

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

*Luis Carranza Figón**

Sumario: **I.** Expansión penal y ausencia de injusto en los delitos estructurales **II.** La comunicación: base del injusto penal en los delitos de estructura **III.** Bibliografía

Resumen: El derecho penal, dentro de su tarea de prevenir y sancionar aquellos fenómenos sociales que su doctrina clasifica como crimen, se encuentra en una constante evolución debido a los avances sociales y tecnológicos que permiten nuevas formas de cometer delitos. En este escrito, el autor busca establecer las primeras pautas para lo que, hasta ahora, ha sido una discusión incompleta en México, contestando las siguientes preguntas: ¿Cómo debe ser la clasificación jurídica de los delitos estructurales? y ¿qué los caracteriza y distingue de otros sujetos del delito con naturaleza grupal o asociada?

Abstract: Criminal law, within its task of preventing and punishing social phenomena that its doctrine classifies as crime, is in constant evolution due to social and technological advances that allow new ways of committing crimes. In this paper, the author seeks to establish the first guidelines for what, until now, has been an incomplete discussion in Mexico, answering the following questions: What should the legal classification of structural crimes be like? And what characterizes and distinguishes them from other subjects of crime with a group-like or associated nature?

Palabras clave: estructura criminal, acumulación, lesividad, auto-referencia, comunicación

Key words: criminal structure, accumulation, harmfulness, self-reference, communication

* Coordinador Académico del Doctorado en Derecho en la Universidad Anáhuac México

I. EXPANSIÓN PENAL Y AUSENCIA DE INJUSTO EN LOS DELITOS ESTRUCTURALES

El moderno Derecho penal afirma una política criminal de expansión que, si bien un sector de la doctrina contemporánea lo relaciona con el quebranto al principio de intervención mínima, debido al uso de herramientas inflexibles de cara al sistema de garantías al que se restringe la Ciencia penal, lo cierto es que la evolución social y tecnológica ha fomentado singulares formas de criminalidad, principalmente estructurada.

Al respecto, la doctrina penal replantea la idea sobre el bien jurídico para dar respuesta a la problemática que presenta el actual desarrollo criminal, mostrando su interés en la valoración bienes jurídicos supraindividuales como forma de solución a las nuevas realidades, principalmente asociadas a delitos cuyo denominador común es el manto estructural de una organización lícita o ilícita, generalmente asociados a delitos económicos, empresariales, medioambientales, asociación delictuosa, crimen organizado, entre otros. Para dar salida al modelo de imputación, en esta clase de delitos, la política-criminal aproxima al Derecho penal un sistema de adelantamiento de barreras de protección como justificante y legitimador, lo cual permitió al legislador crear tipos penales fundados en la figura del riesgo.

A pesar de las consecuencias en el análisis dogmático que los delitos estructurales representan, en México la discusión es prácticamente nula, llevando a los operadores del sistema a una imprecisión en la interpretación sobre esos tipos penales. Por su parte, los diversos criterios judiciales, procesamiento e investigación para acreditar algún delito estructural, como es el caso de la delincuencia organizada, utilizan la accesoriedad de otros delitos como elementos para conformar la descripción típica y, consecuentemente, conseguir imputar a los miembros que integran esa estructura-organización. Aquí, nos encontramos ante una ambivalencia dogmática-penal, debido al efecto de *incriminación accesorio* que acoge dos veces una sola conducta bajo dos títulos penales. En tal virtud, se pone en entredicho el principio *non bis in idem*, como garantía que pretende evitar la duplicidad de la sanción penal por un mismo hecho¹, pues, tanto el delito accesorio como el principal devienen de una misma conducta desplegada por el sujeto activo. Esto caracteriza de manera general, la falta de correspondencia entre las decisiones político-criminales y los criterios que fundamentan la pena en los delitos de estructura, lo cual tiene como consecuencia una ilegitimidad en sus efectos.

Dada su naturaleza compleja, los delitos de estructura también han intentado sustentarse en la doctrina de los *delitos por acumulación*, donde el denominador común es que individualmente consideradas no representan un peligro especialmente

¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, p. 145.

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

relevante, de modo que solo podría llegar a concretar un acto lesivo si sus elementos y estructura se encaminan al mismo fin, esto es, los miembros que conforman la organización criminal, individualmente considerados, si bien pueden causar un daño penalmente relevante, la organización considerada como unidad en sí misma, incrementa esa lesividad sobre bienes jurídicos. Luego, la teoría de la *acumulación* cobra especial relevancia, en el espacio de los delitos estructurales-complejos, insisto, siempre que la accesoriedad de intereses jurídico-penales exista.

En este contexto, se pone en riesgo el *principio de lesividad*, pues en ellos se tipifica una conducta que puede no afectar al bien jurídicamente tutelado, sino únicamente en la medida en que se realiza de manera repetida, como lo manifiesta Kuhlén, cuyo modelo más claro lo muestra el tipo penal de la delincuencia organizada, que determina la reiteración de la conducta criminal para generar un daño objetivo.

Todo ello, plantea inconvenientes relativos al contenido de injusto, inconsistencias sobre el principio de lesividad, fricción con el mandato de determinación y el principio de legalidad. Por ello, la doctrina alemana ha cuestionado la *criminalización en un estadio anterior*², pues la punición pretendida en etapas previas no responde a la efectiva lesión de un bien jurídico e incluso el objeto de protección no sufre el peligro de ser lesionado, lo que quebranta la prevención limitada, o bien, como manifiesta CORCOY, “la norma debe de ser interpretada teleológicamente de forma que se compruebe en el caso concreto que los hechos son idóneos *ex post* para lesionar los bienes jurídico-penales”³.

