

DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA*

JUAN FRANCISCO MENDOZA**

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 29 de octubre de 2021.

RESUMEN

El artículo indaga la connotación de la voz “criminalidad organizada” en el derecho penal, destacando su indefinición cuando se le equipara a los delitos graves que se realizan en las prácticas sociales por las distintas organizaciones nacionales, o cuando se le identifica con el concepto de organización criminal, que desde el derecho penal internacional encuentra el referente de la delincuencia organizada transnacional reglada en la Convención de Palermo. Se elige la utilización del concepto de organización delictiva, al permitir el estudio de su identidad como sujeto de derecho penal de carácter injusto y la construcción de criterios de imputación de sus integrantes.

PALABRAS CLAVE

Criminalidad organizada, delincuencia organizada transnacional, organización criminal.

* Artículo de reflexión

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad Santo Tomás. Investigador del Grupo “Derecho Penal y Realidad” de la Universidad Santo Tomás. Correo: juanframendoza@gmail.com

FROM THE ORGANIZED CRIME TO THE CRIMINAL ORGANIZATION*

JUAN FRANCISCO MENDOZA**

Received: September 30, 2021. Accepted: October 29, 2021.

ABSTRACT

The article questions the connotation of the expression “organized crime” in criminal law, highlighting its lack of definition, when it is equated to the grave crimes committed in social practices by the different national organizations, or when it is identified with the concept of criminal organization, which from the international criminal law finds the concern of transitional organized crime ruled in the Palermo convention. The use of the concept of criminal organization is chosen, as it allows the study of its identity as a subject of criminal law of unfair character and of the construction of imputation criteria for its members.

KEY WORDS

Criminal organization, transnational organized crime, organized crime.

* Analytical article

** Professor of Criminal Law at Universidad Santo Tomás. Researcher of the Group “Criminal Law and Reality” of the Universidad Santo Tomás. Email: juanframendoza@gmail.com

I. LA METÁFORA DEL ENEMIGO

Pensar el crimen organizado como un fenómeno contemporáneo que preocupa a los países tanto por la amenaza de la seguridad y el disfrute de derechos como por la expansión extraterritorial, parece un lugar común. Pocas preguntas surgen por el contenido criminal de la agenda de grupo; y si se obtienen respuestas, estas apuntan al concepto mafioso en el que caben delitos de mercado y, el predilecto: el narcotráfico.

Las voces análogas crimen organizado y criminalidad organizada ofrecen la necesidad de precisar sus contenidos, los confeccionistas de estos y el alcance globalizado que se pretende con la instalación del crimen de organización como enemigo común.

Estas líneas describen el problema de indefinición de un enemigo, que, como otros fantasmas, se viste y reviste en las políticas criminales dominantes que arriban al puerto de la criminalidad organizada transnacional. Con esto en vista, se pondrá en evidencia el carácter polisémico que encierra el crimen organizado. Seguidamente observaremos el proceso formativo de la Convención de Palermo como arreglo normativo de la revestida criminalidad globalizada. Y finalmente, propondremos la bondad de comprender el delito de organización desde la estructura de la llamada “organización”, por ser un terreno firme de estudio, al contrario del difuso contenido de la criminalidad que se vacía y llena libremente por el intérprete.

El recurso retórico de la metáfora es útil para describir realidades que están guiadas por intereses individuales. La criminalidad organizada es un ejemplo de ello.

El cartel de Medellín, como mito mafioso en Colombia, representó la metáfora de la empresa delictiva en la década de los años 80: una organización delictiva que explotaba el negocio de la cocaína, y en su lucha por el poder económico y político, se enfrentó violentamente al Estado, a través de un aparato armado y de intimidación. Pero ¿El cartel de Medellín describía la realidad delictiva de aquella época?

No, la criminalidad colombiana no se reducía a una organización de tráfico, ni al paradigma mafioso de Pablo Escobar⁰¹. No era esta la única criminalidad que se organizaba. Ya operaban –y habían operado– otros carteles de droga, otras organizaciones armadas, y otras actividades delictivas sistemáticamente realizadas.

La historia de Colombia ya había conocido la bonanza marimbera, que encontraba como actores a organizaciones exportadoras de marihuana hacia los Estados Unidos. Los pájaros, los chulavitas, las guerrillas liberales y los bandoleros, fueron fruto de otro conflicto, que registró otros emprendimientos delictivos, bajo la estructura de la organización.

El cartel de Medellín es una de tantas metáforas del discurso de política criminal de las agencias de policía y del poder político para institucionalizar un fantástico enemigo de la guerra política: la criminalidad organizada. Ese enemigo absoluto del Estado y de las instituciones se infunde en el imaginario de los ciudadanos como el foco de miedo y peligrosidad, que debe prevenirse y combatirse. Es un enemigo público generador de ansiedad colectiva⁰² por el saber quién es la causa de la alarma, qué explica su poder, quién es el jefe, cuál es la estructura de la organización, cómo opera, cuándo ejecutará el delito, quién conserva el secreto de todo esto, y quién será el salvador que logre combatir y vencer al enemigo. La atención pública por estas respuestas ha generado una suerte de fascinación y admiración⁰³ por los protagonistas del crimen organizado y de la lucha contra este.

El atractivo por la identificación del enemigo y las respuestas para combatirlo acaban fundando la llamada lucha contra la criminalidad organizada. El “modelo de lucha”, como le denomina Juan Oberto Sotomayor⁰⁴, es una especie de cruzada donde diferentes actores suman “esfuerzos” para vencer un enemigo común que desafía la seguridad de la sociedad.

01 Sobre la historia del mito de Pablo Escobar y su desarrollo en la ciudad de Medellín, Gerard Martin, Medellín. Tragedia y resurrección. Mafias, ciudad y Estado. 1975-2013 (Medellín: La Carreta Editores, 2014) 66-239.

02 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 1 (1995): 258.

03 Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 260.

04 Juan Oberto Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, REJ-Revista de estudios de la Justicia, N° 12, (2010), 236-237. Erradamente Nancy Carolina Granadillo, Delincuencia organizada. En el ordenamiento jurídico venezolano (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2016) 16, comprende la “lucha contra la delincuencia organizada” como un “objetivo común”, en el que diversamente se integran los Estados, en orden a armonizar las legislaciones y desarrollar esquemas de cooperación; lo que a la postre ignora que lo único en lo que existe convergencia es la idea de una guerra común contra un enemigo común: crimen organizado, del que se desconoce su concepto. El modelo de “lucha” ya había sido reclamado por el Gobierno de Colombia en Ministerio de Justicia y del Derecho, Crimen Organizado y Justicia. Informe al Congreso de la República sobre la génesis y desarrollo de la justicia regional en Colombia (Bogotá: sin editorial, 1995), 15, 25-26; igualmente Silvio Ciappi, Delincuencia organizada (Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y Consejo Superior de la Judicatura, 2010), 133-172.

