero instrumento de contención social y gestión de riesgos. El aumento de tipos penales y el endurecimiento de las penas son resultados de un Derecho Penal simbólico, que además de intentar noticiar seguridad para la sociedad, pasa la idea de que el Estado está ponderado al aumento de la criminalidad.

Ante tal escenario, no hay duda de que la cuestión es relevante y se remite a un dilema: o las autoridades estatales utilizan de métodos rigurosos pero asimétricos de lucha contra el crimen organizado, siendo capaces de cesar la continuidad de agresiones a la paz social o estamos todos predestinados a asistir, de forma tímida y pasiva, al desmoronamiento del Estado Democrático de Derecho ante comportamientos criminosamente osados.



## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

---

ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho Penal en la intervención de la política populista. En *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Ed. Comares, 2000.

AMBOS, Kai. El Derecho Penal frente a Amenazas Extremas. En *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*. Emilio Moreno y Bravo (Coord.). Madrid: Dykinson, 2007.

AMBOS, Kai; GRAMMER, Christoph. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. *Revista Penal*. n. 12. Madrid: Ed. La Ley, 1997.

BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1.319, 10 fev. 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

BERNAL, Mats; SERRANO, Mónica. *Crimen Transnacional Organizado y Seguridad Internacional. Cambio y Continuidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

BLANCO CORDERO, I. Principales instrumentos internacionales (Naciones Unidas y Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio. En *Criminalidad Organizada*. Castilla la Mancha: Universidad de castilla la Mancha, 1999.

BUERGO, B. Mendoza. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001.

BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ano 4, n. 14, 2004.

CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. André Luís Callegari (Coord.) Porto Alegre: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

Lorena Albuquerque

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho Penal del Enemigo y Derechos Fundamentales. En *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. Madrid: Edisafer, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal del Enemigo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo*. André Luís Callegari (Org.). Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *La Organización Criminal. Tratamiento Penal y Procesal*. Emilio Moreno y Bravo (Coord.). Madrid: Dykinson, 2000.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La organización Criminal. Tratamiento Penal y Procesal*. Madrid: Dykinson, 2000.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de Riesgos. En *La Política Criminal en Europa*. Víctor Gómez Martín (Coord.). Barcelona: Atelier, 2004.

DELGADO, Joaquín. *Criminalidad Organizada*. Barcelona: Bosh, 2001.

DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En *Derecho Penal y Política Transnacional*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005.

EVAGELISTA DE JESUS, D. RAMAZZINI BECHARA, F. Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. En *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, 2005, n. 825, (octubre), disponible en la página <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>, acceso en 29/07/2009.

Lorena Albuquerque

FABÍAN CAPARROS, Eduardo: Criminalidad Organizada. En *El nuevo Código Penal: Primeros Problemas de Aplicación*. GUTIERREZ FRANCES, Luz y otro (Coord.). Salamanca: Asociación de Estudios Penales, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones Ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Bosch Editorial, 1977.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología: Introducción y Teorías de la Criminalidad*. Madrid: Espasa Calpe, 1988.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado – Enfoques Criminológico, Jurídico (Lei 9034/1995) e Político-Criminal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GÓMEZ DE LIAÑO, Marta. *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación*. Madrid: Colex, 2004.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *El Derecho Penal de Autor*. Valencia: Ed. Tirant to Blanch, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Ed Tirant lo Blanch alternativa, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente “Derecho Penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, n. 07-02. Disponible en: <<http://criminet.urg.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Aceso en 02 de jun. de 2005.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Truibunais, ano 13, n. 56, sep./oct. 2005.

Lorena Albuquerque

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói: Ed. Ímpetus, 2006.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial, v. 2. Niterói: Ed. Impetus, 2005.

HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias de su tiempo. En *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma. En *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Roland Hefendehl (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1958.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*. Parte General. 2. ed. Juaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.). Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? En *Direito Penal e Funcionalismo*. André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. (Coord. y Trad.). Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. *La Penal Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2005.