Por ello, los casos más representativos de la expansión penal se encuentran asociados a los delitos de estructura, que además de dar origen a una etapa en el Derecho penal y procesal penal, obedece a la adopción de una política-criminal vinculada al desarrollo de la criminalidad bajo la autoría o participación de estructuras complejas, dando lugar a una categoría criminal que requiere replantear aspectos relacionados con el concepto de injusto, que encuentra dificultades en el ámbito de la acreditación del delito, lo que da lugar de manera formal a una ampliación en los ámbitos de intervención penal y, materialmente, a una flexibilización de los principios limitadores del Derecho penal⁴.

Desde el punto de vista político criminal, es indiscutible considerar a los delitos de estructura como ampliamente riesgosos, ya que la propia organización disminu-

² JAKOBS, Günther, “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*”, en ZStW, Alemania, 97, 1985, p. 751-785.

³ Corcoy Bidasolo, Mirentxu, (2017, marzo) “*Principios limitadores del Derecho penal y prevención vs. neo-retribucionismo*”, Conferencia de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, España.

⁴ Ver Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001, pp. 163 ss. (“tercera velocidad del Derecho penal”); CancioMeliá, Manuel, JpD, n° 44 (2002), pp. 19 ss., y más recientemente, *el mismo*, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, pp. 59 ss., 62 ss.

ye las barreras de defensa del ciudadano, afectando de manera directa e indirecta intereses individuales y supraindividuales, lo cual deriva en una modalidad delictiva compleja desde el punto de vista dogmático y práctico. Esto supone un replanteamiento de los principios limitadores del derecho penal, así como de las garantías fundamentales y de los Derechos humanos.

Por su parte, la doctrina ha exteriorizado el crecimiento y severidad del Derecho penal como forma de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En el mismo sentido, la política criminal, como ciencia, acontece cada vez más compleja, pues se enfrenta a un fenómeno de ampliación criminal desarrollado a través de entes estructurados y complejos, valorando de esta manera el incremento en las formas de imputación (a través de la extensión o creación de tipos penales) y su rigidez en la pena⁵.

Ante esta perspectiva, el análisis del modelo de imputación en el ámbito de los delitos estructurales encuentra su explicación en el concepto de la *comunicación*, pues a través de ella se generalizan mayores riesgos en la comisión de delitos, no sólo acortando la distancia entre la idea criminal y su consumación, sino generando impunidad sobre estructuras partícipes en el delito, dado el carácter complejo y vacío normativo existente en la actualidad, como es el caso de los grupos corporativos, donde no solo se valora a sus agentes/integrantes que por sí tienen una naturaleza sistemática *ad intra*, sino a los vínculos externos que generen entre sí, y que dan lugar a un ente estructurado-organizado *ad extra*.

La sociología y el Derecho penal han puesto de manifiesto el riesgo que supone una agrupación estructurada, debido a la comunicación recíproca de actos y objetivos que facilita la lesión a terceros. Por ello, el tema tratado aplica a cualquier situación donde un ente, individual o colectivo, adopte actos de comunicación que permiten generar un acuerdo con otras personas, físicas y/o jurídicas, para la comisión de un delito, de tal suerte que cada una de las partes guarda una relación de colaboración restringida a la acumulación de rutinas, recursos (materiales, financieros y humanos) y conocimientos que generan una dependencia recíproca en la trayectoria del delito que condiciona el comportamiento de los distintos actores⁶.

De esta manera, la comunicación constituye la base de la actitud criminal de una estructura, en consecuencia, determina la consecución del delito a través del aprovechamiento de sus redes para generar una interlocución entre sus integrantes.

⁵ Ver Ragués I Vallés Ramon, "Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal", en *Pensamiento penal y criminológico*, en Revista de Derecho Penal Integrado, año IV, N° 6, Córdoba, Editorial Mediterránea, abril de 2003, p. 240 y ss.

⁶ Cfr. Nooteboom, Bart, "Innovation, learning and industrial organization", *Cambridge Journal of Economics*, n° 23 (1999), pp. 127-150. También ver García Garnica, Alejandro/Lara Rivero, Arturo/Taboada Ibarra, Eunice, "La coordinación "híbrida" desde las perspectivas de Williamson y de Nooteboom", *Análisis Económico*, n° 40, vol. XIX (2004), p. 112. Disponible en <http://www.alejandrogg.com.mx/revistas/art-coordinacionhibrida.pdf>.

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

En este contexto, se admite como estructura ilícita la constituida para realizar una operación específica, siempre que concurren elementos propios de una estructura-comunicación, esto es, “un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos con posibilidad de sustitución de unos a otros, mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una estructura criminal”⁷.

Ahora bien, cabe cuestionar la falta de generación de tipos penales relacionados con estructuras complejas transitorias, es decir, las constituidas exclusivamente para la comisión de un único delito, debido al amplio catálogo de organizaciones ilícitas temporales que, al igual que las asociaciones permanentes, destacan por la conformación de vínculos generados a través de diversos actos de comunicación que deben considerarse al momento de valorar la imputación sobre una colectividad temporal, con ocasión de la existencia de hechos relacionados con la creación-cierre de una organización para evitar el reproche penal, siempre que no se trate de una empresa fachada que tiene un carácter instrumental, esto es, que sirve como medio de ejecución, razón por la cual no contiene la predisposición criminal requerida para la imputación⁸. Con esto, queda claro que una estructura ilícita resulta penalmente relevante en la medida que abre la posibilidad de generar actos de comunicación que incrementan el alcance que pudiera tener *ex ante* el autor del delito y, consecuentemente, generar un menoscabo a bienes jurídicos protegidos.