El armamento de lucha contra la criminalidad organizada termina por edificar un derecho penal diferenciado⁰⁵, esto es, una segunda vía de control social donde se disuelven principios y garantías, y se flexibilizan diversos criterios de imputación⁰⁶, en orden a conseguir la eficiencia en la prevención y represión del enemigo. Entre este armamento se cuenta, por un lado, en el derecho sustancial, con la inflación delictiva, mediante la creación y modificación de tipos asociativos básicos⁰⁷ o agravados⁰⁸, la incriminación de actos preparatorios⁰⁹, la indistinción entre autoría y participación¹⁰ y con la inflación

05 Wolfgang Naucke, *Derecho penal. Una introducción*, (Buenos Aires: Astrea, 2006), advierte que la “criminalidad organizada puede generar un clima jurídico-penal distinto a la ubicación de la criminalidad normal en el StGB”, por manera que este “derecho penal accesorio”, en pro de la prevención y la seguridad interior “renuncia a los postulados estrictos del Estado de derecho, que sólo se consideran absolutamente adecuados para la criminalidad normal”, 140; Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, 236; Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, precisando que la persecución del crimen organizado ingresa al derecho penal introduciendo elementos de un derecho penal autoritario”, 260; Llamándole un “cambio de paradigma” en la función judicial de imputación de los delitos asociativos, en armonía con los principios y garantías penales, Guillermo Jacobucci, “Los tipos penales relacionados con el crimen organizado”, en *El crimen organizado*, Coord. Guillermo Jacobucci (Buenos Aires: Universidad Austral–Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005), 83.

06 Paradigmático, Jesús-María Silva, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (Madrid: Civitas, 1999) 64.

07 Un ejemplo colombiano es la “creación” de los delitos de “Entrenamiento para actividades ilícitas” y “Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”, previstos en los artículos 341 y 345 del Código Penal, que en realidad son la resurrección y remozamiento de los delitos de “Instrucción y entrenamiento” y “Administración de recursos”, que reposaban en el Decreto 180 de 1988; todo un estatuto antiterrorista, que eufemísticamente fue llamado estatuto para defensa de la democracia

08 La circunstancia de agravación del artículo 324 del Código Penal, que crea un tipo agravado de pertenencia a organización dedicada al lavado de activos, que ofrece las mismas críticas de la pertenencia a organización criminal, Juan Francisco Mendoza, “La pertenencia a organización dedicada al lavado de activos”, *Revista Quaestionis. Publicación Científica de Divulgación Jurídica y de Ciencias Sociales de México*, N° 13. De igual forma la agravación por pertenencia a organización criminal, prevista en el delito de “Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones” para defensa personal, vertido en el número 7 del artículo 365 del Código Penal.

09 Como el delito de “Asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados”, previsto en el artículo 340A del código penal, en el cual se sanciona al que “ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos o científicos, ya sea de manera ocasional o permanente, remunerados o no, con el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de grupos delictivos organizados y grupos armados (AIDP) organizados”. Así lo ha promovido la Asociación Internacional de Derecho Penal, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Vol. 70, (1999): 610, http://www.penal.org/sites/default/files/files/RIDP_1999_3_4.pdf, indicando que “excepcionalmente debe la ley penal prever el castigo de actos preparatorios” y que este puede “considerarse legítimo” a condición de que se busque “prevenir la comisión de delitos muy graves” –que no se identifican–, , que se definan tales actos preparatorios, que estos guarden relación con el delito principal, que se realicen con dolo directo, y que su pena sea inferior a la del delito posterior. No obstante, la AIDP no define que es un acto preparatorio y qué actos de esta naturaleza deben incriminarse.

10 En su momento la AIDP en la Resolución del XVI Congreso Internacional de Derecho penal, Budapest 1999, sobre “Los sistemas penales ante el reto del crimen organizado”, expresó “que el derecho penal clásico de la autoría y participación es incapaz de alcanzar a quien se encuentra en relación con el crimen organizado y de dar respuesta eficaz y adecuada a las nuevas formas de crimen organizado”, por lo que “debe preverse una prudente modernización de estas categorías a partir del principio de la responsabilidad organizativa” e incluso, mediante “la admisión de la conspiración (conspiracy) [que] puede contribuir a la extensión de la responsabilidad penal a los individuos no directamente implicados en la comisión de delitos particulares”, Cfr. Asociación Internacional de Derecho Penal, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, 610.

punitiva, a través del desproporcionado incremento de las sanciones de aquellos delitos¹¹. Por el otro, en el derecho procesal, los beneficios por colaboración con la justicia, entre estos, el allanamiento a los cargos¹², las negociaciones y el principio de oportunidad¹³; e instrumentos proactivos de investigación, como los agentes encubiertos y las entregas vigiladas.

II. LAS VUELTAS DE TUERCA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Pese al conocimiento de la lucha contra la criminalidad organizada y la atracción que esta suscita, la criminalidad o crimen organizado es una voz de lenguaje vacía, que constantemente es llenada por itinerantes enemigos u objetos de guerra¹⁴. Y es que la claridad no se encuentra en la identificación de

En Colombia ha operado mediante una igualación de formas de intervenir en el delito, donde verbos como el de “provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas”, taxativas del delito de “financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”, previsto en el artículo 345 del código penal, se homogenizan, sin reparar en que varias de ellas son propias de un determinación y otras de complicidad.

¹¹ Obsérvese la elevada pena del concierto para delinquir, que en la circunstancia de agravación del segundo párrafo del artículo 340 del Código Penal, asigna una pena de 8 a 18 años de prisión, cuando el delito asociativo tenga dentro del objeto de concertación algunos delitos de destacada gravedad. Tal advertencia es observada por Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, 241. De igual forma, el agravante del numeral 7 del artículo 365 del CP (Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones), consistente en “Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado”, recibe una pena de 18 a 24 años de prisión.

¹² También llamada hipótesis del “arrepentido”, que “no es más que delincuente que negocia un beneficio a cambio de información, o sea, un delator”, Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 280, pero que paradójicamente es una fuente conceptual sobre la realidad del crimen organizado, 257.

¹³ Está previsto en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, a través de causales construidas a la medida de la lucha contra el crimen organizado. La causal del número 4 indica 4. “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada” y la del número 5 “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial”. No obstante, se evidencia una contradicción, y es la imposibilidad de inaplicación del principio de oportunidad, que por cuenta del parágrafo 10. Señala “En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.”. Esta paradoja es advertida por Juan Oberto Sotomayor, cuando repara que “las medidas premiales que en Colombia surgieron como excepcionales herramientas de lucha contra la criminalidad violenta generada por el narcotráfico, terminaron reconociéndose de forma general para todos los delitos, salvo para aquellos que en su momento se alegaron como motivos para su creación”, Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, 246.

