

II. LOS “NUEVOS” TIPOS PENALES

Como antes señalamos, el texto original del artículo 2o. de la LFDO aludía tanto a la organización como al acuerdo de organización para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras tuvieran como fin o resultado, cometer alguno o algunos de los delitos mencionados en el catálogo del mismo precepto. Se trataba, pues, de un delito de comisión alternativa.

En su momento, uno de los autores del presente trabajo cuestionó ese exceso de la LFDO, al señalar que el artículo 2o.

constituye, obviamente, un grave rebasamiento del principio general de responsabilidad delictuosa. El vigente artículo 13 del CP señala que son autores o partícipes del delito, y por ende responsables penalmente, entre otros sujetos, los que acuerden o preparen su realización (fracción I). Sin embargo, no se entiende que el simple acuerdo apareje responsabilidad penal; para que la haya es preciso que exista un principio de comisión que vaya más allá de los actos preparatorios equívocos. La resolución manifestada no es punible... En cambio, el texto del artículo 2 lleva directamente a la desmesurada consecuencia de incriminar el mero acuerdo.¹⁷

Guerrero Agripino ha manifestado que “tipificar el acordar organizarse, representa el lado extremo de la tendencia anticipada del *ius puniendi* estatal a través del tipo. Significa sancionar la preparación de la preparación”.¹⁸ Carrancá y Rivas considera

¹⁷ García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 108 y 109.

¹⁸ *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales*, 2a. ed., México, Ubijus-Universidad de Guanajuato, 2012, p. 356.

que “el solo acuerdo o resolución de organizarse para realizar algo no puede ser constitutivo de delito, salvo que «se exteriorice» conforme al artículo 12 y el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente”.¹⁹

Incluso Polaino-Orts, quien en términos generales se ha pronunciado en sentido favorable a los regímenes excepcionales en materia penal, afirmó que el tipo contenido en la LFDO “generaba en su redacción anterior también graves problemas de legitimación democrática”. En efecto,

si la organización ya supone un adelantamiento de la barrera de punición penal, el acordar organizarse supone dar un paso todavía más atrás de ese *iter criminis*, hasta tal punto de que la punición se alejaba alarmantemente de la mínima peligrosidad que se requiere para poder conminar con una sanción penal un hecho delictivo. En dos palabras: una entidad delictiva bastante para desencadenar el reproche penal; sin embargo, el acordar organizarse no lo tenía necesariamente, pues en tal etérea expresión cabe todo tipo de conductas, incluso las muy alejadas de la peligrosidad criminal, de ahí su especial problematicidad a los ojos del Derecho penal.²⁰

¹⁹ *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada anotada*, México, Porrúa, 2006, p. 14.

²⁰ “Criminalidad organizada: fundamentos dogmáticos y límites normativos (con referencia a la Ley Federal mexicana contra la delincuencia organizada)”, en Jakobs, Günther y Polaino-Orts, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, México, Flores, 2013, p. 101. En el mismo sentido, el jurista español sostuvo que “hace ya años que veníamos proponiendo que la revisión constitucional de la fórmula que empleaba el legislador mexicano en ese art. 2 LFDO y procediera a excluir la mención al acuerdo de organización, pues en dicha conducta (y técnicamente: un adelantamiento del adelantamiento de la barrera de punición penal) no queda en absoluto comprobado, sino que se da por supuesto, que el sujeto genera ya una conmoción de la Sociedad. Afortunadamente, el legislador mexicano suprimió ese adelantamiento del adelantamiento de la punición que suponía el «acordar organizarse», limitándose en la redacción actual del art. 2 LFDO a la sanción de la conducta propiamente de “organización delictiva”. *Ibidem*, p. 102.

El tipo penal de delincuencia organizada es cuestionable a la luz del derecho penal liberal. Vulnera los principios del hecho y de lesividad, además de la vertiente sustantiva del *ne bis in idem*, extremos a los que aludiremos *infra*. Además del cuestionamiento genérico que se puede hacer al tipo penal en sí mismo, la fórmula acogida por la LFDO constituía un exceso y pugnaba con la más elemental racionalidad.

En realidad, lo que se sancionaba era la simple promesa de cometer ciertos delitos, expresada por tres personas. Carecía de importancia que esa promesa no se materializara. Peor aún: se podría imponer una pena, aunque fuera imposible —por cualquier motivo— llevar a cabo los delitos acordados. Bastaba que esa realización fuera viable en el momento del acuerdo. En la práctica, resultó muy difícil acreditar la existencia del acuerdo punible. Por ende, el alcance de la incriminación era meramente simbólico.