Lo referido, se encuentra estrechamente relacionado con la ausencia de injusto en la complejidad organizacional, aspecto que genera contundentes críticas relacionadas a los principios de taxatividad, culpabilidad, *non bis in idem* y vulneración a Derechos Humanos. Aunque de forma breve, Zúñiga hace referencia algunas propuestas en el derecho comparado que se han ocupado del asunto, constatando las dificultades que la tipificación de las estructuras ilícitas supone en un Derecho asentado en la responsabilidad individual⁹. Este contexto, expone una vía de especial interés sobre el aspecto político criminal vinculado a las formas de imputación a estructuras criminales complejas, además de provocar un área atractiva de estudio sobre la ya establecida responsabilidad penal de entes colectivos, cuyos puntos de encuentro dan lugar al fundamento del injusto penal, desde el aspecto de la comunicación interna de la estructura ilícita.

Pese a la explicación político-criminal ofrecida en el entorno de los delitos de estructura, destaca la ausencia de injusto como elemento legitimador. Frente a ello, cabe destacar dos posturas que nos aproximan a su contenido.

⁷ Ver STS 1095/2001 de 16 de julio.

⁸ Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General*, (trads. Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier De Vicente Remesal), T. I, Ed. Civitas, 2014, p. 62 y ss.

⁹ Zúñiga Rodríguez, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación...* op. cit., p. 93.

Un primer acercamiento es desarrollado por Jakobs, cuya concepción rechaza tanto la anticipación punible como la definición puramente social-psicológica o generalizadora y difusa de la *paz jurídica*¹⁰, resistiéndose a la idea de establecer como componente de legitimidad el menoscabo posterior o futuro de bienes jurídicos, por comportar una condición que puede acaecer en una actitud ilimitada sobre la criminalización.

Y es que, para el autor, el carácter ilimitado sobre la criminalización permanece en la absolutización de la protección de bienes jurídicos, pues –a su juicio– el bienestar social se intenta definir siempre en aras de la integridad/incolumidad de los mismos¹¹. De esta manera, destaca la falta de justicia frente a la posición jurídica del ciudadano, cuyo albedrío debe encontrarse en “una esfera libre de control”, excluyendo el reproche penal de la actitud interna o de meros pensamientos¹², que sin duda desobedece al principio del hecho. En otras palabras, la atribución de responsabilidad no puede quedar limitada al ámbito del pensamiento, pues se atenta contra las libertades del ciudadano.

Siendo ello así, el injusto penal en los delitos de estructura se asocia al estatus ciudadano, esto es, legitima la criminalización en el momento en que la persona abandona su esfera de libertad a través de la arrogación de una estructura organizacional ajena, actual y externalizada¹³. Con ello, Jakobs, se propone una redefinición sobre la *seguridad pública* bajo el presupuesto de admitir la anticipación penal, en tanto ésta supone el objeto base del bien jurídico merecedor de protección y representa su parte cognitiva. De esta suerte, destaca el autor, lo que no puede existir como anticipación de la protección de bienes jurídicos, puede resultar admisible en cuanto anticipación del objeto de protección¹⁴, impidiendo con ello justificar la criminalización exclusivamente bajo la idea del adelanto penal en la protección de bienes jurídicos.

En razón de lo expuesto, Jakobs determina que la conducta en cuestión (estructura ilícita) no infringe una norma principal, pero sí una norma de flaqueo, toda vez que se trata de un *fragmento de injusto* que eventualmente debe ser susceptible de legitimación a través de un *injusto parcial* porque, si bien, la norma de flaqueo no protege al bien principal al no detectarse arrogación alguna, sí salvaguarda las condiciones de vigencia de la norma principal, esto es, su base cognitiva¹⁵. Partiendo de la concepción sobre teoría de la pena y definición del injusto del autor mencionado, la norma también se relaciona a nivel sociedad, esto es, no se limita al vínculo entre

¹⁰ Cfr. Cancio Meliá, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 16, quien cita a Jakobs, Günther, ZStW 97 (1985), pp. 762 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 753.

¹² Cfr. Cancio Meliá, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 261.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

autor-norma, ya que genera una mínima confianza en la colectividad que constituye el presupuesto de su vigencia que, a su juicio, se vulnera con la “elevación drástica del riesgo”¹⁶. Frente a ello, el anuncio masivo de la comisión futura de hechos punibles –considerado como la amenaza o arrogación de organización– supone su parte negativa (ausencia de confianza), dado que la elevación del riesgo causa “efectos de desorientación” y, en consecuencia, una conmoción sobre la base cognitiva de la confianza en la norma: la *paz social*¹⁷.

Este enfoque, sitúa al centro de la legitimidad en la criminalización sobre los delitos de estructura a las normas de flaqueo, en tanto suponen una protección al soporte de los bienes jurídicos, quedando vinculada la especial peligrosidad al ámbito estrictamente jurídico-penal: la vigencia de la norma.