¹⁴ Esto fue advertido en los trabajos preparatorios realizados por el “Grupo de Trabajo” creado por las Naciones Unidas para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (Convención de Palermo) del año 2000, al afirmar que “Si bien en general se comprendían los límites de la

ese extremo bélico, pues este –contra lo que se lucha– en realidad representa un punto de inflexión de la retórica del crimen organizado. En la inflexión, la tuerca se mueve entre los delitos que comprenden la criminalidad organizada, y que, de suyo, explican el objetivo de la persecución penal; y las organizaciones criminales, como sujetos de lucha, cuyo calendario delictivo, integra diferentes conductas de interés para los contextos de política criminal.

En la primera vuelta de tuerca, el concepto de criminalidad organizada describe un fenómeno criminal en cualquier sociedad: los delitos de importante registro estadístico en las escalas de criminalidad, las conductas que afectan la seguridad ciudadana o el crimen transnacional. Como una moneda de cambio, la criminalidad organizada alberga cualquier infracción delictiva, sin que esta deba ser ejecutada mediante un colectivo de personas, unidas como codelincuentes o asociadas como una organización delictiva. Basta concebir el delito como grave o de alto impacto social, para pensar en el fantasma de un crimen que convoca personas en su realización.

En el derecho penal internacional se acude a identificar el crimen organizado con la realización de la “criminalidad grave” o “delitos graves”. En 2009, en el marco del XVIII Congreso Internacional de la AIDP (Asociación Internacional de Derecho Penal), celebrado en Estambul, y titulado “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, se usó el concepto de “criminalidad grave”, como forma de delincuencia “caracterizada a menudo por su dimensión organizada y transnacional y que se aprovecha de las oportunidades y contradicciones de la actual sociedad globalizada [además] por su relevancia internacional, su nocividad grave para bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos, y por nuevas formas específicas de planificación y ejecución que están conectadas, en particular, con los nuevos medios de comunicación y transporte: como el terrorismo internacional, el crimen organizado transnacional, delitos informáticos graves, tráfico ilícito de migrantes, mujeres, niños, órganos, armas drogas, etc”¹⁵.

A su turno, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo, define la delincuencia organizada, a partir de la comisión de “delitos graves”, que difusamente define en la letra b) del artículo 2 como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de la libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”; no obstante redefine ampliamente el concepto en fenómenos como los “delitos

delincuencia organizada, seguía habiendo divergencias de naturaleza jurídica que dificultaban el logro de una definición amplia”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, (Nueva York, 2008), xxvi.

15 Asociación Internacional de Derecho Penal, “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Vol. 70 (2009): 643, http://www.penal.org/sites/default/files/files/RIDP_1999_3_4.pdf

transnacionales” (art. 3), el “acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave” (art. 5, i), a), el blanqueo de dinero (art. 6), la corrupción (art. 8) y la obstrucción a la justicia (art. 23)¹⁶.

Los ejemplos están a la vista en las iniciativas de política criminal colombiana. Desde la década del 90, los proyectos de ley eran titulados como medidas contra la delincuencia organizada o instrumentos contra la criminalidad organizada¹⁷ o tendiente a garantizar la seguridad¹⁸. En realidad, bajo el ropaje de combatir la delincuencia organizada, se criminalizan conductas delictivas como el enriquecimiento ilícito de particulares, el testaferrato o el lavado de activos, que en el contexto socio-económico son realizadas por organizaciones delictivas como los carteles de la droga¹⁹.

El intento por definir el crimen organizado, mediante la identificación y colección de delitos que integraran el término “transnacional”, que caracterizaba el fenómeno de la criminalidad sin fronteras, encontró el fracaso por la imposibilidad de uniformar las actividades delictivas que realizaban las organizaciones criminales en cada país. Esto, explica Silvio Ciappi, provocó un nuevo marco de conceptualización consistente en individualizar las características de un nuevo sujeto: “la criminalidad organizada transnacional”²⁰.

Esta forma de abordar la criminalidad organizada promueve la maximización del derecho penal mediante el expediente de observar el crimen organizado desde el fenómeno delictivo, ya se trate de amplios campos censurables como la corrupción o el tráfico de drogas, o de delitos clásicos o

16 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, (2004): 5-28, https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/ElDelito/Migraciones/Guias_legislativas_para_Conv_ONU_delincuencia_organizada.pdf

17 Así se precisó en el Decreto 1371 de 1995, en el Proyecto de Ley 131 de 1995 y en la Ley 365 de 1997.

18 Como el caso de la Ley 1453 de 2011, que acaba por reformar el artículo 345 del Código Penal, mediante el remodelado delito de “Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”

19 Es sabido que estas formas de blanqueo de capitales, hoy ubicadas como tipos autónomos en el Código Penal, responden a la lucha contra la criminalidad organizada del tráfico de drogas. Basta observar que el testaferrato, que esta forma cualificada de receptación, posee como delito fuente de enriquecimiento el delito de narcotráfico y conexos con éste. Al tiempo, la jurisprudencia, desde su lectura de política criminal comprende: “La tipificación del delito de testaferrato en la legislación colombiana se sustentó originalmente en la necesidad de combatir de manera específica, y desde luego más enérgica, una de las modalidades de encubrimiento por receptación utilizadas con mayor frecuencia por la delincuencia organizada del narcotráfico para ocultar los bienes adquiridos con los dineros producto de sus actividades ilícitas, radicándolos en cabeza de terceras personas, ajenas al negocio. Este el origen y la razón de ser de la prohibición contenida en el artículo 6º del Decreto 1856 de 1989”, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de diciembre de 2001, radicación N° 14658, M.P. Fernando Arboleda Ripoll. A su turno, el enriquecimiento ilícito de particulares en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1895 de 1989, que le dio origen, precisó que la razón de este delito fue “la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones; [y el consecuente] el incremento patrimonial injustificado de diferentes personas”.

20 Silvio Ciappi, Delincuencia organizada, 41.

contemporáneos, que en uno u otro caso pueden ejecutarse por sujetos individuales o colectivos.

La aporía que constituye tal forma de describir el crimen organizado se basta con afirmar que los delitos son realizados por grupos organizados de personas, sin parar mientes en que muchos ejecutores obran individualmente o en relaciones de codelincuencia. De allí las tendencias maximizadoras de generalizar, sin más, que en los casos en que hay una pluralidad de personas se trata de una organización delictiva y no de una simple coautoría, y que las “categorías de delitos tradicionales” y “los nuevos tipos de conducta delictiva” también llamados “delitos organizados nuevos y emergentes”, demandan “la modalidad de delito organizado o simplemente se llevan a cabo según ella”²¹. Esta “nueva fundamentación” inductiva del crimen organizado, parece delirante, toda vez que reorienta la política penal hacia una persecución de una conglobante criminalidad organizada.

Al tiempo también resulta maximizador el uso de la gravedad del delito para describir la criminalidad organizada, como quiera que el estándar de “gravedad” –que bien podría descansar en un juicio de lesividad de la conducta– es abierto en los contextos sociales e históricos de cada nación²². En cada sociedad la gravedad es cambiante de acuerdo con sus prácticas sociales, por lo que la delincuencia organizada se vincula notablemente con el tráfico de drogas en Colombia, pero no así en España, donde el terrorismo ha estado en la agenda de las organizaciones.