KUHLEN, Lothar. La autocomprensión de la Ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo. En *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

LARRAURI PIJOAN, Elena. Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión. En *Derecho penal y la política transnacional*. Barcelona: Ed. Atelier, 2005.

LEITE, Flamarion Tavares. *10 Lições sobre Kant*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2007.

Lorena Albuquerque

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 de maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9828>>.

MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado Desorganizado contra o Crime Organizado*. Anotações à Lei Federal nº 9.034/95. (Organizações Criminosas). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 14, n. 59, 2006.

MARTÍN, Ricardo M. M. *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. En *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Silva Sanchez (Coord.). Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

MORENO HERNÁNDEZ, Moises. El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal. En *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. En *Derecho penal del enemigo. Discurso penal de la exclusión*. Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coord.). Madrid: Edisofer, v. 2, 2006.

MUÑOZ CONDE. *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. Valencia: Ed. Tirant Blanch, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? *Revista Penal*. n. 9. Madrid: La Ley, 1997.

Lorena Albuquerque

MURIEL PATINO, María Victoria. Aproximación Macroeconómica al Fenómeno de la Corrupción. En *La Corrupción en el Mundo Globalizado. Análisis Interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2003.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 61, jul./ago. 2006.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. A legislação brasileira em face do crime organizado. En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, oct./dic.1997.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, mar/abr. 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. *La desigual competencia entre seguridad y libertad. Política Criminal, Estado y Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita. En *Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Ferré Olivé y Enarte Borrallo (Eds.). Huelva: Ed. Universidad de Huelva, 1999.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

RODRÍGUEZ, C. M. *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Fundamentos. A Estrutura da Teoria do Delito, Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et alli. Editora Civitas. 4 ed. Madrid, 2006.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traducción de André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Lorena Albuquerque

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Teoria da Imputação Objetiva*. Traducción Luis Greco. São Paulo: Lúmen Júris, 2002.

ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*. n. 2. Barcelona: Ed. Praxis, 1997.

ROXIN, Claus. Acerca de la tentativa en el Derecho Penal. En *Problemas actuales de la dogmática penal*. Lima: ARA, 2004.

ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado?. En *Problemas Actuales de Dogmática Penal*. Lima: ARA, 2004.

ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Trad. Muñoz conde. Madrid. Ed. Reus, 1976.

ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? Doutrina Penal - primeira seção. *Revista dos Tribunais*. n. 790. Ago, ano 90, 2001.

SANCHÉZ GARCÍA, I. *La Criminalidad Organizada. Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales*. Madrid: Dykinson, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Adrogado, 2001.

SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. v. 1, tomo II, parte especial. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Ed. B de F, 2006.

SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Política Criminal y Persona*. Buenos Aires: Ad hoc, 2000.

Lorena Albuquerque

SILVA SANCHEZ, Jesus-María, ¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito”. En *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI*, Libro Homenaje al Profesor Gunter Jackobs. Coord. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Lima: Ara Editores, 2005.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Organización delictiva, comisión concertada u organizada. En *AA. VV. Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *O Estado desorganizado contra o crime organizado*. Anotações à Lei Federal nº 9034/95 (Organizações Criminosas). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

YACOBUCCI, Guillermo J. Política Criminal y Delincuencia Organizada. En *El Crimen Organizado. Desafíos y Perspectivas en el Marco de la Globalización*. Guillermo J. Yacobucci (Coord.). Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

YACOBICCI, Guillermo. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado. En *El crimen organizado: Desafíos y perspectiva en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el Derecho Penal*. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Traducción de Carlos Pérez del Valle. Granada: Ed. Comares, 1995.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte general, 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires: Ed. Ediar, 1986.

ZAFFARONI, E. R. *El enemigo en el Derecho Penal*. Madrid: Ed. Dykinson, 2006.



Lorena Albuquerque

ZIFFER, P. *El Delito de Asociación Ilícita*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

ZÚÑIGA Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001.

ZÚÑIGA Laura. Criminalidad Organizada, Derecho Penal y Sociedad. Apuntes para el Análisis. En *El Desafío de la Criminalidad Organizada*. Granada, 2006.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Ed. Comares, 2009.