

INFLUENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL COMO TIPO PENAL MODELO EUROPEO

Vincenzo Militello

1. LA EVOLUCIÓN DEL PROYECTO COMÚN EUROPEO DE LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

El Proyecto común europeo de lucha contra la delincuencia organizada, tras una primera fase dirigida a comparar las experiencias normativas, teóricas y aplicativas existentes en Italia, Alemania y España, se ha centrado, en su segunda y última fase, en la política criminal europea. Las investigaciones realizadas, consistentes tanto en la búsqueda de una base jurídica, en la cual fundamentar una respuesta común a nivel europeo frente al fenómeno de la delincuencia organizada, como en el análisis de las experiencias sobre el tema recogidas en los citados países de la Unión Europea, han servido de base para poder verificar posteriormente la posible elaboración y discusión de un núcleo de normas comunes europeas encaminadas a combatir la delincuencia organizada.

La presente aportación se centra en la figura de la organización delictiva y pretende formular una propuesta de norma mínima común a los distintos Estados miembros. Para ello se ha tomado en consideración el vasto material que tanto en el ámbito nacional como supranacional afecta a la participación en una asociación

delictiva. Todo ello pone de relieve la oportunidad y la posibilidad técnica de una solución normativa europea que armonice el heterogéneo marco normativo existente en esta materia en los Estados miembro. En primer lugar, se presentará una propuesta de tipificación penal de la organización delictiva a nivel europeo, para después fundamentar los argumentos de cada una de las decisiones, finalizando con su examen a la luz de las distintas tomas de posición surgidas ante su versión preliminar¹. En conjunto, lo que se pretende es someter esta propuesta, junto con las demás emanadas del Proyecto Común Europeo a un amplio debate sobre la delincuencia organizada que actualmente se está desarrollando en el plano transnacional.

2 UN PUNTO DE PARTIDA DISPAR: EL MATERIAL NORMATIVO EN MATERIA DE ORGANIZACIONES DELICTIVAS

Cualquier propuesta de normativa común en materia de delincuencia organizada en el ámbito europeo debe partir de las principales líneas que el fenómeno ha asumido en la evolución de los sistemas penales. Sin dejarse intimidar por las incertidumbres teóricas que afectan al contenido exacto de la noción de delin-

1. En concreto, se formularon observaciones escritas sobre la propuesta originaria, con motivo del III Workshop del Proyecto Común Europeo celebrado en Madrid 15-17 junio 2000 con el patrocinio del Instituto Europeo de España: entre otros, Ardizzone (Universidad de Palermo), Arnold (Max-Planck-Institut de Freiburg), Ingroia (Procura de la República, Palermo), Kinzig (Max-Planck-Institut de Freiburg), Pérez del Valle (Tribunal Supremo de España, Madrid). Se produjeron sucesivas tomas de posición a cargo de Ducouloux-Favard (Universidad de Paris IX) y de Kareklás (Universidad Aristóteles de Tesalónica). Tanto a estos autores, como a los restantes intervinientes en el debate de Madrid que fijaron su posición sobre el tema de la organización criminal Aliquò (Procura General de la República, Palemo), Eser (Max-Planck-Institut de Freiburg), expreso mi sincero agradecimiento por las aportaciones tanto informativas como críticas, que han prestado a la definición de la propuesta, que serán tenidas en cuenta en su análisis *infra* par. 6.

cuencia organizada, tanto los ordenamientos estatales como numerosas organizaciones de carácter supranacional han coincidido a la hora de atribuir un papel central a la penalización de las estructuras colectivas que caracterizan la manifestación delictiva que estamos examinando. Por otra parte, a este tipo penal se suelen referir las normas sustanciales, procesales y de ejecución penal de cada ordenamiento, y normalmente condiciona la aplicación y tratamientos penitenciarios especiales (por ejemplo en Alemania, la norma sobre el blanqueo de dinero del § 261 del CP y la norma sobre el control de las telecomunicaciones de la primera fase nº 1 de § 100 del Código procesal penal; en Bélgica la reciente Ley de 10 de enero de 1999; y sobre todo en Italia, donde progresivamente se ha ido formando un subsistema penal autónomo en materia de delincuencia organizada).

Para superar las dificultades de coordinación entre las diversas reacciones de los Estados miembros en esta materia, y favoreciendo al mismo tiempo —especialmente en materia de extradición— la cooperación recíproca, para hacer frente a una delincuencia que cada vez menos se limita a actuar dentro del ámbito de una sola nación, es necesario armonizar la relevancia que cada ordenamiento jurídico atribuye a la existencia y actividad de las organizaciones delictivas. No es una casualidad la atención que se ha dedicado a la punibilidad de las organizaciones delictivas en recientes iniciativas de cooperación penal desarrolladas tanto en el ámbito regional como global. Un rápido análisis de las principales situaciones vigentes o en fase de proyecto, tanto nacionales como supranacionales, permite entender los motivos en que se basa esta nueva propuesta en la materia, que viene formulada en el ámbito del presente proyecto.

2.1. Modelos de relevancia jurídica de la pertenencia a una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea

El análisis y la comparación entre los ordenamientos de los Estados miembros permiten distinguir tres modelos principales de relevancia de estas conductas ilícitas, según una escala de formalización legal de los requisitos que caracterizan el fenómeno.

2.1.1. Una primera solución, adoptada por un escaso número de países miembros, es aquella que niega la necesidad de un tipo autónomo que castigue la estructura colectiva conectada a la organización delictiva. La relevancia penal de la conducta realizada por varios sujetos depende siempre de la comisión de otro delito distinto, cometido al menos en grado de tentativa, y de la posibilidad de aplicar a éste las reglas de participación. En relación con la comisión a título individual, la pertenencia a un grupo organizado puede tener el valor de circunstancia agravante de la pena prevista por el delito cometido. De este modo, el hecho permanece fundamentalmente idéntico en sus características constitutivas, aunque la circunstancia de que sea cometido por una pluralidad de sujetos es relevante en el momento de fijar la pena correspondiente. Este es el modelo característico de los códigos penales de la Europa del Norte; así ocurre en Finlandia (cap. 6 sec. 2; y además, de manera específica para delitos en materia de estupefacientes en el cap. 50); Dinamarca (§ 80 apartado 2, con posible relevancia para la fijación de la pena) o Suecia (donde por otra parte se prevé un tipo autónomo, pero relativo a los casos en que el grupo de sujetos asuma carácter de banda armada o naturaleza paramilitar: cap. 18 sec. 4).

2.1.2. Sin embargo, la solución actualmente más difundida en los sistemas penales europeos, más allá de su pertenencia a diferentes familias jurídicas, es aquella que otorga relevancia penal autónoma a la asociación como consecuencia del carácter antijurídico de las finalidades que persigue o de los medios que emplea.