En la segunda vuelta de tuerca, la criminalidad organizada acude a la descripción de la organización como un “meta-sujeto” del derecho penal, donde no importa –del todo– la agenda delictiva sino el tipo de organización²³. De manera que el combate sitúa como enemigo a una estructura colectiva de personas que, bajo el nombre de organización criminal, es combatida por su mera existencia; la de ser un sujeto peligroso para la sociedad, con capacidad para actualizar, eficientemente, cualquier delito. Este giro de tuerca permite a la política criminal hacer abstracción de todos los colectivos de personas que delinquen, para acudir a un reduccionismo peligrosista: la organización criminal es una sola. Pese a la existencia en cada geografía de diferentes especies de organización, llámense mafia, sindicato, pandilla, banda, mara, combo, cartel, cuadrilla, entre otros, el reduccionismo utiliza palabras con

21 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Compendio de casos de delincuencia, (2012): 8, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf

22 Así el “Grupo de Trabajo” de la Convención de Palermo expresó que ese “enfoque [de la gravedad] también planteaba dificultades, ya que el concepto de gravedad del delito no tenía la misma significación en todos los sistemas nacionales”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, xxvi.

23 Este “límite precientífico” de dotas de contenido a la categoría crimen organizado, es advertido con preocupación por Zaffaroni, como una tarea impuesta a la criminología, Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 256. GACETA DEL CONGRESO, N° 329 del 13 de octubre de 1995.

carácter connotativo, que le permiten homogenizar la descripción de estas estructuras sociales. Este uso del lenguaje, con palabras como grupo y organización, ofrece una nominación acrítica de las prácticas delictivas de cada colectivo y, por ende, un tratamiento jurídico-penal uniforme, que conducirá a una igualación del concepto de lo injusto de las conductas y de los criterios de imputación del círculo de personas que intervienen en los delitos de la organización.

Dos casos ilustran la idea. La voz “empresa criminal”, que en el Proyecto de Ley 131 de 1995, era concebida a través de tres tipos organización: la guerrilla, las bandas y la mafia²⁴. La iniciativa legislativa ubicó en una misma línea a los grupos alzados en armas, a los carteles de la droga y a los grupos de delincuencia común, bajo el mismo argumento descriptivo de que actúan “dentro de un marco de organización” lo que deviene en una transgresión de la seguridad interna.

Por su parte, la Ley 1908 de 2018, mediante la cual se “fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales”, uniformó las organizaciones delictivas en dos modelos: los Grupos Armados Organizados (GAO) y los Grupos Delictivos Organizados (GDO)²⁵. Esta ley responde a un propósito político-penal –esencialmente pragmático– de conseguir el sometimiento colectivo e individual de las organizaciones delictivas supervivientes del acuerdo de paz con la guerrilla de las Farc-

24 Gaceta del Congreso, N° 329, (Bogotá: Imprenta Nacional, 1995), 15. Es de particular interés que el informe de ponencia para el primer debate del proyecto de ley se señalara que “El gran enemigo de la sociedad es la organización delictiva que tiene presencia cada vez más ostensible en la comisión de hechos punibles tales como el narcotráfico, el terrorismo, la subversión, el secuestro, el tráfico de armas, robo y contrabando de vehículos, el blanqueo de dinero procedente del delito, la corrupción, el fraude financiero, la trata de mujeres y de niños, y en fin, la nueva dimensión de las formas tradicionales de criminalidad”, Gaceta del Congreso, N° 446, (Bogotá: Imprenta Nacional, 1995). Igualmente, Ministerio de Justicia y del Derecho, Crimen organizado y justicia. Informe al Congreso de la República sobre la génesis y desarrollo de la justicia regional en Colombia, 11-12, utiliza indistintamente las expresiones “empresa criminal” y “empresa del delito”, sin exponer su contenido, pero con el único fin arribar al lugar común, que era de perfilar la delincuencia organizada colombiana, en tres tipologías: “la subversión guerrillera, las bandas y las mafias”, 19.

25 Artículo 2°. Definiciones. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

Grupos Armados Organizados (GAO): Aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Para identificar si se está frente a un Grupo Armado Organizado se tendrán en cuenta los siguientes elementos concurrentes:

- Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado; la población civil; bienes civiles, o contra otros grupos armados.
- Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere el de los disturbios y tensiones internas.
- Que tenga una organización y un mando que ejerza liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional.

Grupo Delictivo Organizado (GDO): El grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Los delitos cometidos por estos grupos no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional sino que abarcarán también aquellos delitos que se encuentren tipificados en el Código Penal Colombiano.

Parágrafo. En todo caso, para establecer si se trata de un Grupo Armado Organizado, será necesaria la calificación previa del Consejo de Seguridad Nacional.

EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo). En tal dirección se configuró un concepto amplio de organización delictiva, donde se ubican dos formas de organización: de tipo jerárquico y de tipo red. Pese a la diferenciación, se trata de estructuras que, en sentido amplio, se definen como tipos de criminalidad organizada.

Esta vuelta de tuerca pretende mayor claridad, al valorar el crimen organizado –como bien advierte Jesús María Silva– desde los elementos de la criminalidad de la globalización: la organización y el poder económico²⁶. Para ello, se acude a una política criminal globalizada, donde se funda un derecho penal, enderezado por el principio de la integración, que pretende la edificación de un sistema jurídico supranacional común, que defina la criminalidad organizada y responda a las demandas de persecución del poder punitivo.

El campo jurídico de integración está demarcado por los diferentes instrumentos internacionales y regionales que han suscrito los países aunando tareas para la lucha contra el crimen organizado. Veamos.

III. CAMINO A PALERMO

Desde el uso de la expresión crimen organizado en la persecución estadounidense al delito de las organizaciones mafiosas italoamericanas, existió un interés por dotar conceptualmente al fenómeno y conseguir una política comunitaria para reprimir el delito de las organizaciones. El avance de la criminalidad de mercado a la par con las políticas penales acerca del tráfico de drogas y el lavado de activos, motivó los intereses por advertir la presencia de un nuevo actor en el mundo globalizado: la organización delictiva.

En mente estaba el propósito de construir un edificio normativo mundial que situara al nuevo actor dentro de los fines del derecho penal. Empieza entonces el periplo deliberativo y de consensos que llagan a la Convención de Palermo; un instrumento internacional que habilitará a los países el uso de un lenguaje común, encaminado a combatir en el derecho interno aquellas organizaciones delictivas con fines de expansión internacional.