Un segundo planteamiento acerca del injusto de una estructura ilícita lo proporciona Cancio Meliá, quien considera como puntos de apoyo en la construcción de su propuesta la utilización de una noción coherente de organización y conducta de integración en ella. En su opinión, es la incorporación misma en la estructura criminal lo que constituye el proceder objetivo, condicionado a la adaptación del comportamiento del sujeto físico para conferirle relevancia penal. Siendo ello así, la integración a la estructura organizada resulta imputable, ya que lo decisivo es la actuación colectiva que hace partícipe al sujeto de la misma, por lo tanto, frente a los elementos objetivos proporcionados en la elaboración del concepto de injusto es innecesario el recurso al espacio interno del autor¹⁸. Por otra parte, distingue la incorporación (participación interna) de la colaboración (participación externa) en/ con la estructura organizada, siendo ésta última la que cobra especial importancia de cara al nivel de riesgo permitido, en atención a la adecuación social¹⁹.

La estructura criminal así vista, no se limita a la perspectiva del mecanismo de peligrosidad que tradicionalmente ha representado, lejos de ello la dota de autonomía. Este enfoque abre camino a la elaboración del concepto de injusto, que se ampara principalmente en la noción de Estado de Weber como única fuente del “derecho” a la violencia, así como en la distinción que Berner realiza entre organización y banda, estimando la desorganización de la vida estatal como elemento que confiere personalidad autónoma a la estructura organizada²⁰, pues, en su criterio, la estructura ilícita procura “generar un organismo lo más cerrado posible en sí mismo dentro del organismo del Estado”²¹. Bajo estos presupuestos, Meliá afirma que el in-

¹⁶ *Ibidem*, p. 262.

¹⁷ Cfr. Cancio Meliá, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 261.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. Cancio Meliá, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 274.

²¹ *Ibidem*. Para el análisis reflexivo sobre aparatos organizados de poder ver Roxin, Claus, “La teoría del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder”, en Goltdammer’s archiv (1963). Vid.

justo de asociación permanece en la ocupación ilegítima de la vida pública²² porque, en su opinión, se trata de una “*arrogación de organización [colectiva]* no sólo en el sentido de que se arroga una organización ajena, sino, además, que es una organización quien se la arroga”²³. Siendo ello así, a la estructura delictiva se le atribuye el ejercicio de funciones estatales, específicamente el *monopolio de la violencia* que representa y confirma una falta de respeto al Estado²⁴, adquiriendo un significado distinto a la composición colectiva de las estructuras criminales: la desvinculación de sus manifestaciones.

En mi opinión, se continúa con elementos que matizan el injusto penal, toda vez que la apropiación de facultades estatales alcanzan al proceso de inversión de valores y principios del sistema establecido, y que se relacionan con el deterioro de las estructuras estatales y/o sus instituciones, quedando limitado a ciertos grupos generalmente subversivos como las FARC (Colombia), TEI (Argentina), ETA (España), ERPI/EPR (México), entre otros, dejando al margen colectivos que no siempre tratan de atribuirse aquellas facultades, tal es el caso de las personas jurídicas, grupos políticos, económicos, religiosos y demás, a quienes no les interesa el ejercicio material de la violencia, sino la adquisición de capital, por ejemplo.

II. LA COMUNICACIÓN: BASE DEL INJUSTO PENAL EN LOS DELITOS DE ESTRUCTURA

Frente a la diversidad teórica no se ha logrado especificar con claridad el injusto en los delitos de estructura; pese a ello, cabe reconocer que las propuestas hasta ahora realizadas abren un camino importante hacia la construcción del mismo. En párrafos precedentes, referí la necesidad de su determinación dada la tensión político-criminal (y legal) que concurre en los tipos penales sobre delitos de estructura-organización, principalmente por su amplia formulación normativa, que además ha tenido un efecto inoculante/contagioso²⁵, favoreciendo el advenimiento de otros ordenamientos legales “especiales” de anticipación como las leyes para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de secuestro, sobre Precursores Químicos, Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, entre otras, cuya legitimidad se da a la luz de la anticipación penal, por advertir un potencial riesgo extraordinario, que da lugar a una flexibilización sobre los principios de garantía que concentra la teoría del delito, originando una incriminación singular.

también Roxin, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *RP*, n° 18, (2006), p. 242 y ss.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cfr. Cancio Meliá, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 274-275.

²⁵ Cfr. Cancio Meliá, Manuel, “El injusto de los delitos de organización...”, op. cit p. 8 y 264.

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

En consecuencia, es oportuno establecer con urgencia restricciones a través de la elaboración de un injusto sobre delitos de estructura. Para ello, inicialmente adopto la referencia teórica de sistemas de Luhmann, concretamente del modelo social, por ser el que se mantiene a través de la comunicación, elemento que juega un papel indispensable para el desarrollo del tema, como lo he manifestado, y del cual me ocuparé en los siguientes párrafos.

Desde el punto de vista sistémico, Luhmann recuerda que la organización como estructura representa algo más que una red o conjunto de personas, ya que constituye y orienta la única comunicación que hace ser algunas acciones más probables que otras, dado que un sistema no es una entidad estable o estática por componerse de eventos que generan decisiones-selecciones-decisiones. Esto es, la organización se desarrolla en un flujo continuo y auto-referencial²⁶, que establece la vía en la regulación de las acciones humanas. Inicialmente, utiliza la noción de auto-referencia como propiedad de los sistemas, consistente en crearse ellos mismos y proponer su definición como entidades constituidas por operaciones.