Se trata en este caso de una solución que goza de una larga tradición: en el área latina, el origen de las figuras delictivas que estamos tratando se remonta a la *association des malfaiteurs*, presente en el ordenamiento francés desde hace mucho tiempo (art. 450-1 del nuevo CP, y en el art. 265 del antiguo CP), y que además se encuentra en otros ordenamientos bajo una denominación diferente pero con el mismo contenido (art. 416 CP italiano, art. 515 CP español, art. 299 CP portugués, art. 322 CP belga, art. 322 CP de Luxemburgo, art. 140 CP holandés, art. 187 CP griego). También en el área alemana la estructura de la *Kriminelle Vereinigung* (§129 CP) presenta características semejantes, e incluso en la tan diferente tradición del *common law* encontramos la amplia figura de la *conspiracy*. En la mayor parte de los casos mencionados, la asociación viene castigada por actuar conforme a un programa genéricamente prohibido por la ley penal, sin que sean necesarios particulares requisitos en lo que se refiere a las modalidades de realización y las estructuras colectivas que deben apoyar tal realización ilícita. Sólo en ciertos casos, se atribuye también relevancia penal a las modalidades antijurídicas con las que se persiguen estos fines ilícitos, pero siempre sin especificar los métodos que caracterizan la acción de la delincuencia organizada. Constituyen ejemplos de esta versión la asociación ilícita en España, y la *conspiracy* de la tradición del *common law*. Por otra parte, entre los sistemas penales que desde hace siglos prevén la figura genérica de la asociación criminal, tal tradición no ha impedido la reciente introducción de tipos asociativos específicos relacionados con manifestaciones delictivas que se perciben como especialmente peligrosas, como el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y el blanqueo de dinero².

2. Por ejemplo, el grupo dedicado al tráfico de estupefacientes: arts. 222-34 y 222-35.2 del CP francés; asociación terrorista: § 129 del CP alemán, y banda dedicada al tráfico de estupefacientes: §§ 30 y 30a de la ley de estupefacientes alemana; bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, parti-

2.1.3. La consideración expresa de la delincuencia organizada como modalidad específica del delito asociativo, que como tal debe ser tipificado de manera autónoma, es sin embargo más reciente y ha sido adoptada por un reducido número de sistemas penales europeos. En este caso, las previsiones legales sobre la materia se configuran como normas especiales respecto al tipo básico de asociación ilícita. La aparición de este tercer modelo coincide con la introducción de la asociación de tipo mafioso en el sistema italiano (art. 416 bis CP italiano). En este último caso, el esfuerzo por tipificar los elementos que caracterizan el comportamiento mafioso viene acompañado por una ampliación de las actividades susceptibles de formar parte del programa delictivo, que comprenden también modalidades ilícitas de intervención en la economía “legal”. La experiencia de su utilización en Italia arroja resultados que indican un incremento de eficacia en el funcionamiento global del sistema de lucha contra la delincuencia organizada, a pesar de que a nivel teórico el esfuerzo dirigido a definir las características típicas de la delincuencia organizada no haya alcanzado todavía una conclusión que haya sido aceptada de manera generalizada. A pesar de la incertidumbre que se esconde tras este hecho, la creciente exigencia político-criminal de dar respuesta a algunas formas graves de delincuencia, caracterizadas por la existencia de lazos estables entre los sujetos que participan en las actividades ilícitas, ha llevado también a otros países a prever normas penales expresas que recogen los requisitos típicos del fenómeno. Actualmente, la organización delictiva también se halla castigada en Austria (§ 278a CP), Bélgica (arts. 324 bis y 324 ter CP) y Luxemburgo (art. 324 bis y ter CP).

cipación en organizaciones cuyo fin sea el blanqueo de dinero o el tráfico de drogas: arts. 571, 302, 369.6, respectivamente, del CP español.

2.2. *Indicaciones supranacionales recientes a favor de un tipo penal “ad hoc”*

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional, existe una gran confianza en la mejora que una norma de tipificación expresa puede aportar a la actividad de lucha contra la delincuencia organizada. La creciente labor que asociaciones de expertos y organizaciones internacionales realizan, para superar la indeterminación de la noción de delincuencia organizada, se ha concretado en propuestas específicas de auténticas normas definitorias. Existe un doble motivo a favor de las iniciativas supranacionales que intentan concretar el núcleo mínimo de la «materia objeto de la prohibición» para que sea válido para los varios sistemas penales. En primer lugar, la pretensión de superar los injustificados déficits de tutela en lo relativo a un fenómeno que, si bien no se halla extendido de modo homogéneo en todo el ámbito europeo, sí que viene generalmente caracterizado por una elevada movilidad de sus protagonistas y por la plena libertad de la que éstos gozan a la hora de decidir dónde situar el centro de sus respectivos intereses. Al mismo tiempo, junto a ello y con la misma importancia nos encontramos con el objetivo de la tendencia político-criminal de ofrecer a los varios sistemas penales un instrumento normativo específico, y en consecuencia más incisivo, capaz de luchar contra la delincuencia organizada precisamente en su núcleo constitutivo típico.

A pesar de ello, entre estos dos fines perseguidos en el ámbito internacional existe una discordancia de fondo. Si bien por un lado una definición de carácter mínimo, que sea verdaderamente común a ordenamientos que son distintos en su tradición, sus garantías constitucionales y sus características de manifestación del fenómeno, debe tener necesariamente un carácter general, por el otro, el resultado de este esfuerzo corre el riesgo de no reflejar la especificidad que el fenómeno presenta en cada ordenamiento estatal, y en consecuencia no lograría incidir de modo adecuado

precisamente en aquellas manifestaciones de la delincuencia organizada que en ese determinado contexto se advierten como más peligrosas. Para conseguir superar esta contradicción es necesario que la respuesta de rango supranacional tienda al equilibrio de ambas exigencias, objetivo que será tanto más difícil de alcanzar cuanto menos homogéneos sean los contextos que haya que armonizar.

El conjunto de las propuestas que hasta el momento se han realizado en sede internacional, o por órganos supranacionales, proporciona algunas indicaciones interesantes respecto a cómo se ha intentado armonizar estas exigencias contrapuestas. Desde este punto de vista, queda totalmente descartada la primera solución antes indicada, que niega relevancia al fenómeno asociativo en cuanto a tal, limitándose a elevar la respuesta sancionadora en caso de comisión del delito por parte de una colectividad de sujetos más o menos cualificada. Se tiende también a abandonar la solución actualmente más difundida en los ordenamientos europeos, que se limita a castigar a aquella asociación cuya finalidad sea el desarrollo de un programa indefinido de delitos, en favor del tercer y más reciente modelo de incriminación, que se refiere expresamente a la estructura organizativa del grupo ilícito; a pesar de que en los varios documentos internacionales el nivel de especificación de los requisitos correspondientes alcance grados diferentes.