Desde 1975, con ocasión del Quinto Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, se examinó el crimen organizado en el concierto internacional de naciones. En el desarrollo del tema 5 titulado “Cambios en las formas y dimensiones

26 Jesús-María Silva, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 70.

de la delincuencia transnacional y nacional”, se debatió el concepto de “El delito como negocio: delito organizado, delito financiero y corrupción” en el ámbito nacional y transnacional, acordando que “las consecuencias económicas y sociales del delito [organizado] como negocio eran generalmente mucho mayores que las consecuencias de las formas tradicionales de la violencia interpersonal y de los delitos contra la propiedad”, presentando así una amenaza más grave para la sociedad y las economías nacionales²⁷.

Posteriormente, el Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas en 1980, dentro del tema titulado “Delito y abuso de poder: delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley”, exaltó la necesidad de investigar sobre la naturaleza y alcance de los delitos económicos realizados en el marco de “transacciones comerciales internacionales” por empresas mercantiles²⁸.

Para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas realizado en 1985 en Milán, se advirtió que “la intensificación de las actividades de la delincuencia organizada estaba planteando una grave amenaza a nivel mundial. Se reconoció, en particular, como nueva dimensión de la criminalidad, que la delincuencia organizada había adquirido una extensión geográfica y una coordinación internacional sin precedentes, así como una eficaz diversificación en toda clase de actividades delictivas rentables”²⁹. Fruto de este congreso fueron creados el Plan de Acción de Milán y la resolución 1, titulada “Delincuencia organizada”. En el pacto exhortó a los países a “emprender una acción de gran envergadura para controlar y (...) erradicar los fenómenos destructivos del tráfico y el uso indebido de drogas y de la delincuencia organizada”, como a “compartir información y experiencias para mejorar

27 Este congreso se destaca por advertir, por una lado, la poca atención prestada por la criminología a la teorización de la delincuencia organizada, y por otro, la vaguedad de esta expresión de delincuencia colectiva; al tiempo que resulta pionera en la materia la identificación del delito de organización –como negocio– al identificar como características: “a) se cometían primordialmente con ánimo de lucro e implicaban alguna actividad comercial o industrial; b) suponían cierta organización, consistente en una serie o sistema de disposiciones relativamente formales entre las diversas partes que cometían los actos ilegales; c) implicaban la utilización indebida de técnicas comerciales o industriales legítimas, y d) las personas que participaban en su comisión solían tener gran rango social o gran poder político. Los delitos de las sociedades, por una parte, y los denominados delitos organizados, por otra, tenían muchas similitudes y relaciones mutuas; era corriente que ambos implicasen la corrupción de las autoridades policiales, judiciales y políticas. Tales delitos solían suponer una gran planificación y un gran secreto y eran sumamente complejos; así pues, tendían a ser delitos “invisibles” y eran muy difíciles de descubrir. Sin embargo, atendiendo al temor que suscitaban en el público, cabía hacer una distinción entre el delito organizado y el delito financiero”, Naciones Unidas, Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1976): 11, <https://digitallibrary.un.org/record/1296620/files/a-conf-56-10-s.pdf>; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, ix.

28 Naciones Unidas, Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1981): 28-29, 60-79, <https://digitallibrary.un.org/record/30439/files/a-conf-87-14-s.pdf>

29 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, x-xi.

los sistemas penales para enfrentar las nuevas dimensiones del delito y de la delincuencia”. Lo anterior, en tanto que en la resolución se instó a las naciones a intensificar la lucha contra la delincuencia organizada en el plano nacional, proponiendo la adopción de medidas como: “la modernización de las leyes y procedimientos penales nacionales, en particular la adopción de medidas para crear nuevos delitos que tipificaran formas nuevas y complejas de conductas criminales”, cooperar para la obtención de pruebas en el extranjero, perseguir los bienes derivados de las actividades delictivas, controlar la circulación internacional de recursos de las organizaciones, el “reforzamiento de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”³⁰, entre otras.

En el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sesionado en La Habana en 1990, se expresó la preocupación por el alarmante ascenso de la delincuencia organizada en materia de tráfico de drogas, armas y personas, y terrorismo. Con la resolución 24 denominada “Prevención y represión de la delincuencia organizada”, se aprobaron directrices de orden sustancial y policial, para prevenir y reprimir la delincuencia organizada nacional e internacional³¹.

Como un hito para esta política criminal, se celebró en Nápoles (Italia) del 21 al 23 de noviembre de 1994 la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, que se fijó como misión para alcanzar un consenso para la elaboración de una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional, que como fenómeno se encontraba en ascenso. El consenso fue animado por el “éxito” de la Convención de Viena de 1988 (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas) en la elaboración de instrumentos como el delito de blanqueo de dinero, que terminó por ser adoptado por los derechos nacionales. En términos explícitos “se sugirió asimismo que entre los elementos de esa convención figuraran, entre otras cosas, la tipificación como delito penal de la participación en organizaciones de tipo mafioso; la tipificación como delito penal de la participación en actos preparatorios vinculados a la delincuencia organizada; la responsabilidad penal de las personas por las acciones de los grupos a que pertenecieran”³².

En la misma Conferencia se aprobó por unanimidad la llamada Declaración de Nápoles (Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Organizada Transnacional),

30 Naciones Unidas, Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1986): 67-69, https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/7th_Congress_1985/03I_ACONF.121.22.Rev.I_Report_Seventh_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf

31 Naciones Unidas, Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1991): 163, 187-192, <https://digitallibrary.un.org/record/142947?ln=es>

32 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, xv.

en que se destacaron ciertas características de la delincuencia organizada dentro de su composición estructural y el modus operandi, tales como: “la formación de grupos para dedicarse a la delincuencia; los vínculos jerárquicos o las relaciones personales que permitían el control del grupo por sus jefes; el recurso a la violencia, la intimidación o la corrupción para obtener beneficios o ejercer el control de algún territorio o mercado; el blanqueo de fondos de procedencia ilícita para los fines de alguna actividad delictiva o para infiltrar alguna actividad económica legítima; el potencial para introducirse en alguna nueva actividad o para extenderse más allá de las fronteras nacionales; y la cooperación con otros grupos organizados de delincuentes transnacionales”³³. En orden a promover la armonización y compatibilidad de las legislaciones y los sistemas penales de los países, se recomendó la elaboración de una definición de “delincuencia organizada” que sirviera a aquella armonización legislativa y a la cooperación internacional eficaz.

En 1995, en el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al interior del tema titulado “Medidas contra la delincuencia organizada y la delincuencia económica de ámbito nacional y transnacional, y cometido del derecho penal en la protección del medio ambiente: experiencias nacionales y cooperación internacional”, se destacó el crecimiento de la delincuencia organizada y la necesidad de tratarla como problema global, ante el fracaso en la implementación de herramientas locales que la concebían como un problema de orden público interno³⁴. Adicionalmente, en cuanto al quehacer delictivo, se reconoció que las organizaciones delictivas operan como agentes económicos en el mercado –semejando a las sociedades multinacionales–; cuya estructura fluida les permite ingresar y salir de un mercado a otro, y aprovechar con eficiencia las nuevas tecnologías y los medios de transporte. No obstante, el paradigma del tráfico de drogas, otras son las actividades delictivas explotadas por las organizaciones del delito, como los tráficos de personas, órganos humanos, de armas convencionales, de armas nucleares, de vehículos, de bienes culturales y de metales preciosos hurtados³⁵.