Desvinculado de su soporte tradicional, el concepto de auto-referencia se refiere a la unidad que un elemento, un proceso o un sistema es para sí mismo, independientemente de los cortes que pueden ser realizados por la observación de los demás. El concepto también contiene la idea de que la unidad solo puede venir de una operación que debe estar producida, que no preexiste y que está vinculada a un individuo, una sustancia o una idea de su propia operación. De esta manera, la organización no puede existir en sí misma como bloque/unidad sobre la que recae una consecuencia jurídica, de manera que su existencia se expresa tras subsistir una comunicación del colectivo.

Según Luhmann, las sociedades modernas se caracterizan por subsistemas positivos que dotan de contenido a los sistemas político, económico, artístico, religioso o educativo, entre otros²⁷, sin embargo, deja al margen a los subsistemas negativos/antagónicos, como el criminal pues, tomando como pauta la analogía de Luhmann entre moral y salud, estos subsistemas, al igual que las bacterias en el cuerpo humano, juegan un papel importante en los sistemas funcionales²⁸, y toda vez que su doctrina resulta del comparativo de sistemas, no puede rechazarse la idea de los delitos estructurales como tal, debido a que conserva idénticas características que el resto de los sistemas, esto es, contiene límites, funciones, formas, cierre operativo y, principalmente, su característica autopoiética, elementos que identifican y tratan cualquier sistema positivo o negativo.

²⁶ Cfr. Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, (trad. Silvia Pappe/Brunhilde Erker), Ed. Anthropos, Barcelona, 1998, p. 36.

²⁷ Cfr. Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales...*, p. 304.

²⁸ *Ibidem*, p. 311.

Visto así, las estructuras ilícitas no pueden ser consideradas sólo como un conjunto ordenado de elementos determinados, en la medida que se caracteriza por ser un modelo cerrado con operaciones propias²⁹ que va más allá de sus finalidades delictivas, destacando su carácter autopoietico, prescindiendo con ello de la idea simplista de estructura como conjunto de elementos, orientando al injusto penal más allá de la unidad material-estructural del colectivo criminal. De ahí que Maturana y Varela, explican la forma de acuerdo a la que un sistema se autoreproduce, pues la *autopoiesis* es el elemento que determina la autoafirmación objetiva y subjetiva de la organización frente al entorno³⁰.

Y es que al concebir la *autopoiesis* como una actividad concreta con el fin de significar claramente que el sistema es obra de su propio trabajo, éste se vincula a la noción de *cerradura operativa*, que no se asocia propiamente al conjunto de agentes que cierra el sistema y traza sus límites, sino que se corresponde a una cadena de operaciones³¹ evidentemente vinculadas por la comunicación interna-externa. De esta suerte, la idea de sistema social se aplica igualmente -aunque de manera secundaria- a las organizaciones y sus interacciones, por considerarse sistemas autopoieticos, en cuyo seno las únicas operaciones posibles son las decisiones secuenciales, es decir, forman acontecimientos que permiten la siguiente decisión, razón por la cual, en sentido estricto, no se puede hablar de una finalidad de la organización dado la progresividad que contiene una decisión.

De esta manera, la estructura-organizada como sistema autopoietico, si bien cuenta con productos propios³², no cuenta con datos objetivos que permitan dar fluidez a la decisión conjunta de la organización y dada su naturaleza seccionada hay que establecer reservas sobre la anticipación punible, de cara al principio de responsabilidad por el hecho, o reconfigurar normativamente en base al riesgo creado, pero no transferir la conducta de los integrantes a la estructura-organizada, como lo describen los instrumentos legales (nacionales e internacionales) y los criterios judiciales hasta ahora desarrollados, los cuales no consideran el significado de la interacción en un sistema social operativamente cerrado, ahí donde subsiste la retroalimentación entre los integrantes de la estructura a través de eventos comunicativos.

En consecuencia, los actos comunicativos producen y reproducen la estructura organizada, por constituir una operación sistémica que implica cuando menos dos

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Urteaga Olano, Eguzki, "La teoría de sistemas...", op. cit., p. 305, quien refiere que el vocablo *poiesis* de origen griego, fue adoptado por Maturana como forma de concebir la actividad concreta, con el fin de significar claramente que el sistema es la obra de su propio trabajo. Al respecto, ver Maturana, Humberto/Varela, Francisco, *Autopoiesis and Cognition*, Ed. Reidel, Boston, 1980.

³¹ Urteaga Olano, Eguzki, "La teoría de sistemas...", op. cit., p. 305.

³² *Ibidem*, p. 306.

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

agentes, cuyas acciones solo pueden ser constituidas por la comunicación³³, lo cual obra como fundamento de su identidad e integración como colectivo, pues la persona –a juicio de Luhmann- no constituye el conjunto del *sistema psíquico y orgánico* que compone el ser humano, sino un punto de identificación en la comunicación y, por lo tanto, una unidad a la que se le puede atribuir ciertos actos. De esta, la estructura-organizada es un reflejo del sistema social en la medida que reproduce la comunicación, y a pesar de que en diversas ocasiones ésta no sea exitosa, ello no significa la salida o disculpa del grupo estructurado, pues la incomprensión también forma parte del proceso de comunicación³⁴, y en el caso específico, es indispensable para atribuir formas de colaboración a la estructura. En este aspecto, si la función del sistema criminal estructurado radica en la producción de decisiones colectivamente ilícitas, traducidas en elecciones, su capacidad de producir esas preferencias se vincula a la ocupación de cargos y roles dentro del colectivo, a causa de la comunicación programada desde el interior³⁵.

