

Recensión al libro *La pertenencia a una organización criminal*, de Rolando Márquez Cisneros, Editorial Bdef, Buenos Aires- Montevideo, 2023.

Por Maximiliano Antonio Vargas*

El libro *La pertenencia a una organización criminal*, de Rolando Márquez Cisneros, es de reciente aparición. En este comentario, *describiré* los puntos centrales del libro y, luego, realizaré una *valoración* sobre la obra.

1. Descripción

En el capítulo 1, el autor muestra algunas estadísticas sobre la existencia de organizaciones criminales en España (p. 11 y ss.). También describe las críticas que ha recibido el actual tipo penal de pertenencia a organización criminal (art. 571 bis, CP). Señala que las críticas están dirigidas a la vulneración del principio de lesividad (p. 24 y ss.).

El capítulo 2 trabaja, en primer lugar, el concepto de “sociedad de riesgo” y sus tres características principales, por saber: la mayor potencia de sus peligros, la dificultad de atribuir responsabilidad individual debido a las actuaciones colectivas, y la sensación general de inseguridad en la ciudadanía (p. 38 y ss.). En segundo lugar, se marcan los rasgos del “derecho penal moderno”, cuáles son, el recurso a los delitos de peligro abstracto, el incremento de bienes jurídicos colectivos y el relajamiento de las garantías propias del “derecho penal clásico” (p. 46 y ss.).

El capítulo 2 también presenta, en tercer lugar, el concepto de peligro en la vida cotidiana y cómo el derecho penal lo toma para ajustarlo a sus intereses y finalidades (p. 34 y ss.). Se enfoca, en cuarto lugar, en los delitos de peligro abstracto y sostiene que son aquellos que se limitan a “(...) describir un comportamiento peligroso pues se entiende que el peligro surge de la ejecución de una conducta poseedora de las particularidades ahí descritas”. (p. 64) Se muestra que esta categoría ha sido criticada porque puede llevar a penalizar acciones que, en el caso concreto, no resultan peligrosas

*Universidad Nacional de Córdoba.. Correo: mavargas83@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6293-0145>

(p. 69). Pese a esto, opina que los delitos de peligro abstracto cumplen con la exigencia de antijuridicidad material, ya que conllevan una posibilidad real de lesionar bienes jurídicos (p. 75). Advierte, entonces, que en estos delitos “(...) el contenido material del injusto descansa en el disvalor de la acción (...)” con potencialidad lesiva (p. 75).

El capítulo 3 destaca, en primer lugar, que el bien jurídico legitima la norma penal (p. 82). Observa que dicho concepto cumple una función político – criminal, pues permite “(...) identificar lo que puede legítimamente proteger el derecho penal (...)” (p. 84). A su vez, le reconoce una función dogmática que permite *organizar* los diferentes bienes jurídicos; *interpretar* ciertos delitos (esto es, mostrar qué conductas están alcanzadas por la prohibición) e *individualizar* una pena concreta dentro de la escala establecida en abstracto (p. 85 y ss.).

En este lugar, el autor trabaja, en segundo lugar, los bienes jurídicos colectivos y resalta que son aquellos que pertenecen a la comunidad y que todas las personas están interesadas en su mantenimiento (p. 88). A su vez, señala que la tutela de los bienes jurídicos colectivos “(...) fortalece el desarrollo individual de la persona” (p. 90). Afirma que, en el derecho penal moderno, los bienes jurídicos colectivos se tutelan a través de los delitos de peligro (p. 93).

Este capítulo aborda, en tercer lugar, la cuestión del bien jurídico tutelado por el delito de pertenencia a una organización criminal (p. 99 y ss.). Sostiene que, para cierto sector, lo protegido es el orden público entendido como paz o tranquilidad pública (p. 101). Critica esta postura porque, de modo general, entiende que la tranquilidad pública no sería un interés digno de tutela penal. De modo más especial, objeta que no existe parámetro empírico para determinar cuándo se afecta la tranquilidad pública, ni su grado de perturbación, ni cómo resultaría conmocionada cuando la asociación no es visible a terceros (p. 104 y ss.). Además, considera que puede resultar arbitrario recurrir a un sentimiento subjetivo de la ciudadanía para establecer qué es aquello que se debe tutelar (p. 104). Por ello, descarta que el orden público -entendido como paz o tranquilidad pública- sea el bien jurídico tutelado por el delito en estudio.

El autor adhiere a la “teoría de la anticipación” (p. 112). Indica que, para esta teoría, el bien jurídico tutelado por el delito de pertenencia a la organización criminal coincide con los tutelados por los delitos que se planifica cometer (p. 111 y ss.). Aclara que desde esta teoría, se considera a la organización como un ente autónomo “(...) que garantiza la continuidad en el tiempo de sus operaciones delictivas.” (p. 112) Además, señala que esta teoría destaca que el grupo criminal es “(...) una fuente de riesgo incrementado para los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales que conforman su programa criminal”. (p. 112) Y, en esta línea, subraya que sus defensores afirman que “(...) la mayor disponibilidad de recursos con que cuenta [la asociación] (...) aumenta de manera decisiva la probabilidad de éxito en la ejecución de las conductas delictivas planificadas”. (p. 112). Por fin, comenta que, conforme a la “teoría de la anticipación”, el delito de pertenencia a la organización criminal es catalogado como un delito de peligro abstracto (p. 113).