En el paso de la primera a la segunda versión del *Corpus Iuris* para la protección de los intereses financieros de la Comunidad ya se advierte una creciente atención hacia los rasgos que debe poseer una asociación para ser considerada una asociación ilícita, superando así el modelo francés de la *association des malfaiteurs*³. En particular, el requisito organizativo de la primera formulación hacía referencia a sólo dos miembros y a un sólo delito

3. DELMAS-MARTY - VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the member states*, Antwerp 2000, págs. 62 y 187.

que lesione los intereses financieros de la Comunidad. En la versión más reciente del *Corpus Iuris*, estos dos requisitos se han formulado de manera más restrictiva: es necesario que el acuerdo se realice entre tres o más personas, que se dirija a la comisión de una pluralidad de delitos contra los intereses señalados y, sobre todo, que la organización sea estable y adecuada. Si se considera que el ámbito de aplicación de este texto se limita al sector de los “euro-fraudes”, el cual presenta la ventaja de gozar de un importante nivel de homogeneidad en los delitos que toma en consideración, hay que decir que se podía haber acometido un intento más decidido de tipificación de los requisitos estructurales de las organizaciones delictivas. Aún sin detenerse en inconcreciones terminológicas, el concepto de “adecuación” deberá especificarse a la luz del término de referencia. La valoración de si una organización es adecuada para ser considerada estable puede diferir de la valoración de si es adecuada en términos de capacidad de llevar a cabo determinadas tipologías delictivas.

Este déficit de determinación se hace más evidente si se tiene en cuenta que la versión más reciente del *Corpus Iuris* se elaboró estando ya en vigor la Acción Común adoptada a finales de 1988 en el ámbito del tercer pilar de la Unión Europea. Este último texto, al vincular a los Estados miembros a tipificar la pertenencia a una organización criminal, ha intentado dotar de especificidad a esta figura precisamente para superar la vaguedad de los límites del concepto de delincuencia organizada⁴. En este último caso se hace referencia a una asociación estructurada, que lleve tiempo existiendo y que esté compuesta por al menos tres personas que actúen según un acuerdo –es decir, mediante división del trabajo– para llevar a cabo un programa delictivo cualificado. Es necesario también que estos delitos revistan una gravedad predeterminada

4. Acción común, del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo con fundamento en el art. K. 3 del Tratado sobre la Unión Europea, relativo a la punibilidad de la participación en una organización criminal en los Estados miembros de la Unión Europea, in GUCE L351 del 29.12.1998.

de modo general, tomando como punto de referencia la sanción máxima que llevan aparejada (que no deberá ser inferior a cuatro años de privación de libertad); además, el ánimo que domine las conductas mencionadas podrá ser tanto el fin de lucro como el de influir indebidamente en la actuación de las autoridades públicas.

Sin embargo, la definición analítica de organización contenida en la Acción Común Europea tampoco presenta características muy convincentes; especialmente si se considera que la indicación normativa que proporciona se dirige a ordenamientos de características diversas. Es necesario poner de relieve de modo especial que la referencia a un nivel de pena, que venga indicado de modo general para determinar la gravedad de los delitos que forman parte del programa de la organización, no tiene en cuenta que la proporción entre el hecho delictivo y la sanción que le corresponde no es un concepto absoluto, sino que depende de la escala de reacción interna de cada ordenamiento. Por lo tanto no es válido como elemento homogéneo en todos los sistemas europeos, porque de este modo resultaría que se está reuniendo bajo un mismo tope sancionador una serie de delitos que en los varios sistemas son muy diversos entre sí al determinar el nivel máximo de pena privativa de libertad. Por ejemplo, en Alemania es de quince años mientras que en Italia es de treinta, tanto en el caso de acumulación de penas como en el de secuestro con finalidad de extorsión.

Cuando en el texto europeo se menciona la finalidad de obtener un beneficio material o influencias ilícitas no está planteado como elemento necesario, sino sólo a título ejemplificativo. Sin embargo, tal referencia finalística convierte en sustancialmente superflua la finalidad de garantizar una caracterización realmente selectiva del fenómeno que se pretende regular.

Este límite, por el contrario, se ha evitado en el otro texto supranacional que recientemente ha aparecido en esta materia. Se trata de la Convención contra el crimen organizado transnacional, negociada en el ámbito de las Naciones Unidas a partir de 1996 y

firmada en Palermo entre el 12 y el 15 de Diciembre del 2000. La definición de organización delictiva contenida en este texto hace referencia a que los delitos objeto del programa delictivo deben (y no sólo pueden) dirigirse a obtener un beneficio financiero o en cualquier caso material, aunque sólo sea de manera indirecta (art. 2a). Además, el resto de elementos de la definición de organización delictiva contenidos en el Convenio de la ONU son muy similares a los fijados por la antes mencionada Acción Común de la Unión Europea. Es idéntica por ejemplo la referencia a los delitos graves, definidos sobre la base de la pena privativa de libertad. Esto conlleva la consecuencia de aumentar los inconvenientes de una referencia fija, a causa de las profundas diferencias en las valoraciones sancionadoras que existen entre los sistemas penales de los más de 190 Estados miembros de la ONU.

Este gran número de iniciativas demuestra que en el ámbito internacional hay un gran interés por establecer la punibilidad de las organizaciones delictivas. Al menos dentro del ámbito de la Unión Europea, el intento de definir una norma mínima, que supere la variopinta situación que existe entre todos los sistemas penales de los Estados miembros (*supra* par. 2.1.), puede superar los inconvenientes que aquí se han puesto de relieve acerca de los textos internacionales tratados; siempre que la norma que castiga la pertenencia a una organización delictiva se formule en los términos que a continuación se proponen.

3. LA PROPUESTA DE NORMA MÍNIMA COMÚN PARA LA UE EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y SU MOTIVACIÓN

3.1. *La punibilidad de la participación en una organización delictiva*

1. En los sistemas penales de los Estados miembros de la Unión Europea la pertenencia a una organización delictiva es punible.

2. Pertenece a una organización delictiva aquel que aporte una contribución no ocasional a la comisión de los delitos objeto de las actividades de la organización, o al mantenimiento de sus estructuras operativas, cuando sea consciente de que de este modo está fortaleciendo la capacidad delictiva de la organización; es decir, de que hace que el cumplimiento del programa delictivo sea más probable o más rápido, o de que incrementa el grado de su realización.

3. Se entiende por organización delictiva el conjunto de sujetos que presenta un núcleo mínimo de tres personas, las cuales se organizan según un esquema de división de funciones, y que actúan en el interior de uno o más Estados miembros cometiendo delitos calificados como graves. El ordenamiento de cada Estado miembro determinará la gravedad de los delitos que, por niveles de sanción, frecuencia de su comisión o magnitud de sus efectos dañosos o peligrosos, sea relevante a los efectos de la presente norma mínima común. En todo caso vendrán considerados como tales los delitos que prevean conductas de homicidio doloso, secuestro, tráfico de estupefacientes, blanqueo de capitales, corrupción y tráfico de seres humanos. Cuando las actividades de carácter delictivo de la organización se extiendan a varios Estados miembros, será competente el sistema penal en el que la organización haya iniciado su actuación. Cuando esta circunstancia no pueda ser determinada, será competente el sistema penal en que

se haya ejercitado la acción penal contra esta organización delictiva por primera vez.

4. Las penas impuestas por la mera pertenencia a la organización delictiva no podrán superar la mitad de las penas previstas para el delito más grave de los que formen parte del programa delictivo de la organización. Las penas se aumentarán en una mitad para el que pertenezca a una organización delictiva que desarrolle su actividad en varios Estados miembros o que adopte la intimidación difusa como método sistemático.