El 18 de junio de 2008 se emitió una amplia reforma constitucional en materia penal. Entre otros puntos relacionados con el régimen especial contra la delincuencia organizada, el artículo 16 acogió una definición de este delito. En el curso de nuestra historia constitucional, la ley suprema ha mencionado diversos delitos a propósito de penas permitidas o excluidas —así, artículo 22— o acerca de la responsabilidad penal de funcionarios públicos —título cuarto—; pero no ha sido frecuente que el propio ordenamiento supremo trace las líneas esenciales de un tipo penal.²¹ Lo hizo para referirse al enriquecimiento ilícito de servidores públicos, e igualmente para caracterizar la delincuencia organizada.

En virtud de la caracterización constitucional de la delincuencia organizada, fue necesario reformar el artículo 2o. de la LFDO. Así se hizo el 23 de enero de 2009. Esta reforma eliminó

²¹ García Ramírez, Sergio, “El sistema penal constitucional”, en Islas de González Mariscal, Olga (coord.), *El derecho en México: dos siglos (1810-2010). Derecho penal*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2010, t. VII, pp. 28-30.

el concepto de “acordar organizarse” como verbo rector del tipo penal. La criticada definición de delincuencia organizada contenida en el artículo 16 constitucional ofrecía una aparente ventaja: los tipos penales previstos en la legislación secundaria debían ajustarse, como cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, a la ley fundamental, incluyendo los derechos humanos de fuente internacional.

El legislador secundario marchó en otra dirección al introducir dos tipos penales en los nuevos artículos 2o. bis y 2o. ter de la LFDO, mediante decreto publicado el 16 de junio de 2016. El primero de ellos considera una punibilidad de hasta dos terceras partes de la correspondiente al tipo de delincuencia organizada para “quienes resuelvan de concierto cometer las conductas señaladas en el artículo 2o. de la presente Ley y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación”.

No hay diferencia entre esta descripción y la relativa al acuerdo de organización que existía antes de la reforma de 2009. En ambos casos se sanciona la exteriorización de un propósito criminal que ni siquiera ha llegado al nivel de actos preparatorios. Probablemente se pretendió superar las críticas formuladas en torno a la redacción original del artículo 2o. Para ello, el legislador recurrió a la curiosa técnica de utilizar sinónimos: intercambiar unas palabras por otras a fin de evadir las críticas que había recibido aquel precepto. Por supuesto, el cambio de palabras no legitima —ni antes ni después— las normas institucionales.

Llama la atención que a diferencia del tipo previsto en el artículo 2o., el 2o. bis no exige la concurrencia de tres personas por lo menos; basta con que intervengan dos.²² El segundo párrafo del artículo 2o. bis aclara que las pruebas confesionales y testimoniales no serán suficientes para acreditar este delito; aquéllas deberán estar corroboradas con otros datos o medios de prueba.

²² García Ramírez, Efraín, *Análisis jurídico del delito de delincuencia organizada*, México, Tirant lo Blanch-Barra Nacional de Abogados, 2019, p. 97.

Por otro lado, el artículo 2o. ter considera una punibilidad igual a la del delito de delincuencia organizada para “quien a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de una organización criminal, participe intencional y activamente en sus actividades ilícitas u otras de distinta naturaleza cuando conozca que con su participación contribuye al logro de la finalidad delictiva”. Cabe preguntarse si era realmente necesaria la creación de este tipo penal. A pesar de que se alude a la participación activa, ésta no puede implicar el dominio del hecho o constituir una aportación esencial; de ser así, el sujeto debería ser sancionado a título de autor.²³ Por lo tanto, se trata de una participación accesoria, correspondiente a la complicidad, cuya regulación ya figura en el Código Penal Federal.

Además, la punibilidad asignada en el mismo artículo 2o. ter quebranta el principio de proporcionalidad, en cuanto sanciona con la misma intensidad a quien forma parte de la organización criminal y a quien concurre con actividades, incluso de carácter lícito —el tipo penal las admite cuando se refiere a actividades que no sean ilícitas—, que contribuyen a la obtención de la finalidad delictiva.²⁴ No es necesario que se alcance esta finalidad; basta con favorecerla o facilitarla.

La iniciativa que sirvió de base para la elaboración de la reforma invocó la necesidad de ajustar el orden jurídico nacional a los compromisos asumidos por el Estado mexicano, en particular los derivados de la Convención de Palermo. En ese sentido, los legisladores proponentes consideraron oportuno crear los tipos penales antes analizados. Así, el tipo penal del artículo 2o. ter corresponde, casi literalmente, al artículo 5.1, a), ii) de la Convención, mientras que el tipo alojado en el artículo 2o. bis atien-

²³ Sobre los elementos de la coautoría, *cfr.* Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña *et al.*, Pamplona, Civitas, 2014, t. II: *Especiales formas de aparición del delito*, pp. 188 y ss.