Concretada la comunicación de una estructura organizada, es preciso referirla al interior del grupo con el objeto de constatar el rol que ocupan en dicha estructura y su relación con los agentes. A efectos de nuestra exposición, es poco operativo analizar en detalle cada una de las corrientes desarrolladas sobre el tema, por ello, parto del concepto de comunicación organizacional en su aspecto más amplio, por ser el que se dirige al entorno donde la estructura-organización realiza su actividad y cuyo objetivo es el establecimiento de relaciones entre ésta y sus integrantes³⁶.

Esta visión nos ayuda a comprender que, en principio, se comunica de forma unitaria integrando a los sujetos del grupo; en segundo término, propone una estrategia adecuada de comunicación que determina los ilícitos a consumir, pues, no es lo mismo equiparar un mensaje orientado al robo que al lavado de activos y, en tercer lugar, parece ineludible detectar al grupo de personas susceptibles de relacionarse con la estructura organizada (empresas, comunidades, instituciones públicas, ONG's, entre otras). Por ello, la comunicación se constituye como la identidad de la estructura³⁷, pues en ella se concentra el conjunto de técnicas comunicativas, cuya esencia es la búsqueda constante de la actitud lesiva. En mi opinión, esto último conforma el fundamento del injusto de una estructura criminal, toda vez que no precisa de la reproducción de afirmaciones ajenas o accesorias para subsistir, como es la comisión

³³ *Ibidem*.

³⁴ Urteaga Olano, Eguzki, "La teoría de sistemas...", op. cit., p. 306.

³⁵ *Ibidem*, p. 313.

³⁶ Cfr. La Porte, José María, "Potencialidad creativa de la comunicación interna en el tercer sector", *Realidades Comunicativas*, Buenos Aires, n° 12 (2005), p. 134. Disponible en <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2104472.pdf&ei=uIzVVLCKW8eigwSnr4HYAg&usg=AFQjCNE3NBf3KzIgWrZN39jwpKxawmlRMA>.

³⁷ *Ibidem*, p. 137.

de otros delitos, muy por el contrario, destaca el aprovechamiento de la comunicación en redes estructuradas y su persistencia en la conducta dañosa del colectivo, algo totalmente independiente a la ejecución de sus operaciones y su homogeneidad.

De esta forma, la constante actitud lesiva reflejada en los patrones repetitivos del comportamiento estructural en las relaciones interpersonales, expresa el significado de la vida de la estructura organizacional y su identidad. Esta última, tiene su importancia en dos aspectos, el primero, es que la identidad se encuentra influenciada por el pensamiento consciente, dada la forma en que los sujetos se vinculan a la estructura criminal y que, en principio, se hallan motivados por tendencias lúcidas. Y, el segundo, es que la identidad tiene un papel significativo en la *transferencia de información* bajo una estructura organizada, de tal suerte que su equilibrio y vida dependen de las conexiones o desconexiones como formas de transmisión de información, resultado del entendimiento compartido entre integrantes (superiores-subordinados) y del reconocimiento de sus expectativas y deseos conscientes. Siendo ello así, la identidad representa el medio por el cual el ente estructurado organizado se orienta a sí mismo y sus integrantes, quienes adquieren su propio sentido e identidad como miembros.

Estos aspectos son importantes para determinar la comunicación interna que, según La Porte, en el fondo, es una parte estratégica comunicativa centrada en la relación con los agentes internos, para crear una atmósfera de confianza adecuada en la promoción de efficientar su desempeño en el colectivo y anular sus voluntades en torno a la información emitida³⁸. En este sentido, la comunicación interna se constituye de acciones encaminadas a estimular o motivar a los integrantes en la comisión de ilícitos, permitiendo al mismo tiempo la construcción de la identidad del colectivo que deriva de la consciencia o conocimiento del vínculo íntimo generado entre los objetivos personales y los del ente, originando una alineación de metas entre la persona y la estructura que se refleja incluso en la socialización de los logros alcanzados, favoreciendo la concepción de lazos eficientes entre integrantes. como compuesto interno de la organización, que generan la confianza necesaria para coordinar todos los recursos disponibles en la consecución de la misión compartida³⁹: la ejecución delictiva a cambio de algún beneficio. Su objetivo, entonces, es realizar con la mayor efectividad su cometido.

Esta visión, aborda conceptos claves que garantizan una óptima gestión de comunicación al interior de la estructura, entre los que destacan las relaciones eficien-

³⁸ Cfr. La Porte, José María, "Potencialidad creativa de la comunicación interna...", op. cit., p. 142. (2005)

³⁹ Cfr. La Porte, José María, "Entusiasmar a la propia institución. Gestión y comunicación interna en las organizaciones sin ánimo de lucro", Ed. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, (2001), pp. 365. Disponible en http://www.unav.es/fcom/communication-society/es/resena.php?art_id=131.

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

tes, confianza, coordinación, consecución de objetivos y su perfeccionamiento, además, aporta una motivación radicada en el logro de intereses personales. Tal enfoque constituye el ideal de comunicación interna de las estructuras criminales, así como la vía para alcanzar el desarrollo eficiente de sus procesos, e incluso proyectar una imagen temible hacia el entorno en el que se desenvuelven.

