

UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS

FACULTAT DE DRET

DEPARTAMENT DE DRET PÚBLIC

**ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES.
APROXIMACIÓN CRÍTICA A LAS CATEGORÍAS SINÉRGICAS
COLECTIVAS EN EL DERECHO PENAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

ANTONI VICENS PUJOL

Dirigida por:

DR. D. ANTONIO GILI PASCUAL

Palma, 2012.

A la memòria del meu pare.

La lucha deberá ser rigurosa pero por medios legítimos y dentro del pleno respeto de los principios del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, sin perder de vista el hecho de que la protección de estos valores es la razón de ser de la lucha contra la delincuencia organizada.

Del Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997. (97/C.251/01).

ÍNDICE

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN 12

1 OBJETO. LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA, ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL..... 12

1.1 CONCEPTO DE CATEGORÍA COLECTIVA.12

1.2 LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS COMO CATEGORÍAS SINÉRGICAS.13

1.3 CLASES DE CATEGORÍAS COLECTIVAS EN FUNCIÓN DE SU VALORACIÓN SINÉRGICA. .15

1.3.1 Categorías colectivas simples. La dinámica de grupos.15

1.3.2 Categorías colectivas complejas. La racionalización de procesos y métodos. .16

1.3.2.1 Las categorías colectivas complejas de tipo mafioso. 18

2 JUSTIFICACIÓN. 19

CAPÍTULO II..... 25

LAS CATEGORÍAS PENALES COLECTIVAS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y ORGANIZACIÓN. ORIGEN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA..... 17

1 EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN EL DERECHO PENAL HISTÓRICO. DEL CÓDIGO PENAL DE 1822 AL CÓDIGO PENAL DE 1973.17

2 EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.25

3 LOS TIPOS CUALIFICADOS POR LA PERTENENCIA DEL CULPABLE A UNA ORGANIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL HISTÓRICO..... 26

3.1 DECRETO NÚMERO 3096/73, DE 14 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DEL CÓDIGO PENAL CONFORME A LA LEY 15 DE NOVIEMBRE DE 1971.....27

3.2 LEY ORGÁNICA 8/83, DE 25 DE JUNIO, DE REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL.....28

3.3 LEY ORGÁNICA 1/88, DE 24 DE MARZO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS.32

3.4 LEY ORGÁNICA 8/1991, DE 23 DE DICIEMBRE, SOBRE MODIFICACIÓN EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS DEL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL...37

4 LOS TIPOS CUALIFICADOS POR LA PERTENENCIA DEL CULPABLE A UNA ORGANIZACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 (LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE) Y SUCESIVAS REFORMAS..... 38

4.1 LEY ORGÁNICA 11/1999, DE 30 DE ABRIL, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.42

4.2	LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, DE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.....	44
4.3	LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS.....	45
4.4	LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.....	47
CAPÍTULO III.....		51
EL CONCEPTO PENAL DEL TÉRMINO ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....		53
1 INTRODUCCIÓN.....		53
2 EL SIGNIFICADO COMÚN DEL TÉRMINO ORGANIZACIÓN EN LENGUA CASTELLANA.....		53
3 PRESUPUESTOS EXEGÉTICOS DEL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL TÉRMINO ORGANIZACIÓN Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....		55
3.1	LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL TÉRMINO ORGANIZACIÓN EN LA PRIMERA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. (1983 A 2000).	55
3.2	LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL TÉRMINO ORGANIZACIÓN EN LA ACTUAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	61
4 LAS DEFINICIONES DEL TÉRMINO ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS DISTINTAS NOTAS SEMÁNTICAS.....		62
4.1	EL ELEMENTO PERSONAL.....	70
4.1.1	La condición de pertenencia.....	70
4.1.2	El número de individuos.....	77
4.1.3	La fungibilidad.....	77
4.2	EL ELEMENTO INSTRUMENTAL.....	78
4.3	EL ELEMENTO NORMATIVO.....	79
4.3.1	La estructura jerárquica.....	79
4.3.2	La distribución de tareas.....	81
4.3.3	La protección mutua.....	81
4.4	EL PLAN DE ACTUACIÓN.....	82
4.5	EL ELEMENTO TELEOLÓGICO.....	83
4.5.1	El elemento temporal. Especial referencia a la doctrina de la “mínima permanencia”.....	85
4.6	EL TRATAMIENTO DEL TÉRMINO ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE.....	87