El autor del libro desarrolla las críticas que ha merecido la “teoría de la anticipación”. Así, muestra que se le ha objetado duplicar la protección penal, pues los bienes jurídicos que serán afectados por los planes de la organización ya tienen su propia tutela con la criminalización de los delitos fines (p. 114). Además, otra crítica aduce que este mismo razonamiento puede ser aplicado a los coautores (quienes, sin

embargo, no son penalizados por conductas anticipadas). (p. 114). Por último, otra objeción es que la pena establecida para el delito organizativo varía según el rol jerárquico que asuma cada integrante y no según la gravedad de los delitos que se busquen ejecutar (con lo cual no pareciera definirse su ilicitud sobre la base a los delitos fines) (p. 115).

Pese a estas críticas, el autor considera que la teoría de la anticipación es la más razonable (p. 115). Se apoya en dos razones: primero, alega que esta teoría evade la construcción de un bien colectivo artificial (p. 115). Segundo, afirma que ayuda a explicar mejor la decisión legislativa de tutelar anticipadamente bienes jurídicos. (p. 115)

En el capítulo 4, el autor encara diferentes tareas. La primera es definir la organización criminal (p. 121 y ss.). Señala que una definición amplia de crimen organizado incluye la comisión de cualquier delito por una pluralidad de agentes (p. 127). Destaca que una definición restringida, en cambio, exige que ese grupo tenga, entre otros elementos, carácter permanente y estructura jerárquica (p. 127). Tales elementos adicionales, agrega, “(...) otorgan un plus de peligrosidad a la organización criminal” (p. 127). En este lugar, comenta la definición que brinda el artículo 570 bis 1 del Código Penal español y entiende que dicho texto acoge el concepto restringido (p. 128 y ss.).

La segunda tarea de este capítulo es mostrar las notas esenciales de la organización criminal. El autor marca que, para la ley española, lo que la distingue de otras formas de participación es, la existencia de tres personas que actúan de manera organizada, estable y permanente (p. 133 y ss.) Asimismo, que todos se reúnen con la finalidad de delinquir, aunque los planes ilícitos se encuentren indeterminados (p. 151). Sobre la finalidad delictiva, sienta su posición respecto de que deberían penalizarse las organizaciones criminales que busquen cometer delitos graves (p. 154). Y aclara que la finalidad delictiva puede tener lugar tanto al momento del nacimiento de la organización como con posterioridad a su formación, sin que sea necesaria que sea su único objetivo (p. 159 y ss.)

Como tercera tarea, el autor afirma que los miembros de la organización son aquellos que efectúan una prestación real para el objetivo criminal (p. 174 y ss.). De este modo, rechaza la membresía del “mero afiliado”, pues este no realiza contribución alguna (p. 174 y ss.). Entiende que los miembros realizan una prestación activa y con vocación de permanencia (p. 165). En esto se distinguen de los cooperadores, quienes, pese a realizar un aporte, no buscan integrar de manera permanente la organización (p. 162 y ss.). El autor destaca, además, que la punibilidad por la pertenencia a la organización es autónoma con respecto a la punibilidad por la ejecución de los delitos fines (p. 167).

En el capítulo 5, el autor analiza los fundamentos del castigo autónomo de una organización criminal. Primero desarrolla la posición de Lampe, para quien la organización criminal es un “sistema de injusto constituido” -esto es, duradero e independiente del cambio de sus miembros- (p. 185). Además, señala que, para esta postura, el sistema de injusto constituido posee cuatro factores: 1. El componente logístico; 2, una organización externa sólida sometida a una voluntad común; 3. El propósito criminal que aúna a sus miembros; y 4. El sentimiento interno de “nosotros” (p. 187). Comenta que el injusto de sistema ya constituye un injusto en sí, que no requiere ser confirmado por la comisión de los delitos fines (p. 187).

En este capítulo, el autor también explica, en segundo lugar, la teoría de la anticipación, para la cual “(...) el injusto de las corporaciones delictivas se construye sobre los ilícitos penales cuya comisión (futura) estas pretenden” (p. 190). Y agrega que, según esta teoría, la sola existencia de la organización ya es un riesgo incrementado para los bienes jurídicos tutelados por los delitos fines (p. 190). Por eso, entiende que, al ser una tutela anticipada, es importante que la organización posea cierta idoneidad para generar un peligro no insignificante para los bienes jurídicos (p. 192).

En esta parte del trabajo, el autor se ocupa de mostrar la justificación que brinda Jakobs. Señala que, para el profesor alemán, la organización criminal quebranta una norma de flaqueo, esto es, aquellas que establecen las condiciones de realización de los bienes jurídicos que resultan lesionados por las normas principales (p. 196).