En este sentido, todo espacio estructural existe con base a informaciones que promueven la toma de decisiones como producto de intercambios o diálogos que no se limitan a la reciprocidad verbal, sino que se complementan con la extraverbal o *silent communication*⁴⁰, esto es, por signos expresivos, señales y señas que ayudan en su construcción y, por consiguiente, a la cultura criminal de una estructura organizada.

De esta manera, la comunicación interna resulta ser un instrumento que facilita la gestión estructural, al mismo tiempo que actúa como herramienta al servicio de la dirección, quien forma el vehículo de la cultura criminal vinculada estrechamente a la comunicación externa, de suerte que se hace eficiente cuando la estructura (emisor) tiene detectado el objeto, lenguaje, contenido correcto, conoce previamente quién es el perceptor y prevé cuál será su reacción. Así, las estructuras criminales desarrollan *ex ante* esta tarea, dado que el objeto en su conformación y permanencia radica en el incremento de la eficiencia en sus comunicaciones al interior, pues una parte importante de su diseño operacional consiste en definir los canales de comunicación a través del establecimiento de mecanismos que amplían sus vínculos o tienden puentes para hacer más dinámicos y efectivos los espacios de participación en la toma de decisiones, siempre coherentes con sus objetivos generales.

Según lo dicho, las estructuras criminales extienden su espectro en la comisión delictiva por las relaciones que guardan frente a otras personas. Esto es, amplían sus expectativas en la obtención de objetivos ilícitos debido al auxilio recibido, el cual es generado por actos comunicativos entre las partes, por ejemplo, al interior de un banco existen numerosas instancias para velar por el buen gobierno corporativo, fomentar un clima de control interno y asegurar el cumplimiento de la normativa vigente. Para cumplir con sus propósitos finales, el grupo financiero cuenta con la asistencia de diversas personas que desempeñan distintos roles fundados en actos de comunicación, de suerte que mientras una persona realiza tareas de reclutamiento, selección, contratación y recepción de trabajadores (gerente de recursos humanos), otros se dedican a la evaluación del desempeño (director de gestión), al establecimiento de funciones y responsabilidades en dicho departamento (jefe de operaciones), al control del presupuesto de ingresos y gastos (administrador de finanzas),

⁴⁰ Gunawan, Muhammad Handi, "Non-Verbal Communication: The 'Silent' Cross-Cultural Contact with Indonesians", Ed. Lembaga Bahasa Internasional, Universitas Indonesia, Indonesia, (2001). Disponible en <http://www.ialf.edu/kipbipa/papers/MuhamadHandiGunawan.doc>.

a la producción de sistemas operativos de procedimientos bancarios (director de sistemas), a vigilar la correcta formación de los asientos contables (encargado de auditoría), al control del encuadre de la caja (cajero), etc. Este modelo evidencia una logística de auxilio por personas vinculadas a la comunicación, que hace que todas las actividades se encuentren relacionadas entre sí, ya que al tener un fin específico se conectan y, por lo tanto, son consecuentes.

En el mismo sentido, las estructuras ilícitas amplían sus posibilidades delictivas a través de idénticos lazos de comunicación, donde inicialmente una sola persona se encuentra limitada en el logro de sus metas criminales, pero al encontrarse unida a otras personas (incluidas las jurídicas) sus límites se ven desvanecidos acrecentando sus expectativas en la consumación del hecho ilícito. En este caso, un sujeto puede allegarse de dinero obtenido ilegalmente pero no lo puede ocultar, para ello se vale de otro que disimula su origen ilícito quien, a su vez, se encuentra impedido para aplicar sus frutos, razón por la cual se sirve de un tercer sujeto para su aprovechamiento.

Ambos ejemplos, ayudan a comprender mejor las motivaciones colectivas e individuales que gobiernan el comportamiento y permiten percibir de forma distinta estructuras similares. Siendo ello así, la comunicación no solo sirve en la creación y aprovechamiento de redes estructuradas, sino para permanecer y prolongar la actitud negativa de la organización.

En este aspecto, la circulación de la información es lo que contribuye a aumentar la eficacia en el cumplimiento de tareas criminales. Así, la comunicación se convierte en un proceso de coordinación fundamental en el desarrollo estructural-delictivo, de manera que tener la información exacta en el momento indicado es un elemento de primer orden para la confección en la toma de decisiones penalmente relevantes.

Bajo esta perspectiva, parte de las propuestas de responsabilizar personas jurídicas se dirigen a problemas de comunicación detectados al interior de las organizaciones, producidos por decodificaciones deterioradas, esto es, por el mal entendimiento del mensaje que realizan los sujetos integrantes, relacionado con sus percepciones y conductas personales. Por tal motivo, resulta necesario para el Derecho penal calificar como indebida la comunicación orientada a la formación de una actitud criminal, cuyo objeto es evitar una postura inadecuada de la estructura, pues al fragmentarla se cortan los vínculos delictivos que son precisamente el fundamento de la actitud negativa de las estructuras criminales. Esto permite una justificación criminal del grupo, sin intervenir sobre alguna manifestación delictiva accesoria o en la anticipación punible, dando pauta a la construcción propia de un injusto para la estructura criminal *per se*.