Resultando de capital importancia la elaboración de un marco jurídico de la delincuencia transnacional, el Consejo Económico y Social y la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, crearon un Grupo de Trabajo abierto integrado por varios países con el fin de

33 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, xvi.

34 Naciones Unidas, Noveno Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1995): 8, https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/9th_Congress_1995/006_ACONF.169.5_Working_Paper_Action_Against_Economic_Organized_Crime_S.pdf; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, xvii

35 Naciones Unidas, Noveno Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (1995): 13.

recoger observaciones y sugerencias acerca de la iniciativa.

Toda esta preparación sería el vestíbulo para la celebración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (Convención de Palermo). Dicha convención se constituyó en el lugar común de las razones de política criminal de la comunidad internacional en torno al delito en la narrativa de la globalización.

Sustancialmente la transnacionalidad del delito –al superar la extraterritorialidad– explicada en el cruce de fronteras y la materialización de una especie de “balanza de pagos” criminal, por la circulación de recursos, derivada del tráfico de bienes y servicios prohibidos, es lo que interesa a una Convención de esta naturaleza. En cambio, la pluralidad de personas cohesionadas en una línea extensa de tiempo; llamadas organización, sólo interesan como un adjetivo del delito transnacional.

Es por esto que las deliberaciones y manifestaciones de las naciones apuntaban a la practicidad de las actividades delictivas en el mundo globalizado³⁶, a las “repercusiones en las economías nacionales, el sistema financiero mundial”, y al “poder social y económico de las organizaciones delictivas y su capacidad para infiltrarse en las actividades económicas lícitas, blanquear el producto de sus actividades delictivas y recurrir al terror y la violencia”. Se trataba de alarmar sobre las consecuencias de un nuevo agente económico en los mercados: la organización.

El pragmatismo con el que se aborda a la organización que delinque exalta las consecuencias en la economía de mercado global, desplazando las características de las organizaciones en los diferentes contextos sociales de los países. En un discurso unificador, se estima que los delitos transnacionales se realizan en todas las naciones y son operados por multinacionales del delito económico. Desde luego, se trata de un pensamiento intuitivo que explica el delito económico transnacional desde el concepto de globalización. Pero, si la globalización, en palabras de Joseph Stiglitz, es “la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras”³⁷; el delito de la organización no siempre se revela a través de las fronteras o es muestra de un “emprendimiento económico”.

36 Es propio de integración mercantil que “la economía de la globalización potencia el intervencionismo punitivo frente a sujetos o comportamientos que estima disfuncionales”, Nicolás Santiago Cordoni y Mariano Javier Hoet, “Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional?” *Revista de Derecho Internacional*, Vol. 12, N° 2 (2015) 530.

37 Joseph Stiglitz, *El malestar en la globalización* (Madrid: Taurus, 2002) 34.

Lamentablemente el pragmatismo explicativo de esta narración del delito acaba por implementar un derecho penal de la globalización que, como bien señala Jesús María Silva, es “eminentemente práctico”³⁸, y en virtud de la practicidad, estima las soluciones semejantes a las de la globalización económica: integrar los mercados. Entonces, si la delincuencia organizada de la globalización es económica³⁹ y, de suyo, afecta los mercados, las respuestas deben ser prácticas, como el manejo del mercado mismo. De manera que la respuesta será, conforme a la integración económica de los mercados, la homogenización de la legislación que prevenga y reprima el delito organizado.

La homogenización del derecho, mediante Convenciones como la de Palermo, buscará, más que una armonización legislativa, una unificación acrítica de reglas jurídicas y una transculturación forzada de los criterios de imputación del delito de organización, en orden a conseguir la aculturación jurídica de los países. Esto es lo que sucede cuando las naciones acogen criterios dogmáticos de imputación en un plano global: se contraviene la naturaleza valorativa y cultural de las estructuras del delito construidas en cada nación y se recorta la democracia deliberativa en aquella construcción. Lejos de discusiones sobre principios y categorías jurídico-penales, el plan es dar respuestas prácticas al problema: perseguir y sancionar; es decir, obtener consecuencias punitivas⁴⁰.

Esto era observable en los trabajos preparatorios a la Convención de Palermo, pero se hizo más visible en Declaración de Nápoles; en las Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos; en las Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada y en los Congresos Internacionales de Derecho penal de la AIDP, celebrados en Budapest 1999 y Estambul 2009. Veámoslo desde la uniformidad que se pretende en la implementación de la llamada “participación en un grupo delictivo organizado”, a través de las conductas de conspiración y asociación para delinquir; que a la postre se pretenden homologar en su estructura como formas de intervención en un delito de organización.

La Declaración en Nápoles afirmó que “los Estados deberán considerar la promulgación de normas penales para tipificar como delito la participación en asociaciones o en conspiraciones para delinquir”. Esto debido a que las Guías legislativas para la aplicación de la Convención de Palermo instaron a los legisladores internos a penalizar la participación de personas en grupos delictivos organizados, tipificando la conspiración o la asociación para delinquir, en correspondencia con su tradición

38 Jesús-María Silva, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 72.

39 Jesús-María Silva, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 65.

40 Nicolás Santiago Cordini, “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”, Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 38, N° 104 (2017): 79.

histórico-jurídica. Así, en una visión “uniformadora” de tradiciones jurídicas se afirma que la “la Convención [de Palermo] tiene por objeto responder a la necesidad de una respuesta global y asegurar la penalización de los actos de participación en grupos delictivos. El artículo 5 de la Convención reconoce como equivalentes los dos enfoques principales de ese tipo de penalización”⁴¹. Otro tanto expresan las Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada: “En términos generales, estas dos opciones reflejan diferentes tradiciones jurídicas, la anglosajona y la romanista. El delito de “confabulación” se estableció en los países con tradición jurídica anglosajona. En muchos países con tradición romanista, el concepto de confabulación no está reconocido, ya que la postura general es que la mera planificación de un delito, sin la comisión de un acto deliberado para llevar a la práctica ese plan, no constituye una conducta delictiva. Sin embargo, como lo demuestran los diversos ejemplos de leyes nacionales que se citan a continuación, esta distinción entre las dos tradiciones jurídicas no es absoluta, ya que algunos países tienen leyes en que se mezclan elementos de confabulación (acuerdo de cometer el delito) y asociación (participación en las actividades)”⁴².