²⁴ En el mismo sentido, *cfr.* García Ramírez, Efraín, *Análisis jurídico...*, *cit.*, p. 99.

de a lo especificado en el artículo 5.1, a), i),²⁵ con algunas diferencias: la norma internacional se refiere al acuerdo para cometer un delito grave, mientras que, como ya se mencionó, el artículo 2o. bis alude a la resolución de concierto. Recordemos: se optó por recurrir a un sinónimo, quizá para remontar críticas pasadas.

Es importante mencionar que el artículo 11.6 de la Convención de Palermo señala que

nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

En razón de lo anterior, la *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* señala que “el delito tipificado en el derecho interno por un Estado para cumplir con los requisitos de penalización establecidos en la Convención no debe estar descrito por fuerza exactamente de la misma manera que en la Convención, con tal de que la conducta en cuestión quede penalizada”.²⁶

En este sentido, es válido cuestionar si el Estado mexicano está efectivamente obligado a introducir las figuras típicas mencionadas en los términos en que lo ha hecho, o bien puede formular su normativa de manera que ajuste su sistema penal a los

²⁵ “Iniciativa de los senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Graciela Ortiz González, Ana Lilia Herrera Anzaldo, Marcela Guerra Castillo y Blanca Alcalá Ruiz, con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, *Gaceta del Senado*, 25 de noviembre de 2014.

²⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, párr. 102, e). Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf

principios propios de un Estado constitucional, sin dejar de sancionar la pertenencia a estructuras criminales.

Se ha manifestado frecuentemente que el tipo de delincuencia organizada contraviene el principio de lesividad u ofensividad, porque no implica un daño ni pone en peligro un bien jurídico, o porque no es posible verificar la lesión concreta, en tanto aquel tipo se vincula con bienes abstractos, como la seguridad pública, la paz social, o incluso la seguridad normativa, cuya lesión no es posible verificar.

Cancio Meliá sistematiza las posiciones teóricas en torno al contenido del injusto en los delitos de organización. La primera de ellas considera que éstos implican un ejercicio abusivo del derecho de asociación. Una segunda posición hace notar el adelantamiento de la punibilidad, y señala que los bienes jurídicos que se intenta proteger corresponden al contenido de los delitos-objetivo, cuya lesión se encuentra latente —aun cuando no se materialice— en razón de la existencia del grupo criminal. En tercer término, se habla del injusto sistémico. Bajo este concepto, el delito de organización es autónomo materialmente con respecto a los delitos-objetivo, porque considera una lesión a bienes jurídicos propios, que son de carácter abstracto, difuso o colectivo,²⁷ como ya se mencionó.

La primera posición mencionada en las líneas precedentes ha perdido relevancia en años recientes. De acuerdo con ella, el bien jurídico tutelado sería propiamente el recto ejercicio del derecho de asociación. Empero, esta concepción no alcanza a justificar las punibilidades asignadas al tipo de delincuencia organizada ni lo distingue de la asociación delictuosa. En general, es complicado vincular la imposición de una pena con el ejercicio de un derecho fundamental, en tanto éste no comprende la comisión de un delito. No se trata, pues, del ejercicio abusivo de un

²⁷ “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *Icade. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid, núm. 74, mayo-agosto, 2018, p. 253.

derecho; la conformación de una organización criminal excede este marco.

De acuerdo con la segunda postura señalada, los delitos de organización suponen un adelantamiento de las barreras de la punibilidad: la imposición de la pena se anticipa al daño o puesta en peligro de los bienes jurídicos que se encuentran en el núcleo de los delitos-objetivo. Así, el delito de delincuencia organizada operaría con fines meramente preventivos al impedir la realización de los fines de las organizaciones criminales, que suponen un peligro para aquellos bienes jurídicos.²⁸ Se eliminan los obstáculos a la intervención del aparato punitivo estatal, que por ello puede operar con eficacia.

La doctrina denomina “delitos obstáculos” u “obstativos” a estos ilícitos de finalidad preventiva. Polaino-Orts cita a Fernando Mandovani, para quien los delitos obstáculo, efectivamente, violan el principio de lesividad; empero, considera que su existencia puede estar justificada si se atiende a “concretas exigencias de defensa social”, sobre todo cuando constituyen “remedios eficaces para una imperiosa y urgente defensa contra el crimen”. Condiciona su legitimidad a que se respete el principio de taxatividad, se prevenga a través de ellos la lesión de bienes jurídicos relevantes y se sancionen únicamente los actos idóneos para producir un resultado.²⁹

Guerrero Agripino describe las teorías que justifican el adelantamiento de la barrera de punibilidad. A este respecto, se refiere a la teoría de la peligrosidad social, en cuyos términos es válido punir conductas cuyo potencial lesivo se advierte a través de la experiencia, aunque no hayan arrojado un daño ni oca-

²⁸ *Ibidem*, pp. 256-258, y Silva Sánchez, Jesús-María, “¿«Pertinencia» o «intervención»? Del delito de «pertinencia a una organización criminal» a la figura de la «participación a través de organización» en el delito”, *Lustada. Direito*, Lisboa, núm. 3, 2005, pp. 103 y 104.