5. Para aquéllos que funden la organización o dirijan sus actividades de carácter delictivo, la pena no podrá ser inferior al triple de la pena prevista para la simple pertenencia. En organizaciones altamente estructuradas y jerárquicamente dirigidas, los dirigentes responderán por los delitos cometidos por los miembros de la organización; salvo que el delito cometido por éstos sea una consecuencia imprevisible respecto de la actividad de carácter delictivo que constituye el objeto de la organización.

6. Cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad por pertenencia a una organización delictiva se podrá fundamentar en la transformación de su actividad institucional en pantalla para desarrollar el programa de acción de una organización de carácter delictivo. En este caso, las correspondientes sanciones de tipo pecuniario, interdictivo o extintivo podrán ser también aplicadas a las personas jurídicas, siempre que ello sea compatible con los principios jurídicos del ordenamiento del Estado miembro en cuestión.

7. Aquellos que perteneciendo a una organización delictiva se esfuercen seriamente en impedir sus actividades de carácter delictivo, o comuniquen a las autoridades información relevante acerca de la constitución, existencia o actividades del grupo delictivo, tendrán derecho a una atenuante especial que lleve aparejada una pena no inferior a la mitad de la sanción prevista por la pertenencia a la organización. La punibilidad podrá además excluirse cuando la aportación de conocimientos proporcionada por el co-

laborador haya resultado determinante para impedir la persecución de las actividades delictivas del grupo o para dismantelar la organización criminal.

3.2 *Las razones que fundamentan las opciones tomadas inicialmente*

El punto de partida para realizar el análisis de la propuesta normativa aquí formulada debe ser la base jurídica en la que se apoya, constituida por los tratados europeos en su versión posterior a la revisión de Amsterdam. Dado que el instrumento que la introduce (una decisión-marco en el sentido del art. 34.2b TUE) no tiene efectos directos sobre los ciudadanos, será siempre necesario que un acto jurídico la recepcione en cada país. En esta adaptación, la norma se podrá adecuar a las características internas del sistema penal concreto, con tal de que con ello no se altere el fundamental carácter unitario del desvalor del hecho castigado y de los criterios de imputación previstos. En la formulación de la propuesta se ha buscado el equilibrio entre las características que se deben mantener en común y los espacios que se deben dejar abiertos, con la finalidad de permitir una posterior integración por parte de cada ordenamiento.

3.2.1. El principio que se afirma al inicio de la propuesta sanciona la punibilidad de la pertenencia a una organización delictiva en todos los Estados miembros de la Unión europea. Se reafirma así, la solución por la que ya han optado numerosos documentos supranacionales, y en especial la anteriormente mencionada Acción Común de la Unión Europea. De entre las tres alternativas que sobre la materia es posible distinguir en los sistemas penales europeos (*supra*, par. 4.1.), la solución que se propone representa el objetivo político-criminal más adecuado a las características de la delincuencia contemporánea, pero al mismo tiempo obliga a especificar con cuidado el ámbito de aplicabilidad del delito.

3.2.2. La conducta descrita requiere de dos tipos de requisitos: objetivos y subjetivos. Entre los requisitos objetivos encontramos que la aportación individual debe revestir un carácter no ocasional y puede estar dirigida tanto a la comisión de un delito incluido en el programa delictivo de la organización como al sólo funcionamiento del aparato de la misma; incluso puede tener relación únicamente con una de sus articulaciones logísticas y operativas. El requisito subjetivo que se requiere es que el individuo sea consciente de que su conducta contribuye a incrementar las probabilidades de realización del programa delictivo o de sus correspondientes efectos.

3.2.3. En cuanto a los requisitos de la organización criminal, según la propuesta, junto con la división de las funciones se requiere un núcleo mínimo de tres personas y, lo que es más importante, no se confía la calificación de la gravedad de los delitos que constituyen los fines de la organización a una abstracta medida unitaria independiente de la especificidad de los varios ordenamientos. Para alcanzar este último objetivo se ha entendido preferible recurrir a la técnica de los elementos normativos del tipo (*normative Tatbestandmerkmale*), que permite delegar en los distintos sistemas penales de los Estados miembros la especificación detallada de los delitos que pueden ser calificados como “graves” a los efectos de esta norma mínima común. Para equilibrar el respeto a la diversidad de los distintos ordenamientos con el mantenimiento de un núcleo de desvalor común, la norma propone algunos elementos que actúan como indicios que deben servir de orientación a las fuentes de cada sistema penal en el momento de recepción de la norma común. Referir estos elementos indiciarios elegidos para la consecución del programa de la organización reafirma la oportunidad de no castigar únicamente cada uno de los delitos en particular, sino también al aparato construido y mantenido precisamente con la finalidad de cometer estos delitos. En relación a la especificación de un elenco mínimo común de deli-

tos graves y en cuanto a la norma que establece la competencia, vid. *infra* par. 4.2.

3.2.4. Las indicaciones en materia de sanciones penales –que se encuentran en los apartados 4° y 5°– son de carácter más general. Debemos decir, en primer lugar, que es lógico que la pena aplicable a la mera pertenencia no supere el nivel de pena previsto para los delitos objeto del programa de la organización. Esta pertenencia a la organización delictiva se castiga debido a la potencialidad de peligro que ésta encierra con relación a la comisión de una serie de delitos. Sólo una incoherencia valorativa podría inducir a fijar para el delito de peligro una pena mayor que la que se reserva a la realización de la correspondiente lesión. El límite de la proporción no se contradice con la *ratio* que fundamenta la punibilidad de la organización, que de hecho consiste en la más elevada potencialidad delictiva de un grupo constituido y estructurado precisamente para la realización de esos fines ilícitos. En relación a esta mayor “capacidad para delinquir” del sujeto colectivo, la mera conducta de pertenencia supone una contribución individual a la realización de esa estrategia global. Éste es el motivo por el que esta conducta no se puede castigar con una “cantidad de pena” fijada sobre la base del merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) de la organización en su conjunto. La pena prevista para el delito más grave de los incluidos en el programa delictivo indeterminado de la organización marca el límite máximo de la pena para el mero perteneciente a ésta. Éste límite podrá ser disminuido en los ordenamientos de los Estados miembros, para adecuarlo a los niveles de sanción internos. Con relación a la agravación de la pena en los casos de organizaciones delictivas transnacionales, o que adoptan la intimidación difusa como método, vid. *infra* par. 4.2.