A su turno, la AIDP en 1999 precisó que “la admisión de la conspiración (conspiracy) puede contribuir a la extensión de la responsabilidad penal a los individuos no directamente implicados en la comisión de delitos particulares”; pero adicionalmente afirmó⁴³ que “la incriminación de la pertenencia a una organización criminal es un instrumento importante en la lucha contra el crimen organizado (...) no se exige la participación en la comisión de delitos. Basta con la pertenencia a una estructura estable de organización”⁴⁴. Diez años después, en el Congreso de Estambul, se estableció que “de conformidad con los principios generales del derecho penal, sólo excepcionalmente debe la ley penal prever el castigo de actos preparatorios específicos (...) cuando es necesario para incrementar las estrategias de prevención de la comisión de delitos muy graves y sólo en caso de peligro claro y actual”⁴⁵.

La pretendida mundialización del derecho no funciona igual que la circulación de comerciantes y mercancías en la globalización económica. Lamentablemente la circulación de las ideas planetarias –como la de las penales– también es fruto de desigualdades⁴⁶. Terminan por imponerse conceptos

41 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 24.

42 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 32.

43 Asociación Internacional de Derecho Penal, “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, 610.

44 Asociación Internacional de Derecho Penal, “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, 613.

45 Asociación Internacional de Derecho Penal, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, 644.

46 Jacques Attali, *El hombre nómada* (Bogotá: Luna Libros, 2010), 214-215, desde una visión antropológica concibe la mundialización como un nomadismo en marcha donde las personas, necesitadas de espacio para la expansión del trabajo, el comercio y las ideas, consiguen el intercambio que facilitará el desplazamiento a otros territorios. No obstante estima

procedentes de diferentes culturas jurídicas, como el caso de la conspiración⁴⁷ de origen anglosajón, o el tipo de pertenencia a organización, en una abierta renuncia –eficientista– a las garantías y criterios de imputación de la teoría general del delito⁴⁸.

Se trata de categorías que privilegian la peligrosidad⁴⁹ como criterio de imputación standard y, por ende, la anticipación de la incriminación, mediante actos preparatorios –o acaso resolutive– punibles como la conspiración⁵⁰ o la mera pertenencia a organización. Pese a ello, se observan posturas que tienden a homologar la conspiración y el delito asociativo, sin reparar en sus estructuras y alcances; basadas tan solo en la verificación de un acuerdo común de los participantes del delito asociativo y la conspiración⁵¹. Fruto de esta homologación, es suscribir una misma característica: la de tratarlos como “delitos de preparación”, donde el injusto del “estado de organización criminal” es aprovechado por sus integrantes⁵²; y que se trata de episodios de peligrosidad –incrementada en la asociación delictiva– en razón a que los miembros del colectivo se desinhiben de delinquir al pertenecer a la organización.

En contraste, Nicolás Cordini señala su distinción desde las propiedades dogmáticas y político criminales –como la excesiva anticipación en la punición de tempranas resoluciones humanas– que encuentran rigurosa explicación en la tradición jurídica de cada categoría, lo que genera una resistencia

que se generará desventaja para quienes no ofrecen algo para el intercambio.

47 La definición anglosajona de conspiracy como “acuerdo de dos o más personas con la intención de cometer un acto ilegítimo [ilícito] o un acto legítimo por medio ilegítimos”, Edmundo Hendler, Derecho penal y procesal penal de los estados unidos (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996), 94, revela una “enorme y peligrosa extensión de un comportamiento”, Edmundo Hendler y Hernán Gullco, Casos de derecho penal comparado (Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2003), 278. En el mismo sentido crítico Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 283-284, expresa que de la traducción de la expresión unlawful (ilícito) en la conspiración, el concierto conspirativo puede contener un número incierto de conductas, que lesionarían el principio de legalidad, máxime si la conspiración derivó de una invención de los jueces.

48 Es pionero de esta crítica Jesús-María Silva, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 75, precisando que “la delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tienden a asignar menos garantías, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación ‘excepcional’, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligrosos que contiene”, p. 86. Igualmente, Nicolás Santiago Cordini, “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”, 78.

49 Raúl Carnevali, “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano. En particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, Ius et Praxis, Año 16, N° 2 (2010): 74-75, aprecia una especial peligrosidad en la criminalidad organizada, a partir de apreciar un injusto propio en el este concepto empírico, lo que le motiva a proponer la creación un tipo autónomo.

50 Ubicándole como un acto preparatorio, pese a la naturaleza resolutive de ejecutar un delito por parte de cada sujeto que se confabula, Soledad Barber, Los actos preparatorios del delito (Granada: Comares, 2004), 160-200.

51 Jean Pierre Matus, “La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de derecho chileno y comparado”, Nuevo Foro Penal, N° 88 (2017): 44.

52 Gonzalo Medina, “El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico”, en La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, (Santiago de Chile: Universidad de Santiago de Chile, 2013), 499-503.

en la aplicación al derecho continental, máxime si la conspiración riñe con principios penales como el de reserva y *ne bis in ídem*⁵³.

IV. LA CONSPIRACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

El carácter indeterminable de la criminalidad organizada es producto de la descripción de su narrativa polisémica. El crimen organizado puede comprender el plan delictivo de la organización, sus delitos-fin; que pueden ser los mismos que acechan cotidianamente a la ciudadanía. Pero también explica el componente pluripersonal que ejecuta la delincuencia grave.

Desde la heurística de la disponibilidad, hoy es posible afirmar que para las personas criminalidad organizada y organización criminal son nociones equivalentes que se explican con “paradigmas vividos”, como el cartel de droga o grupo armado ilegal, de los que se recibe información por los medios de comunicación. Esa primera cognición armoniza con el descuido de la probabilidad⁵⁴, que muestra la carencia de recursos para evaluar la verdadera existencia del crimen organizado y su probabilidad de operación.

Nada mejor que el miedo y la peligrosidad al crimen organizado y sus organizaciones sea expropiado del conocimiento de las personas. Los vacíos de conocimiento y la negación de una democracia deliberativa, serán un plano perfecto para la administración del crimen organizado y sus propiedades: el peligro y el miedo. La administración de las nociones y sus consecuencias es de ciertas voces influyentes que confeccionarán el conocimiento disponible a los individuos⁵⁵.

Para Zaffaroni, la administración y promoción del crimen organizado responde a una conspiración⁵⁶, en la que la policía y los políticos observan que el delito se oficia por personas que se adhieren a un perenne acuerdo por enfrentar a la sociedad y al Estado, en una carrera constante por el fundar un Estado del delito.

Las narrativas político-policiales tienden al delirio, observando –por igual– mafias en el hurto callejero, en las defraudaciones económicas, en el homicidio por parte de sicarios, en la extorsión de comerciantes, en el delito financiero, el tráfico de drogas o en la corrupción pública. Las distinciones desaparecen

53 Nicolás Santiago Cordini, “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”, 112-114.

54 Sobre el diálogo entre la heurística de la disponibilidad el descuido de la probabilidad en los riesgos y el miedo, Cass Sunstein, *Leyes del miedo. Más allá del principio de precaución* (Barcelona: Katz. 2009), 130-149.