²⁹ Polaino-Orts, Miguel, “Delitos obstáculo. Un estudio sobre los límites de legitimidad de la anticipación punitiva”, en Reyna Alfaro, Luis Miguel (coord.), *Derecho penal y modernidad*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 164 y 165.

sionado un peligro verificable para los bienes jurídicos. Por otro lado, la teoría de la peligrosidad abstracta considera que determinadas conductas poseen las condiciones mínimas para lesionar bienes jurídicos; en otras palabras, se parte de la idea de que todo comportamiento que reúna ciertas características es peligroso en abstracto.³⁰

Silva Sánchez es partidario de esta postura, porque permite ubicar el tipo de delincuencia organizada en su dimensión corporativa. La existencia de la organización delictiva representa un peligro real para determinados bienes jurídicos, siempre que la estructura sea idónea para concretar, eventualmente, la lesión de esos intereses. Los integrantes del grupo criminal son responsables en la medida en que su pertenencia a aquél contribuye a poner en peligro bienes jurídicos; únicamente responderán por su aportación al injusto.³¹

Uno de los principales problemas que trae consigo esta postura es que, en caso de concretarse los delitos-objetivo, no sería válido imponer tanto las penas que les corresponden como las

³⁰ *La delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 392 y 393.

³¹ El citado jurista sostiene: “A mi juicio, este segundo punto de vista resulta, por varias razones, más convincente. Por un lado, no niega la específica dimensión institucional de la organización criminal. También desde esta perspectiva es posible advertir la especial peligrosidad de la organización criminal, derivada no solo de la forma de ejecución común que le es propia, sino sobre todo de la dinámica propia de las organizaciones, encaminada a la comisión de delitos, que, entre otras cosas, tiene la capacidad de «alargar» el alcance de los actos de organización de sus miembros. Por ello, este planteamiento puede justificar asimismo la intervención sobre la organización en sí, disolviéndola, dado que esta no ofrece garantía alguna —sino todo lo contrario— de seguridad cognitiva para los bienes jurídicos protegidos en los tipos relativos a los delitos-fin de la organización. Ahora bien, la organización, en tanto que estado de cosas favorecedor del hecho delictivo concreto cometido luego por alguno o algunos de sus miembros, debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres y estructuras, para obtener su objetivo de comisión de los delitos concretos de que se trate... Además, la organización conforma un *sistema de acumulación institucionalizada de aportaciones individuales favorecedoras* de la ejecución de los delitos-fin de la asociación delictiva”. Silva Sánchez, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’?...”, *cit.*, pp. 103-105.

previstas para la delincuencia organizada, puesto que se estaría violentando el principio *ne bis in idem* en su vertiente sustantiva, al punir simultáneamente el acto preparatorio y el delito consumado. En virtud de este principio, los delitos de resultado absorben a los de peligro, por lo que si se realizan los delitos-objetivo no sería posible atribuir responsabilidad por delincuencia organizada.³²

Al final del día, con base en la teoría del adelantamiento, se estaría puniendo a una persona por la posibilidad de hechos futuros, que pueden o no materializarse. En palabras de Cancio Meliá, esta postura “puede conducir a que se subraye en exceso la fuente del peligro, es decir, el sujeto, en la definición del injusto, cayendo en consecuencia en una expansión incontrolable de lo aprehendido por la tipificación: «Quien pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos»”.³³ Al basar la imposición de la pena en la posibilidad de que se cometan delitos futuros, lo que se sanciona es la peligrosidad. Esto contraviene el principio del hecho, porque anticipa la punición a partir de un pronóstico sobre la probabilidad de comportamientos futuros.

Como mencionamos, otra postura doctrinal estima que el delito de delincuencia organizada posee un injusto autónomo con respecto al de los delitos-objetivo. Se trata de un injusto sistémico en el que no existe un adelantamiento de la punibilidad,

³² Coinciden en este punto, Hernández-Romo Valencia, Pablo, *El delito de delincuencia organizada. Ideas para argumentar su inconstitucionalidad*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 24, 25, 55 y 56, y Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, México, Marcial Pons, 2017, p. 163. Silva Sánchez considera “la comisión de uno o varios delitos concretos no agota necesariamente el desvalor del peligro representado por el «favorecimiento institucionalizado» de otros. Como, en general, un delito de lesión no absorbe todo el desvalor de los delitos de peligro”. Asimismo, citando el parecer de otros autores, considera que es necesario tomar en consideración que la organización criminal normalmente subsistirá con posterioridad a la concreción de ciertos delitos-objetivo, por lo que en realidad subsiste el peligro para los bienes jurídicos. “¿«pertenencia» o «intervención»?...”, *cit.*, p. 105.