3.2.5. Por el contrario, la especial capacidad delictiva de la organización sí que justifica la pena más elevada que se reserva a los dirigentes y fundadores de la organización, que el apartado quinto de la propuesta fija en el triple de la pena prevista por la

mera conducta de pertenencia. Esta diferenciación de posiciones se corresponde con el principio general de personalidad de la responsabilidad penal, que también es válido para los sujetos colectivos, aunque llevando a cabo las adaptaciones oportunas de los correspondientes criterios de imputación. En el inciso siguiente del apartado quinto se reconoce la dificultad que supone aplicar a las organizaciones complejas y jerárquicamente ordenadas la categoría tradicional de la participación, ya que obliga a reconstruir las cadenas causales y subjetivas hasta los vértices de la organización. Para superar este obstáculo, en el último congreso de la A.I.D.P. de Budapest de 1999 se recomendó la adopción de un nuevo “principio de la responsabilidad de la organización”, según el cual los jefes responden por los delitos cometidos por los miembros de su organización. Sin embargo, la fórmula con que se cerró el vivo debate desarrollado en Budapest sobre este punto no resulta convincente: los límites así fijados al principio de imputación parecen o bien afirmaciones inútiles de criterios tradicionales (como el de la orden impartida por el jefe al subordinado) o bien dogmáticamente infundados (como el criterio por el que se reprocha al jefe el no haber impedido el delito cometido por el miembro de la organización; porque ello presupone que sobre la cúpula de la organización recaen obligaciones de control dirigidas a la protección del ordenamiento jurídico legal). La solución de esta propuesta pretende por el contrario, poner en relación el delito cometido por el miembro de la organización, con la responsabilidad de sus dirigentes a través de la referencia a la previsibilidad en el marco del programa delictivo de la asociación. De este modo, además de respetarse la personalidad de la responsabilidad penal, se consigue poner en conexión el criterio de imputación que se propone con la ratio político-criminal que fundamenta la punibilidad de la organización criminal.

3.2.6. En el punto sexto de la propuesta se señala que las personas jurídicas pueden ser utilizadas para la realización de actividades de crimen organizado. Para remediar este problema se esta-

blece una forma de responsabilidad directa de la persona jurídica, teniendo en cuenta varias fuentes internacionales y marcadamente europeas: el protocolo adicional del Convenio sobre protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, y la misma Acción Común de la UE de Diciembre de 1998 en materia de pertenencia a una organización delictiva en su art. 4. Esta responsabilidad directa de la persona jurídica se podrá exigir cuando dicha persona no sea más que una pantalla de cobertura de la realización del programa delictivo; de tal modo que la circunstancia de que revista esta forma jurídica no pueda obstaculizar la necesidad de luchar contra el fenómeno real subyacente. Debido a la diversidad de regulaciones de los países europeos en la materia, se ha preferido delegar en cada uno de sus ordenamientos la especificación de la naturaleza de las sanciones aplicables; aunque siempre dentro de un marco determinado dentro del ámbito europeo, por lo menos en lo que se refiere a tipos de pena.

3.2.7. En el apartado séptimo se prevén beneficios a favor de aquellos sujetos que abandonen la organización delictiva y que cooperen a desmantelarla. En esta sede se aplica el criterio de proporción, según el cual las ventajas en el tratamiento del sujeto que coopera aumentan en proporción a la ayuda aportada a las autoridades públicas. Además debemos tener en cuenta la propuesta efectuada en materia de “arrepentidos” en este mismo Proyecto. Es preciso añadir que la existencia de estas previsiones no se puede hacer depender de su efectiva aplicación; de lo contrario llegaríamos al caso de Alemania, donde precisamente la falta de aplicación de las normas provisionales a favor de los “arrepentidos” ha motivado hace poco la decisión de no prorrogarlas. A pesar de ello, es necesario poner de relieve que en lo que respecta a las organizaciones delictivas, estos incentivos pretenden estimular comportamientos antitéticos al delito, que de otro modo se prolongarían mientras el sujeto continuase formando parte del grupo. Este tipo de previsiones se mantiene en línea con un derecho penal clásicamente orientado a la protección de bienes jurí-

dicos, que por otro lado se enriquece con la moderna aportación de la idea preventiva; como tales, son instrumentos que no sólo parece oportuno mantener en el arsenal de la lucha contra el crimen organizado, sino que también tienen que ser uniformizados en el contexto europeo.

4. LAS PRINCIPALES OBSERVACIONES REALIZADAS A LA PROPUESTA Y LAS RAZONES DE SU FORMULACIÓN FINAL

A la propuesta normativa arriba formulada se le han planteado numerosas observaciones; éstas han permitido fundamentar mejor las opciones tomadas, e incluso las han enriquecido con ulteriores connotaciones. Las varias observaciones realizadas pueden distribuirse en dos grupos principales, según sean de naturaleza esencialmente político-criminal o bien dogmático-reconstructiva. Las primeras se mueven en torno a la cuestión fundamental de la legitimidad y/u oportunidad de una norma europea dirigida a asegurar un núcleo común a los diversos Estados miembros en materia de asociación delictiva. Las segundas, por el contrario, se han centrado sobre los problemas dogmáticos surgidos de las soluciones específicas que se adoptaron en la propuesta inicial y proporcionan formulaciones alternativas de gran interés.

Antes de pasar a considerar los principales argumentos reconducibles a estos dos grupos que acabamos de indicar, es necesario aclarar las dudas que se manifestaron en relación con la naturaleza misma de la propuesta formulada: en cuanto a si ésta representa sólo un modelo orientativo para los ordenamientos estatales o por el contrario tiene naturaleza vinculante para el legislador penal (*Arnold, Eser*). Esta cuestión surge con los Tratados Europeos en la versión posterior a la revisión de Amsterdam. Dado que este instrumento (decisión-marco) no tiene efectos directos sobre los ciudadanos, es en todo caso necesario un acto jurídico que la recepcione en cada ordenamiento de los Estados miem-

bros. Éstos, a su vez, están vinculados por las decisiones-marco europeas solo en cuanto al fin que se debe alcanzar, y no en cuanto a las vías por las que llegar a la obtención de esos resultados predeterminados de forma supranacional. En la posterior recepción nacional, la previsión común europea se podrá adaptar a las características internas de cada sistema penal, siempre que con ello no se pierdan los valores unitarios del hecho que se quiere castigar y los criterios de imputación que se han previsto. Tal como han puesto de relieve quienes han comentado la propuesta (*Arnold*), ésta se ha formulado buscando un equilibrio entre aquello que hay que mantener en el ámbito europeo y los espacios que hay que dejar abiertos para permitir una posterior y mejor integración por parte de cada ordenamiento estatal. Ello, además de legítimo, es también oportuno para facilitar una mejor acogida de una norma común por parte de los Estados miembros.

4.1. En cuanto a las observaciones de naturaleza político-criminal sobre la razonabilidad de la propuesta realizada, existen numerosas posiciones a favor, expresadas por miembros del Ministerio Fiscal (*Ingroia*) y por algunos estudiosos (*Ardizzone, Pérez del Valle, Ducoulux-Favard*), como también existen algunas reservas (*Arnold*) e incluso posiciones de rechazo más radical (*Kinzig*).

Sin embargo, debemos apuntar que las críticas vertidas por aquellos que no se muestran de acuerdo con la propuesta normativa, no pretenden negar la legitimidad de la introducción de un modelo europeo de “pertenencia a una organización criminal” (*conclusión de Arnold*); mucho menos lo pretenden frente a las formas de cooperación judicial internacional y reglas comunes en materia de medidas procesales (*Kinzig* por ejemplo, manifiesta su acuerdo con las decisiones de Tampere en materia de la red de asistencia judicial en Europa: “Eurojust”). Así pues, ni siquiera aquéllos que han criticado la propuesta de una norma común europea en materia de organización delictiva dejan de tener en cuenta la necesidad de nuevas formas de respuesta común euro-

pea a los problemas creados por la delincuencia contemporánea; precisamente debido al carácter transnacional que caracteriza a muchas de sus manifestaciones.