Este lugar del libro también describe los aportes de la psicología organizacional. Según el autor, esta disciplina permite mostrar los factores que dotan a las organizaciones criminales de una mayor cohesión y estabilidad y la vuelven, por ende, más peligrosas para cometer delitos. Así, por ejemplo, el autor señala que los factores serían los siguientes: 1. La intercambiabilidad de sus miembros (p. 207); 2. Los códigos internos de violencia (p. 208); 3. El dar mayor importancia al rol asignado, antes que a la persona que lo realiza (p. 208); 4. El mayor entrenamiento de sus miembros para ejecutar de manera exitosa los delitos (p. 2013); 5. La falta de reparo al objetivo criminal por parte de alguno de sus miembros (p. 213); y 6. Una cultura compartida entre sus miembros, sobre todo a la comisión de delitos (p. 215).

También en esta parte se trata de justificar la penalidad de las “actividades internas” de la organización, esto es, aquellas que la mantienen y contribuyen a su funcionamiento (p. 217). Refiere que estas “actividades internas” potencian la capacidad ofensiva del grupo (p. 217). Para el autor, lo que justifica el castigo es “(...) el peligro *ex ante* de la conducta para los bienes jurídicos que resultarían lesionados si se concretase el plan delictivo criminal de la organización criminal” (p. 223).

Ya en la última parte, el autor muestra la necesidad de contemplar un tipo de organización criminal especial. La razón que ofrece es “(...) la necesidad de mostrar el especial desvalor del crimen organizado y (...) corregir la incapacidad del delito de asociación para delinquir para enfrentar apropiadamente el fenómeno delictivo”. (p. 227). Asimismo, considera que la introducción del tipo de pertenencia a la organización criminal resulta más adecuado para contrarrestar el crimen organizado (p. 230).

Finalmente, entiende que, en la nueva regulación española, el delito de asociación ilícita ha devenido obsoleto ya que hoy en día existen los tipos de organización criminal (art. 571 bis, CP) y de grupo criminal (art. 570 ter, CP). Estos dos delitos pueden abarcar la conformación de cualquier agrupación delictiva (p. 232).

2. Valoración

En esta parte, comentaré algunos puntos que ofrece esta reciente obra.

Como consideración general, se trata de una obra que puede ser ilustrativa para quien se inicie en el estudio de los delitos de organización. Esto es así porque si bien no se abarcan todos sus aspectos (por ejemplo, el de la tentativa y la participación), sí se abordan diversos temas corrientes con bastante profundidad.

Dicho esto, es importante destacar, en primer lugar, que si bien se analiza una norma penal española, los problemas que se desarrollan pueden ser útiles para el estudio de nuestra legislación. Así, por ejemplo, la vulneración al principio de lesividad es una objeción corriente al delito de asociación ilícita. Esto muestra que un sector de la dogmática española comparte la misma intuición que le asalta a una parte de la dogmática argentina. Incluso, la postura del autor -respecto de que no existe lesión al principio de lesividad- también ha tenido acogida en nuestro medio (Pacilio, 2016, p. 72).

En segundo lugar, muchas de las críticas que el autor dirige en contra de la “tranquilidad pública”, como bien jurídico tutelado, han sido abordadas por la dogmática argentina (Ziffer, 2005. p 39). Por eso, la obra invita a seguir reflexionando acerca de hasta qué punto se puede considerar que la tranquilidad pública deba ser considerada un interés legítimo de tutela penal.

En tercer lugar, en lo que se refiere al bien jurídico, existe una prolija demarcación entre la teoría de la anticipación y la que afirma que lo lesionado es el orden público. Esto es importante ya que, en Argentina, es usual observar estudios que combinan ambas perspectivas para explicar el delito de asociación ilícita. Sin embargo, como muestra el autor, adherir a una u otra posición puede tener consecuencias jurídicas relevantes, por lo que, no deberían ser identificadas o combinadas. Incluso, una crítica dirigida en contra de la teoría de la anticipación, no advertida por la dogmática argentina es, que esta no estaría en condiciones de explicar la mayor penalidad que está prevista para los jefes u organizadores.

En cuarto lugar, el autor sostiene que es necesario distinguir a la organización criminal de la asociación ilícita. La necesidad de marcar esta diferencia también ha sido considerada en nuestra doctrina (Cordini, 2017, p. 341). La obra comentada, entonces, puede contribuir en este aspecto del problema.

A modo de conclusión, la obra puede contribuir al estudio del delito de asociación ilícita en nuestro medio y al análisis de su bien jurídico protegido.

Bibliografía consultada

Cordini, N. S. (2017). El crimen organizado y el problema de la doble vía de punición. *Revista de Derecho*, vol. xxx – n.º 1, pp. 333-349.

Pacilio, N. (2016). *Delitos contra el orden público y Constitución Nacional*. Ah Hoc.

Ziffer, P. (2005). *El delito de asociación ilícita*. Ad Hoc.