³³ Cancio Meliá, “El injusto de los delitos de organización...”, *cit.*, p. 258.

sino que constituye la lesión a un bien jurídico propio de carácter colectivo o supraindividual, que se compone por intereses sociales, como la paz, la seguridad pública o el orden estatal. En palabras de Polaino-Orts, se protegen “las condiciones de ejercicio social de todos los bienes jurídicos «individuales» y «colectivos» con unos mínimos parámetros de fiabilidad dentro del contexto social” o “el proyecto vital actual de las personas en Derecho”.³⁴ Así las cosas, no viene al caso la prevención de actos delictivos futuros, sino la pertenencia a un sistema antijurídico que desestabiliza a la sociedad.

En términos del funcionalismo sistémico, lo que se intenta proteger es la seguridad cognitiva sobre la vigencia de la norma, es decir, la confianza de los individuos en que el ordenamiento jurídico conserva su vigor a pesar de la existencia de organizaciones criminales cuyo comportamiento se ajusta a otros estándares. El comportamiento punido es la pertenencia a un grupo delincuenciales que se rige por un sistema antisocial, y cuya mera existencia vulnera la estructura social en cuanto pone en duda la vigencia de su orden jurídico.³⁵

Los defensores de esta posición teórica consideran que si se parte de la existencia de un bien jurídico propio y distinto al de los delitos objetivo será posible eludir la violación al principio del hecho o al de lesividad, toda vez que se está sancionando una conducta que pone en peligro actual ciertos intereses colectivos.

³⁴ Polaino-Orts, “Delitos obstáculo...”, *cit.*, p. 172. *Cfr.*, igualmente, Guerrero Agripino, *La delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 338-395.

³⁵ Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 38. Jakobs proporciona el siguiente ejemplo: “...dando un paseo nocturno por un parque urbano, nadie se tranquilizará tan sólo con la consideración de que no debe ser sometido a un robo, incluso, ser privado de su vida, sino que, por el contrario, si inicia el paseo, también partirá de que con alta probabilidad, no será tratado de ese modo”. *Cfr.* “La pena estatal: significado y finalidad”, en Jakobs, Günther *et al.*, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista. Estudios de derecho penal funcionalista*, México, Porrúa, 2006, p. 40.

Tampoco existe impedimento para aplicar de manera simultánea, en su caso, las penas relativas a la delincuencia organizada y a los delitos-objetivo.³⁶

El problema de esta construcción teórica radica en la amplitud de los bienes jurídicos que supuestamente tutela el tipo de delincuencia organizada. ¿Cómo se determina la lesión a la paz social, al orden público o, más aún, a la seguridad cognitiva? Para hablar con franqueza, digamos que no son las organizaciones criminales las que impiden que la población confíe en la vigencia de las normas jurídicas, sino la falta de aplicación de éstas, es decir, la impunidad. Bajo esa lógica, también se debería considerar delictiva la incapacidad para generar resultados en la procuración de justicia o en otras funciones del Estado que interesan grandemente a la sociedad.

Para Cancio Meliá, “se trata de una aproximación estructuralmente carente de límites, y que abriría, por tanto, todas las puertas a un entendimiento arbitrario del alcance del tipo”.³⁷ En la medida en que no es posible verificar el daño o puesta en peli-

³⁶ Polaino-Orts, “Criminalidad organizada...”, *cit.*, pp. 112, 113 y 124-132.

³⁷ “El injusto de los delitos de organización...”, *cit.*, pp. 265 y 266. El jurista español afirma: “Las normas jurídicas —y su concreta reconstrucción jurídico-dogmática— no reaccionan frente a los humores del público; la norma jurídico-penal no depende, como es evidente, del «ambiente» social en un determinado momento. Si se recurre a la sensación social de inseguridad para definir la paz, el orden o la seguridad públicos, el problema de la determinación conceptual del objeto de protección tan sólo queda desplazado hacia lo empírico, y, con ello, en este caso, librado a la arbitrariedad. Si, en segundo lugar, se prefiere objetivar la noción de paz u orden públicos, es decir, concebirla como una situación de hecho de tranquilidad, también son correctas las críticas antes expuestas conforme a las cuales tal aproximación al objeto de protección significaría una duplicación del cometido global del ordenamiento jurídico (penal) de control social, implicando, por lo tanto, una definición aparente, incorrecta del bien jurídico, convirtiendo artificiosamente en concreto objeto de protección de los delitos de organización al elemento genérico que constituye el fin último de todo el Derecho penal. En conclusión, este concepto de bien jurídico no es tal, sino sólo un envoltorio hueco que puede abrir el camino a la arbitrariedad”. *Ibidem*, pp. 266 y 267.

gro a esos bienes abstractos, entonces es fácil dar el siguiente paso y calificar a diversas conductas como potencialmente lesivas sin existir un sustento empírico para ello.