Por otro lado, esas críticas parten de una afirmación infundada. Se ha criticado en particular una supuesta voluntad de generalizar la solución italiana del art. 416 bis CP; sin hacer caso de que eso es imposible, debido a la gran diferencia que existe entre las formas de manifestación de la delincuencia organizada en Italia y las demás realidades nacionales europeas, y de modo más concreto, con la alemana y la española, que se han analizado en la primera fase del proyecto (*Arnold, Kinzig*).

El hecho de reconocer la existencia de algunas diferencias en las manifestaciones actuales del fenómeno tratado no hace que la exigencia de fondo de una armonización normativa desaparezca. Por el contrario, pone de manifiesto la dificultad de lograr un equilibrio entre ese objetivo y las peculiaridades nacionales. La propia experiencia italiana sólo ha servido para individualizar un modelo de tipo penal más próximo a las características de las organizaciones delictivas, sin que se haya pensado en una transposición integral de su fórmula específica. A este respecto, basta comparar la descripción de la conducta de la citada norma italiana con la que aquí se propone en el ámbito europeo para constatar que en esta última no se ha incluido como presupuesto constitutivo el llamado método mafioso que, por el contrario es un elemento esencial en el contexto del art. 416 bis del CP italiano. Con ello se ha pretendido evitar una generalización indebida de este rasgo específico, partiendo de la base de que nos hallamos en una amplia dimensión europea.

Por otra parte, estas diferencias tampoco impiden individualizar uno o varios elementos estructurales comunes que puedan constituir la base para una formulación unitaria a nivel europeo. La mención a este propósito del principio de la estricta necesidad de la intervención penal (*Kinzig*) no es convincente, si se invoca para rechazar una propuesta como la que aquí se realiza. Esta

mención olvida el hecho de que en la mayoría de los países europeos la asociación delictiva ya está castigada, pero a través de normas amplias que no son adecuadas para apreciar la peligrosidad específica de las organizaciones delictivas. Esta propuesta, por el contrario, describe la figura de la organización delictiva de un modo más determinado y en este sentido configura un delito especial respecto a tipos más genéricos diseñados a partir de la *association des malfaiteurs*. En este caso, la norma mínima europea no comporta las restricciones de las libertades individuales y colectivas, a las que hace alusión el principio de necesidad de intervención penal, sino que por el contrario contribuye a una tipificación más precisa de las conductas punibles. Además, la ineficacia de la actual formulación de una norma nacional (por parte de Alemania, *Arnold, Kinzig*) no es suficiente para demostrar nada en relación a la oportunidad de “afianzarla” intentando captar mejor las notas características de las organizaciones delictivas. Por el contrario, precisamente ese esfuerzo de selectividad de la conducta delictiva puede otorgar mayor eficacia a este instrumento penal; una conocida máxima de la ciencia penal impone que las incriminaciones se adecúen a las características empírico-criminológicas de los fenómenos que pretenden combatir.

Una vez se ha comprobado la legitimidad y oportunidad de una norma común en materia de organización delictiva, queda por examinar si ésta es razonable desde el punto de vista político criminal; así como verificar la corrección dogmática de las soluciones propuestas en el texto inicial. Con relación a estos extremos también se han formulado observaciones dignas de la máxima atención, que a continuación son objeto de un examen crítico.

4.2. La mayoría de las observaciones de este tipo se concentran sobre la delicada cuestión de la noción de organización delictiva y de la correspondiente conducta de pertenencia a la misma. En primer lugar hay que tomar en consideración las observaciones hechas sobre los requisitos mínimos previstos para la con-

ducta respectivamente en los apartados 2 y 3 de la propuesta. Por ejemplo, se ha señalado la inoportunidad de fijar un número mínimo de tres componentes para la existencia de una organización delictiva, considerando que bastaría con dos (*Douculux-Favard*); otros, sin embargo, han criticado el requisito del carácter no ocasional de la participación en la organización, aduciendo que bastaría con exigir que la conducta se haya realizado “en el marco de la organización delictiva” (*Pérez del Valle*), o en cualquier caso, que el sujeto haya entrado “a formar parte” de la asociación, aunque no haya llevado a cabo actividades dirigidas a la realización de su programa (*Ingroia*, que al respecto menciona las posiciones de la jurisprudencia italiana). Refiriéndose aún a este mismo requisito, se ha querido llamar la atención sobre el destino de las contribuciones ocasionales, que en la formulación actualmente propuesta quedarían fuera de la norma, a pesar de que en la experiencia italiana más reciente se castiguen como forma de participación en el delito asociativo.

Todas estas observaciones denuncian una excesiva restricción del alcance del tipo y sostienen que los requisitos propuestos son demasiado rigurosos, y en cualquier caso difíciles de probar. A este respecto hay que decir que en la formulación de la propuesta se ha intentado alcanzar un nivel suficiente de determinación en la descripción de las conductas punibles como organización delictiva. Así, se han intentado evitar las tradicionales objeciones a la formulación general de la asociación para delinquir y a su difícil compatibilidad con los principios de garantía de un derecho penal liberal. Al mismo tiempo, se ha buscado traducir al plano de la descripción de las conductas punibles el presupuesto político-criminal de la norma; es decir, la mayor peligrosidad que supone la existencia de estructuras organizativas dirigidas a la realización de un número indeterminado de actos ilícitos, caracterizadas por la intercambiabilidad de sus miembros considerados de modo aislado. Se explica así la necesidad de reservar la noción de organización ilícita a un núcleo suficientemente concentrado de com-

portamientos, capaz de expresar claramente esa particular peligrosidad.

Por este motivo se ha optado por que un mínimo de tres personas constituyan el núcleo organizativo; núcleo, que estará insuficientemente caracterizado a tal fin en caso de que se limite a dos personas. Ciertamente, puede parecer difícil apreciar una diferencia de peligrosidad entre estas dos posibilidades con paridad en los restantes requisitos (como la división interna del trabajo). El obstáculo, sin embargo, se supera proponiendo una situación extrema: en caso de que uno de los tres miembros se vea temporalmente impedido de actuar, la prevalencia de la estructura organizativa existente puede hacer que ésta siga funcionando gracias a la aportación personal de los otros dos sujetos. Si, por el contrario, nos conformamos con sólo dos miembros para afirmar la existencia de una organización delictiva, se crearía una confusión inadmisibles entre la realización monosubjetiva de un programa delictivo y su realización asociativa.

Esto lleva inevitablemente consigo una restricción del alcance de la punibilidad de la incriminación penal, al menos en cuanto a la formulación general pensada a partir del antiguo, y a estas alturas inadecuado, modelo de la *association des malfaiteurs*. Se confirma así que la lógica que sostiene la propuesta no es la de la extensión a toda costa de la punibilidad respecto a la situación existente, que además vulneraría el principio de necesidad de la intervención penal; por el contrario, se ha intentado no pasar por alto la exigencia de una delimitación taxativa del tipo. Lo que importa es que la norma no se formule de modo que puedan sustraerse a ella aquellas organizaciones delictivas que manifiestan la mencionada peligrosidad calificada, a través de estructuras operativas dirigidas a la realización de un programa delictivo.