55 Cass Sunstein, *Leyes del miedo. Más allá del principio de precaución*, 144.

56 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 258.

al igual que las fronteras de control. La indistinción se observa porque el crimen organizado persigue un fin económico, que resulta común en la mayoría de delitos; utiliza la corrupción para franquear las barreras de control y acude a la violencia armada para proveerse el éxito con sus “competidores” en el contexto económico. En tanto que las fronteras de control se uniforman, pues la criminalización primaria y secundaria se emprende por un intercambiable concepto de peligrosidad. Para la policía en la investigación y los jueces en sus decisiones, la criminalidad organizada ofrece peligro y miedo sin escalas.

La criminalidad organizada y su manifestación simbólica se constituyen en un nuevo enemigo social, con sus consiguientes peligros y miedos por controlar. Esa enemización⁵⁷ del poder político nacional es reasegurada por el poder transnacional que dominará el discurso penal a través del ejercicio del poder punitivo mundial. De esta forma, las nociones de delincuencia organizada transnacional, grupo delictivo organizado, conspiración y pertenencia a organización, se internalizan en el derecho nacional, justificando el reforzamiento del poder punitivo⁵⁸.

Sin que se ignore la existencia de colectivos de personas dedicadas al delito, será necesario reivindicar en cada derecho penal nacional el concepto de organización, que como estructura social encarna un objeto de análisis en el derecho penal. De su estudio surgen preguntas por su carácter organicista, por su condición de sujeto ético, por su calidad de agente económico o por su estatus antijurídico. Esto conducirá a una revisión de su diversidad en cada contexto histórico y socioeconómico, lo que abonará a la reflexión por los criterios de imputación de las personas que delinquen en y para la organización delictiva: esto es lo que se llama delito de organización.

CONCLUSIONES

En el curso del trabajo se evidenció el carácter connotativo y la naturaleza polisémica de la voz criminalidad organizada. Para solucionar el defecto conceptual se evidenció que el discurso político y de la policía, acudieron a nuevos contenidos para describir diferentes fenómenos como: la criminalidad grave, las afectaciones de la seguridad ciudadana, la corrupción administrativa, los delitos económicos y delincuencia de mafiosa.

Otra práctica fue advertida: la resignificación de la organización delictiva como un nuevo enemigo de guerra, generador de perturbación para la seguridad interna.

57 Usamos la expresión propuesta por Eugenio Raúl Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 157-162, con la que se explica la fabricación de enemigos en la sociedad actual.

58 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El crimen organizado: una categorización frustrada”, 160.

Estas narrativas incidieron en la edificación de la Convención de Palermo, como referente normativo mundial, para sustentar el compromiso de perseguir al nuevo enemigo.

El estudio del camino transitado para la confección del texto de la Convención de Palermo, permitió demostrar que el intento globalizador de identificar un sujeto de imputación, quebrantó la autonomía de los países en lo relativo a la construcción de los delitos de organización para combatir la delincuencia organizada transnacional y los criterios de imputación para tal persecución.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Internacional de Derecho Penal, “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal 70 (1999): http://www.penal.org/sites/default/files/files/RIDP_1999_3_4.pdf.
- Asociación Internacional de Derecho Penal, “La expansión de las formas preparatorias y de participación”, Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal 70 (2009): http://www.penal.org/sites/default/files/files/RIDP_1999_3_4.pdf.
- Attali, Jacques. El hombre nómada. Bogotá: Luna Libros, 2010.
- Barber, Soledad. Los actos preparatorios del delito. Granada: Comares, 2004.
- Carnevali, Raúl. “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano. En particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, Ius et Praxis, Año 16, N° 2 (2010).
- Ciappi, Silvio. Delincuencia organizada. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y Consejo Superior de la Judicatura, 2010.
- Cordini, Nicolás Santiago. “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”. Revista Derecho Penal y Criminología 38, N° 104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Cordoni, Nicolás Santiago y Mariano Javier Hoet, “Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional?” Revista de Dereito Internacional, Vol. 12, N° 2. Brasilia: Centro Universitario de Brasilia, 2015.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de diciembre de 2001, radicación N° 14658, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.
- Gaceta del Congreso, N° 329. Bogotá: Imprenta Nacional, 1995.
- Gaceta del Congreso, N° 446. Bogotá: Imprenta Nacional, 1995.
- Granadillo, Nancy Carolina. Delincuencia organizada. En el ordenamiento jurídico venezolano. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2016.

- Hendler, Edmundo. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- Hendler, Edmundo y Hernán Gullco. Casos de derecho penal comparado. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2003.
- Martin, Gerard. Medellín. Tragedia y resurrección. Mafias, ciudad y Estado. 1975-2013. Medellín: La Carreta Editores, 2014.
- Matus, Jean Pierre. “La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de derecho chileno y comparado”. Nuevo Foro Penal N° 88 (2017).
- Medina, Gonzalo. “El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico”. en La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Universidad de Santiago de Chile, 2013.
- Mendoza, Juan Francisco “La pertenencia a organización dedicada al lavado de activos”, Revista *Quaestionis*. Publicación Científica de Divulgación Jurídica y de Ciencias Sociales de México, N° 13. Puebla, 2014.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Crimen organizado y justicia. Informe al Congreso de la República sobre la génesis y desarrollo de la justicia regional en Colombia. Bogotá: sin editorial, 1995.
- Naciones Unidas, Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1976: <https://digitallibrary.un.org/record/1296620/files/a-conf-56-10-s.pdf>);
- Naciones Unidas, Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1981: <https://digitallibrary.un.org/record/30439/files/a-conf-87-14-s.pdf>)
- Naciones Unidas, Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1986: https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/7th_Congress_1985/031_ACONF.121.22.Rev.1_Report_Seventh_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf)
- Naciones Unidas, Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1991: , <https://digitallibrary.un.org/record/142947?ln=es>
- Naciones Unidas, Noveno Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1995: https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/9th_Congress_1995/006_ACONF.169.5_Working_Paper_Action_Against_Economic_Organized_Crime_S.pdf).
- Naucke, Wolfgang. Derecho penal. Una introducción. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Guías legislativas para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 2004: https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/ElDelito/Migraciones/Guias_legislativas_para_Conv_ONU_delincuencia_organizada.pdf)

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. Nueva York, 2008.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Compendio de casos de delincuencia, 2012: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf
- Silva, Jesús-María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.
- Sotomayor, Juan Oberto. “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”. REJ-Revista de estudios de la Justicia, N° 12. Santiago de Chile, 2010.
- Stiglitz, Joseph. El malestar en la globalización. Madrid: Taurus, 2002.
- Sunstein, Cass. Leyes del miedo. Más allá del principio de precaución. Barcelona: Katz. 2009.
- Yacobucci, Guillermo. “Los tipos penales relacionados con el crimen organizado”. En El crimen organizado, Coord. Guillermo Yacobucci. Buenos Aires: Universidad Austral–Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El crimen organizado: una categorización frustrada”. Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 1. Córdoba, 1995.