Silva Sánchez señala que aquí opera un modelo de transferencia, en el que existe responsabilidad únicamente por pertenecer a una organización, a pesar de que no se tiene el dominio del peligro generado por aquélla. En tal virtud, se trata de un “delito de adhesión o de pertenencia”. Lo que se sanciona es la decisión de formar parte de un sistema ilegal, con independencia de su contribución a la realización de los fines de la organización. El jurista lo resume así:

a todos y cada uno de los miembros de la organización se les responsabiliza del estado de cosas peligroso para la paz pública que es la organización, aunque cada uno de los miembros por separado no constituya, obviamente, dicho peligro para la paz, ni tampoco pueda afirmarse que domine el referido peligro colectivo.³⁸

Es posible ubicar a Günther Jakobs —artífice de la teoría del derecho penal del enemigo— en una postura intermedia.³⁹ El profesor alemán distingue entre normas principales, que prevén delitos cuyo contenido es un bien jurídico tutelado individual, como la vida o el patrimonio, y normas de flaqueo, que garantizan las condiciones de vigencia de las normas principales.⁴⁰

³⁸ “¿«Pertenencia» o «intervención»?...”, *cit.*, pp. 105-107. En palabras de este autor, “la organización criminal, como sistema de injusto, tiene, así, una dimensión institucional —de institución antisocial— que hace de ella no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes. En esa dimensión institucional radica seguramente su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales”. *Ibidem*, p. 102.

³⁹ Cancio Meliá, “El injusto de los delitos de organización...”, *cit.*, pp. 261 y 262.

⁴⁰ Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs, Günther, *Moderna dogmática penal*, México, Porrúa, 2002, pp. 419-421.

Vienen al caso la tutela de la paz social o el orden público, o la seguridad cognitiva, que consiste en la confianza de los ciudadanos en la vigencia del ordenamiento jurídico.

Quien comete el delito de delincuencia organizada, es decir, quien decide pertenecer a una estructura criminal, aun cuando no ha lesionado bienes jurídicos individuales, genera una sensación de inseguridad y anormalidad. Los individuos no pueden salir a la calle con la convicción de que no serán atacados sus bienes individuales. Por lo tanto, quien comete estos delitos, ya está provocando un resultado.

No obstante lo anterior, Jakobs siempre ha concebido al derecho penal del enemigo como un instrumento para eliminar focos de peligro; las sanciones se asemejan, en realidad, a una medida de seguridad. Su finalidad es la neutralización o inocuización de los agentes delictivos. En un Estado que proscribiera la pena de muerte, esto se lograría a través de penas privativas de libertad de considerable duración, basadas principalmente en la probabilidad de actos lesivos posteriores.⁴¹ En consecuencia, aunque concibe la verificación de un resultado actual, éste depende de la amenaza que entraña la probable comisión de los delitos-objetivo.⁴² En todo caso, si atendemos a la doctrina desarrollada por Jakobs, esta discusión carece de sentido, puesto que el jurista no parte de la concepción de bien jurídico, sino atribuye al derecho

⁴¹ Jakobs, Günther, “¿De qué se trata exactamente la problemática del derecho penal del enemigo?”, trad. de Miguel Polaino-Orts, en Jakobs, Günther *et al.*, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores Editor, 2008, p. 3. Del mismo autor, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 36 y 37.

⁴² Al respecto, Cancio señala: “La afectación de esa cimentación cognitiva es definida de modo predominante como amenaza, es decir, como arrogación de organización que consiste en el anuncio de la comisión futura de delitos. De este modo, la fundamentación del injusto también queda trabada en la prevención (fáctica), por lo que se dificulta la aprehensión específica de la dimensión colectiva (de lo que ya ha ocurrido: la constitución de la organización). Aquí hay espacio para una ulterior normativización”. “El injusto de los delitos de organización...”, *cit.*, p. 265.

penal la función de garantizar las expectativas de cumplimiento normativo.⁴³

Aun cuando la doctrina se refiera a bienes jurídicos colectivos, como la paz social o la tutela de la seguridad cognitiva, lo cierto es que se trata de conceptos abstractos, cuya efectiva lesión no puede ser corroborada. Ferrajoli se refiere a la “parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico”, que consiste en el tránsito entre la protección de derechos subjetivos a la tutela de intereses del Estado.⁴⁴ En concordancia con los postulados de su modelo, el jurista italiano considera que no deberían tener cabida en los Estados constitucionales los tipos penales en los que no sea posible verificar un daño o cuando menos un peligro concreto y no abstracto para los derechos subjetivos.⁴⁵