Precisamente para evitar riesgos de este tipo se ha preferido no requerir el elemento de la estabilidad como atributo de la organización; que, sin embargo, sí exige la norma correspondiente del *Corpus Juris*. A pesar de las muestras a favor de su adopción,

manifestadas en algunas de las observaciones realizadas a la propuesta que estamos examinando (*Ingroia, Pérez del Valle*), parece preferible confirmar la solución por la que ya se optó en la propuesta originaria, que además se mantiene en la línea de otros documentos supranacionales recientes⁵. La referencia a una “organización estable” podría efectivamente inducir a excluir del ámbito de este tipo a aquellos grupos en los que exista algún tipo de movilidad en la organización interna; sea con relación a las personas que asumen determinados roles, aunque sólo sea de tipo operativo, sea en cuanto a los sectores ilícitos que ésta ocupa. Esto parece mucho más importante, si se toma en consideración que el modelo organizativo rígido es sólo una de las varias formas que adopta la delincuencia organizada contemporánea, que además conoce la existencia de agregaciones de grupos de sujetos de tipo temporal, que son mutables en sus conexiones recíprocas. También respecto a manifestaciones de este tipo, el modelo tradicional de la coautoría y participación aparece inadecuado, ya que se trata de redes delictivas caracterizadas por la facilidad de sustitución de los roles respectivos; lo que conlleva la consiguiente dificultad probatoria. Para afrontar este hecho se ha preferido limitar el requisito organizativo a la articulación de las tareas entre al menos tres sujetos, completándolo con la referencia a la posibilidad de operar también a escala transnacional.

5. Documentos como la resolución de la primera sección del Congreso de la AIDP de Budapest, dedicada a la noción de “crimen organizado” (*organised crime*). Por lo tanto, se ha eliminado la exigencia de una “organización altamente estructurada” que sí se contemplaba en una versión anterior del mismo documento, y que fué criticada durante los trabajos de preparación (v. por ejemplo *Marinucci*, General Part, en CNPDS, XVI International Congress of Penal Law – Introduction to debate, Milano 1999, 7). También la Convención de la ONU sobre la delincuencia organizada transnacional se refiere a un “grupo estructurado de tres o más personas”, sin requerir la característica de la “estabilidad” (art. 2.a); por el contrario, se especifica que para la noción de “grupo estructurado” no son necesarios ni roles preestablecidos de sus participantes ni la continuidad de los mismos, así como tampoco una estructura desarrollada (art. 2.c).

Otra sugerencia partidaria de completar el innovador mecanismo pensado para definir los delitos que forman parte del programa delictivo, debe ser sin embargo acogida clamorosamente: en aras de una mayor certeza se ha propuesto especificar un núcleo de delitos “graves” a título de ejemplo, reconocidos como tales por los Estados miembros a los fines de la aplicación de la norma europea (*Aliquó*). Siguiendo esta indicación se ha completado el apartado 3 de la propuesta indicando los siguientes delitos: homicidio doloso, secuestro, tráfico de estupefacientes, blanqueo de capitales, corrupción y tráfico de seres humanos. Las distintas normativas que regulan estas conductas en cada uno de los Estados miembros constituyen a su vez el punto de referencia para concretar de modo uniforme el programa delictivo relevante a efectos de esta norma europea sobre las organizaciones delictivas. Esta nueva fórmula garantiza un equilibrio satisfactorio entre la necesidad de tener en cuenta las diferentes valoraciones que los diversos sistemas penales nacionales realizan de cada uno de los hechos ilícitos —necesidad que no se toma en consideración al fijar una cantidad determinada de pena como hacen algunas iniciativas internacionales recientes (*supra* 2.2)— y la exigencia de dar un núcleo de significado homogéneo al elemento normativo de la gravedad de cada uno de los sistemas penales nacionales —exigencia que no se satisface adecuadamente en la solución que inicialmente se había propuesto—. Por otra parte, la solución que al final se ha acogido evita la formulación de un catálogo taxativo de delitos que pueden ser objeto del programa de la organización, lo que acabaría por uniformar indebidamente las valoraciones propias de cada ordenamiento. Por el contrario, a la hora de dar contenido al concepto de programa delictivo de la organización delictiva que define la norma europea, los ordenamientos estatales pueden ampliar la lista común de los delitos graves, indicando otros comportamientos ilícitos que se estiman graves en el contexto de ese determinado Estado miembro.

Haciendo un inciso, hay que señalar que el fructífero debate que se abrió a raíz de la propuesta originaria, ha afectado también a su vertiente procesal; concretamente a la cuestión de la determinación de la competencia en los casos de asociaciones que operan en más de un Estado. Se reconocen las dificultades de aplicación (señaladas por *Pérez del Valle*) que comportaba el criterio que inicialmente se proponía como criterio único, al atribuir la competencia al ordenamiento del Estado miembro en el que la organización hubiera comenzado sus actividades; ésto se ha completado con una fórmula que simplifica las relaciones entre autoridades judiciales. En realidad se ha añadido que, en caso de que no se consiga determinar el lugar en que la organización inició su actividad, la competencia recaerá sobre el sistema en que haya sido ejercitada por primera vez la acción legal contra esa organización que actúa en varios Estados miembros.

Volviendo de nuevo al examen de las cuestiones de Derecho sustancial, el resto de la delimitación de la responsabilidad personal de cada miembro de la organización se realiza a través de la descripción de los requisitos objetivos y subjetivos de tal conducta. A este respecto hay que mencionar en primer lugar que el requisito de la contribución no ocasional sirve para dar contenido al concepto de “formar parte” de la organización delictiva (sugerido por *Ingroia*), que de otro modo adolecería de una excesiva indeterminación. También el actuar “en el marco de la organización delictiva” (sugerido éste por *Pérez del Valle*) aparece más como el resultado de una valoración que como una descripción de los requisitos sobre la base de los que se deberá formular este juicio. La opción preferible sigue siendo, por tanto, la de requerir que la aportación del individuo pueda concernir tanto a la estructura organizativa como a su actividad delictiva.

También la llamada “neutralidad” de ciertos comportamientos no programáticamente dirigidos a los fines delictivos (mencionada también por *Pérez del Valle*) se tinte de ilicitud a la luz de la referencia expresa que la propuesta hace a que el sujeto sea cons-

ciente de que con su conducta está aumentando la capacidad delictiva de la organización. Sin esta componente subjetiva ocurriría que, en muchas ocasiones, la conducta individual no tendría la capacidad de expresar la pertenencia a una organización delictiva. Precisamente en aquellos casos en que la conducta material del individuo entra en la clase de situaciones que están socialmente aceptadas, es cuando la ilicitud de tales conductas sólo puede derivarse de la consciencia del sujeto del carácter instrumental de éstas; de su aportación a la actividad de un ente colectivo cuyos fines son expresamente contrarios a los valores protegidos por el ordenamiento.