Dado que la estructura delictiva crea una cultura lesiva en sus integrantes, que individualmente no podrían conseguirla, el riesgo de daño es considerablemente ma-

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

yor debido a la fungibilidad de sus integrantes, de tal suerte que la comunicación negativa resulta ser una posible solución al problema del injusto en los delitos de estructura, porque al identificarla evita la producción de información o mensajes defectuosos que permiten ejecutar hechos ilícitos y, en consecuencia, la expansión del perímetro criminal. En este sentido, si lo que se desea es el buen desarrollo social y la protección a la seguridad pública, ésta última como finalidad de toda norma, es necesaria la protección penal de la comunicación, que incluso los instrumentos internacionales establecen como un derecho no sólo fundamental sino humano merecedor de amparo.

Si bien, la organización se constituye por comunicación es en ese plano donde debe radicar lo injusto de los delitos estructurales, pues además de generar especiales vínculos entre los integrantes de una estructura, se asegura la adaptación de los mismos a los ideales criminales del colectivo, ayudando a la integración de la estructura en el entorno social.

En otras palabras, la comunicación es el medio que permite encausar la conducta de una estructura a la comisión de delitos, por ser quien genera las relaciones interpersonales y funcionales que ayudan a desarrollar un trabajo delictivo-colectivo. De ahí que la comunicación favorezca a las partes de una estructura organizada en el desarrollo de información penalmente relevante, que desmitifica o encauza actividades que facilitan el alcance de objetivos tanto individuales como de la estructura misma, al tiempo que los anima a coordinar la satisfacción de necesidades personales con el cumplimiento de sus responsabilidades específicas con la estructura, las cuales son siempre cambiantes⁴¹.

En este escenario, el tratamiento penal sobreviene al concurrir una comunicación que desvíe a otros de lo normativamente correcto, generando así una actitud negativa. Esto no es ajeno a la ciencia penal, por ejemplo, la figura del inductor a través de la comunicación viciada hace nacer en otra persona una actitud y decisión delictiva. En el fondo, el injusto no versa únicamente sobre la peligrosidad futura que generan los vínculos, más bien se trata de la comunicación formada en los mismos, por ello, radica en el desarrollo inadecuado de la comunicación entre integrantes-estructura que, como he advertido, desarrolla información relevante para la materialización de ilícitos penales.

Dando cuenta de ello, esta óptica sitúa lo injusto en la estructura misma y no en aspectos accesorios, como tradicionalmente se ha venido haciendo. Y es que el proceso de comunicación entre los integrantes-estructura es el mecanismo de adaptación por excelencia y, por ende, de pertenencia a la estructura criminal, que orienta el establecimiento de acciones concretas para su desarrollo, basado en la interde-

⁴¹ Cfr. Lucas Marín, Antonio, *La comunicación en la empresa y en las organizaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 163.

pendencia de sus partes que abren y amplían el espacio de juego para la realización del delito. De acuerdo a lo expuesto, la estructura organizada genera y transporta información para sí misma y sus componentes, respectivamente, permitiendo de esta forma tanto la permanencia comunicativa como la actitud criminal, fundamento del injusto en los delitos estructurales.

III. BIBLIOGRAFÍA

1. **Cancio Meliá, Manuel**, "El injusto de los delitos de organización...", op. cit p. 16, quien cita a Jakobs, Günther, ZStW 97 (1985).
2. **Corcoy Bidasolo, Mirentxu**, (2017, marzo) "*Principios limitadores del Derecho penal y prevención vs. neo-retribucionismo*", Conferencia de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, España.
3. **García Garnica, Alejandro/Lara Rivero, Arturo/Taboada Ibarra, Eunice**, "La coordinación "híbrida" desde las perspectivas de Williamson y de Nooteboom", *Análisis Económico*, n° 40, vol. XIX (2004).
4. **García Ramírez, Sergio**, Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005.
5. **Gunawan, Muhammad Handi**, "Non-Verbal Communication: The 'Silent' Cross-Cultural Contact with Indonesians", Ed. Lembaga Bahasa Internasional, Universitas Indonesia, Indonesia, (2001).
6. **JAKOBS, Günther**, "*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*", en ZStW, Alemania, 97, 1985.
7. **La Porte, José María**, "Potencialidad creativa de la comunicación interna en el tercer sector", *Realidades Comunicativas*, Buenos Aires, n° 12 (2005).
8. **Lucas Marín, Antonio**, *La comunicación en la empresa y en las organizaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
9. **Luhmann, Niklas**, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, (trads. Silvia Pappe/Brunhilde Erker), Ed. Anthropos, Barcelona, 1998.
10. **Nooteboom, Bart**, "Innovation, learning and industrial organization", *Cambridge Journal of Economics*, n° 23 (1999).
11. **Ragués I Vallés, Ramon**, "Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal", en *Pensamiento penal y criminológico*, en Revista de Derecho Penal Integrado, año IV, N° 6, Córdoba, Editorial Mediterránea, abril de 2003.
12. **Roxin, Claus**, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *RP*, n° 18, (2006).

Hacia un injusto penal propio en los delitos estructurales-organizados

- “La teoría del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder”, en Goltdammer’s archiv (1963).
 - *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
 - *Derecho penal. Parte General*, (trads. Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier De Vicente Remesal), T. I, Ed. Civitas, 2014.
13. **Silva Sánchez**, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001.
 14. **Urteaga Olano**, Eguzki, “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes: Revista Internacional de Filosofía*, Málaga, n° 15 (2010).
 15. **Maturana**, Humberto/**Varela**, Francisco, *Autopoiesis and Cognition*, Ed. Reidel, Boston, 1980.