Empero, los sistemas penales incluyen delitos cuyo contenido se refiere a bienes difusos, como la administración de justicia o la democracia, sin que por ese motivo se eleven voces que cuestionen su legitimidad. En general, la doctrina admite la validez de delitos cuyo objeto jurídico sea un bien colectivo.⁴⁶ Sin embargo, existe una diferencia importante entre los delitos que tutelan, por ejemplo, las mencionadas democracia o administración de justicia, y los delitos de asociación, a los que se atribuye la protección del orden público o la paz social. Los primeros se refieren a conductas vinculadas de una forma más directa con la afectación de estos principios e intereses aunque no sea posible verificar la alteración a los bienes colectivos que los sustentan.

⁴³ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 9, 10 y 44, y *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 15-18.

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 467.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 470 y ss.

⁴⁶ *Inter alia*, Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2008, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 54, y Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 59 y 60.

Isabel Sánchez García de Paz considera que los tipos de asociación criminal sirven a diversos propósitos. Son preventivos, en tanto sancionan “conductas que a lo sumo podríamos calificar de preparatorias de un futuro delito, más bien cabría decir que son previas incluso a la preparación de un delito concreto”. Igualmente, operan como “tipos de recogida”, en tanto permiten atribuir responsabilidad penal cuando se carece de elementos probatorios para vincular a ciertos sujetos con los delitos-objetivo de las organizaciones criminales, sobre todo tratándose de los líderes de éstas. Finalmente, cumplen una función procesal, que consiste en permitir la realización de actos de investigación, aun cuando no se hayan actualizado los delitos planeados por organizaciones criminales.⁴⁷

Esta clasificación debe ser matizada tomando en consideración la realidad mexicana. Si bien se concibe a la delincuencia organizada como un tipo autónomo con respecto a los delitos-objetivo enunciados en el artículo 2o. de la LFDO,⁴⁸ en la práctica de la que tenemos noticia no existe una sola sentencia en la

⁴⁷ “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir desde el Derecho penal político hacia la lucha contra el crimen organizado”, en Arroyo Zapatero, Luis y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha-Universidad Salamanca, 2001, pp. 669-673. Sánchez García de Paz afirma que el tipo de asociación “cumple en la práctica para la policía la significativa función de permitir una investigación en el ámbito previo de otros delitos, investigación que de otro modo sería imposible. Permite al juez autorizar medidas indagatorias que al final pueden posibilitar el descubrimiento de delitos de los que no existía sospecha inicial... Cabe decir, hasta cierto punto, que la figura de la asociación ilegal permite «encubrir», dar un «paraguas legal» formal a investigaciones delictivas no apoyadas en la sospecha de concretos delitos, incluso previas a la comisión de cualquier delito, luego de otro modo ilegales”. *Ibidem*, p. 671. En el mismo sentido, Cancio Meliá señala que “las necesidades policiales ejercen —a través de la política— su influjo sobre el Derecho penal material; las criminalizaciones, una vez establecidas, dan lugar a actividades de investigación policial. “El injusto de los delitos de organización...”, *cit.*, p. 250.

⁴⁸ Pleno de la Suprema Corte de Justicia se la Nación, “Delincuencia organizada. el delito previsto en el artículo 2o., y sancionado en el artículo 4o., ambos de la Ley Federal contra la misma, es autónomo y no una agravante”,

que se haya sancionado al imputado exclusivamente por delincuencia organizada.⁴⁹ Para efectos penales, esto significa que el tipo no sirve verdaderamente a los fines de protección anticipada de bienes jurídicos. Su utilidad radica, por un lado, en sus efectos simbólicos, en la medida en que su existencia permite manifestar que se está haciendo lo necesario para combatir al crimen organizado y sancionarlo adecuadamente, y por otro, en la aplicación de un régimen procesal extraordinario que restringe varias garantías.

Es cierto que la ciencia jurídico-penal del siglo XXI debe ocuparse de diversas cuestiones incorporadas a los sistemas jurídicos de nuestro tiempo, cuyas características —al igual que los fenómenos sociales que han motivado su aparición— no se adecuan a las construcciones dogmáticas forjadas en épocas anteriores, sobre todo en el siglo pasado. Un ejemplo evidente es la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁵⁰ Sin embargo,

Tesis P. XXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Registro 186614, t. XVI, julio de 2002, p. 8.