Por otra parte, no es cierto que las situaciones no comprendidas en los apartados 2 y 3 de la norma propuesta deban permanecer en la esfera de lo lícito. Antes de llegar a tal conclusión será necesario comprobar si nos hallamos en presencia de los requisitos necesarios para aplicar la normativa relativa a la coautoría y a la participación prevista en el correspondiente ordenamiento nacional, cuya armonización no forma parte de los objetivos que se ha fijado el *Proyecto Común Europeo*. De hecho, ésto constituye un margen de adecuación ulterior de esta propuesta común a los rasgos específicos nacionales, que permite filtrar la solución europea a la luz de las soluciones normativas de parte general adoptadas por cada uno de los ordenamientos estatales: por ejemplo, no es cierto que la controvertida problemática italiana de la participación en la asociación para delinquir de carácter mafioso deba ser automáticamente importada por un sistema penal distinto (como por el contrario teme *Kinzig*).

Por su conexión con éste, se puede traer a colación otro punto en el que también se ha optado por la adopción de soluciones actualizadas de rango europeo sin por ello abandonar las diferentes tradiciones dogmáticas existentes en los sistemas penales nacionales. Se trata de la responsabilidad de las personas jurídicas, que la propuesta europea prevé, al menos para aquellos casos en que se dé una evidente escisión entre la forma jurídica que ésta reviste

y la actividad que ejercita en concreto, pero sin vincularla a una calificación especial de la naturaleza de esa responsabilidad. Ésta permanece en manos de los diferentes ordenamientos nacionales, del mismo modo que el catálogo de las sanciones aplicables en tal caso. La propuesta (de *Ducouloux-Favard*) que se ha manifestado a favor de la extensión generalizada de las soluciones que en esta materia se han adoptado en el nuevo código penal francés se arriesga a que en este crucial asunto salte por los aires el equilibrio entre la norma supranacional y las diferentes soluciones existentes en los sistemas estatales (por ejemplo, *Kareklás* ha puesto de relieve la contradicción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el sistema griego). Más delicado parece el problema (brillantemente planteado por la misma *Ducouloux-Favard*) acerca de si, y en qué condiciones, una persona jurídica puede ser miembro de una organización delictiva, aun cuando no se haya transformado en verdadera pantalla para sus actividades. En principio no se puede excluir que una persona jurídica realice los comportamientos indicados en el apartado 2 de la propuesta: sin embargo, es necesario comprobar con mucha cautela que no se trate de actos extraños a la voluntad social, más bien reconducibles a iniciativas de administradores concretos. También en este caso encontramos amplios espacios para una posterior integración por los ordenamientos nacionales, que al respecto pueden especificar los requisitos más adecuados al principio de responsabilidad que hayan adoptado en materia de personas jurídicas.

En materia de sanciones, mientras que por un lado se ha confirmado la opción implícita de no prever medidas de seguridad de rango común, porque éstas se hallan demasiado condicionadas por las particularidades de cada sistema estatal (*Pérez del Valle* realiza una apreciación en contrario), por otro lado sí que se ha estimado como fundada otra sugerencia formulada. Se ha señalado muy oportunamente la necesidad de tomar en consideración la calidad de la organización delictiva con relación a unos índices que revelan una mayor peligrosidad. En concreto, se ha solicitado

que se integre el apartado cuarto de la propuesta de norma mínima europea con un aumento de pena de al menos la mitad del delito base para los casos en que las actividades delictivas de la organización se extiendan a más de un Estado miembro o en los que la organización adopte la intimidación colectiva como método sistemático (*Ingroia*). Esta sugerencia ha sido acogida en la formulación definitiva de la propuesta porque no sólo capta bien la lógica que a ella subyace, sino que además la desarrolla con coherencia y sensibilidad político-criminal. Sin generalizar comportamientos que son específicos de ciertas realidades particulares (como el método de intimidación sistemática típico de la mafia), se pretende combatir tanto la posible difusión de éstas a otros territorios, aprovechando la supresión de las fronteras internas de la Unión Europea, como su tendencia genérica a proyectar sus actividades a escala internacional. Sin hacer de ello un requisito constitutivo del concepto básico de organización delictiva, la extensión de las actividades de la organización a varios territorios en los que rijan diferentes ordenamientos expresa sin duda alguna un mayor desvalor y una mayor dificultad de prueba en estos casos. De este modo, la norma mínima europea sobre esta materia tiene la capacidad de hacerse cargo de ellos.

Finalmente, para cerrar esta propuesta sobre la pertenencia a una organización delictiva, se prevé expresamente una graduación análoga pero referida a los beneficios que se pueden obtener por colaborar con los órganos investigadores. Efectivamente, la propuesta *Huber*—que es la que en el marco de este Proyecto Común Europeo se ocupa de la colaboración procesal— ofrece una solución diferente, poniendo en manos de cada ordenamiento nacional la determinación de los beneficios que se derivan de tales contribuciones. Los riesgos de incoherencia que se derivan de tal solución, que es menos rígida sólo en parte, entran en contradicción con una previsión expresa de la propia propuesta según la cual los beneficios ofrecidos por el sistema penal de un Estado miembro se podrán hacer valer también en los ordenamientos del resto de

los Estados miembros. Efectivamente, si la colaboración se presta en relación con una organización cuyas actividades se extienden a más de un Estado miembro, el valor atribuido a ésta depende sólo de la circunstancia de que ese miembro de la organización se halle en un país o en otro. Esta posible diferencia puede desincentivar la colaboración con los sistemas penales menos favorables a la concesión de beneficios, a la espera de que los sujetos afectados por la elección (traslados autónomos si todavía se halla en libertad) o por los mecanismos de cooperación judicial (extradición de quien se halla ya imputado en un proceso penal) se trasladen al territorio de un ordenamiento que premie en mayor medida la colaboración. La fórmula aquí propuesta, sin embargo, no sólo asegura un tratamiento uniforme que elimina de raíz las incoherencias a que se ha hecho mención, sino que además prevé una graduación de los beneficios en función de la aportación realizada. La disminución o exclusión de la pena depende así de la eficacia que la colaboración tenga a la hora de evitar las actividades delictivas de la organización. Esta posición no sólo se mantiene en la línea de un derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos, sino que además es perfectamente compatible con las demás previsiones de la misma propuesta *Huber* en materia de colaboración con la Justicia. La opción de mantener el último apartado de la propuesta que estamos examinando se debe entender como un punto de partida que se deja para un más amplio debate sobre los resultados y sobre las demás contribuciones aportadas en el marco del Proyecto común Europeo.

Mi deseo conclusivo es que todo este material recorra un doble camino: en primer lugar, que contribuya de modo útil a la preparación de las próximas iniciativas normativas dirigidas a asegurar un espacio europeo de “seguridad, libertad y Justicia”; y en segundo lugar, en un contexto aún más general, que enriquezca el actual debate transnacional sobre la delincuencia organizada, que ya ha alcanzado nivel mundial como consecuencia del Convenio de las Naciones Unidas que se firmó en Palermo en Diciembre

del 2000. Sin embargo, independientemente del destino posterior que espere a los resultados de este Proyecto, hay un punto que se puede considerar como un logro actual: el fructífero diálogo desarrollado entre quienes han participado en él ha alcanzado ya el objetivo principal que esta estimulante experiencia de colaboración internacional se fijó al inicio.