⁴⁹ Mediante solicitud de información se pidió al Consejo de la Judicatura Federal que informara acerca del número de sentencias condenatorias exclusivamente por el delito de delincuencia organizada desde el 7 de noviembre de 1996 (fecha de publicación de la LFDO). La respuesta obtenida fue que “de la búsqueda realizada en la base de datos del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE), no se advirtió registro alguno con los criterios solicitados, de ahí que la respuesta a la información sea igual a CERO”.

⁵⁰ Sobre el particular, Roxin manifiesta: “Es cierto que, como el «futuro» se ve puesto en peligro menos por personas individuales que por colectividades, habrá que desarrollar sobre todo en este campo nuevas estructuras de imputación, como pone de relieve la discusión vivamente apasionada sobre el Derecho penal de las personas jurídicas”. *Derecho penal. Parte general, cit.*, t. I, p. 62. Alicia Azzolini considera que la doctrina mexicana “sigue debatiéndose entre las dificultades dogmáticas para aceptar la responsabilidad penal de las personas colectivas y la conveniencia político-criminal de su aceptación”. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: evolución de la legislación y la doctrina”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 331 y 334. *Cfr.*, asimismo, Azzolini Bincasz, Alicia y Quintero, María

no es menos cierto que resulta legítimo y necesario cuestionar formulaciones teóricas cada vez más abstractas y complejas para justificar la compatibilidad de ciertas normas jurídicas, que estimamos excesivas, con los principios propios del derecho penal.⁵¹

Si la justificación para sancionar a quien incurre en delincuencia organizada es la probabilidad de que en el futuro cometa determinados ilícitos, en realidad se está formulando un juicio de peligrosidad al amparo del derecho penal de autor, que no tiene cabida en un Estado constitucional. Ahora bien, si la sanción se basa en la alteración de la paz social, el orden público o la seguridad cognitiva, dicha perturbación sólo se actualizará cuando la organización criminal lleve a cabo, efectivamente, sus propósitos delictivos. La preparación de éstos, con anterioridad a los hechos que los actualizan, se realiza en la sombra, fuera de la mirada pública; en ese momento no existe la alteración que supuestamente justifica sancionar al agente de la delincuencia organizada.⁵²

Ya dijimos que el artículo 16 constitucional contiene una definición de la delincuencia organizada. Por otra parte, el artículo 19 de la propia carta magna incluye a este delito en el catálogo de conductas que traen consigo la aplicación de prisión preventiva

Eloísa, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un acercamiento a la temática*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2019; Ontiveros Alonso, Miguel, “¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal? (a propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales)”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 139-154, y *Derecho penal. Parte general*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Ubijus-Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2017, pp. 145-153.

⁵¹ Cancio Meliá alude a “una presión de legitimación especial” para las normas penales avocadas a combatir la delincuencia no convencional. “El injusto de los delitos de organización...”, *cit.*, p. 250.

⁵² En sentido similar, *cf.* Hernández-Romo Valencia, *El delito de delincuencia organizada...*, *cit.*, p. 18. Este jurista menciona que “no se puede olvidar que estas conductas son delitos que son secretos, en realidad no habrá el mentado «peligro público», dicho peligro será una idea, casi imposible de probar; ni tampoco se podrá hablar de perturbación jurídica ni de conmoción en la confianza de la comunidad en la vigencia del Derecho”. *Idem.*

oficiosa. Si la Constitución dispone la aplicación de esta medida en los casos de delincuencia organizada, que se encuentra limitada conceptualmente en el artículo 16, no es posible extender su aplicación —ni la de otras restricciones de derechos previstas en la carta magna para los imputados por este delito— a otros supuestos, por más que se les quiera incluir como parte del régimen especial. En este sentido, es inconstitucional el artículo 3o. de la LFDO, que estipula la mencionada medida cautelar de manera oficiosa para los delitos previstos en los numerales 2o. bis y 2o. ter, puesto que constitucionalmente no pueden ser tenidos como delincuencia organizada.

Desde su origen, la LFDO ha previsto dos rangos de punibilidad. El más elevado se aplica cuando la organización tiene como objetivo la comisión de delitos contra la salud; el menos riguroso, cuando vienen al caso los demás delitos del catálogo. La reforma de 2016 amplió el conjunto de delitos cuya comisión se sanciona con las penas más severas: operaciones con recursos de procedencia ilícita, trata de personas, secuestro y delitos en materia de hidrocarburos.

Vale la pena recordar de nuevo el principio *ne bis in idem*. En el supuesto de que se sancionen tanto los delitos-objetivo como la delincuencia organizada —como ha ocurrido siempre en el sistema mexicano—, no es válido tomar como referencia dos veces el desvalor de aquéllos: la primera, para determinar la pena correspondiente a la delincuencia organizada, y la segunda, para el mismo efecto en relación con los delitos-objetivo.