CAPÍTULO IV	91
EL NUEVO PLANTEAMIENTO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL: ASOCIACIONES ILÍCITAS, ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES	93
1 INTRODUCCIÓN.....	93
2 LA NO SUPRESIÓN FORMAL DE LA FIGURA DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PREVISTA EN EL ORDINAL 1º DEL ARTÍCULO 515 DEL CÓDIGO PENAL.	93
3 LA INTRODUCCIÓN DEL NUEVO CAPÍTULO IV DEL TÍTULO XXII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL, BAJO LA RÚBRICA “DE LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES”.	95
3.1 EL COMPORTAMIENTO TÍPICO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 570 <i>BIS</i> DEL CÓDIGO PENAL.	96
3.1.1 Descripción típica del término <i>organización criminal</i>	99
3.1.1.1 El elemento personal.....	101
3.1.1.2 El elemento temporal.	102
3.1.1.3 El elemento normativo interno. Especial referencia al carácter jerárquico de las organizaciones ex artículo 570 <i>bis</i> del Código Penal.	103
3.1.1.4 El elemento teleológico.	105
3.1.2 Las circunstancias que cualifican a determinadas organizaciones criminales.	106
3.1.2.1 Elevado número de personas.	107
3.1.2.2 Disposición de armas o instrumentos peligrosos.....	107
3.1.2.3 Disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.....	108
3.1.3 Consecuencias penológicas previstas en el artículo 570 <i>bis</i> del Código Penal.	112
3.2 EL COMPORTAMIENTO TÍPICO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 570 <i>TER</i> DEL CÓDIGO PENAL.....	114
3.2.1 Descripción normativa del término <i>grupo criminal</i>	114
3.2.1.1 Elementos necesarios. El elemento personal y el elemento teleológico.	115
3.2.1.2 Elementos accidentales. El elemento temporal y el elemento normativo.....	116
4 LA INTRODUCCIÓN DE NUEVOS TIPOS CUALIFICADOS POR LA PERTENENCIA DEL CULPABLE A UNA ORGANIZACIÓN.....	118
4.1 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS TIPOS CUALIFICADOS EN EL VIGENTE CÓDIGO PENAL.	123

4.1.1	Análisis comparativo sistemático.	123
4.1.2	Análisis comparativo de la configuración típica.	124
4.1.3	Análisis comparativo de la previsión punitiva.	126

CAPÍTULO V

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS NUEVOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL 131

1 LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL EX ARTÍCULO 570 BIS VERSUS LAS ORGANIZACIONES INTEGRANTES DE ALGUNOS TIPOS CUALIFICADOS DEL CÓDIGO PENAL. 131

2 LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL EX ARTÍCULO 570 BIS, VERSUS LA FIGURA DE ASOCIACIÓN EX ARTÍCULO 515 1º DEL CÓDIGO PENAL. . 151

3 LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL EX ARTÍCULO 570 BIS VERSUS LA CONSPIRACIÓN. 155

3.1 EL CRITERIO DE MAYOR ESTABILIDAD. 156

3.2 EL CRITERIO DE DETERMINACIÓN/INDETERMINACIÓN DE LAS INFRACCIONES A COMETER. 157

3.3 EL CRITERIO DEL GRADO DE ORGANIZACIÓN ALCANZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL DELITO. 159

3.4 EL CRITERIO DE LA INTENSIDAD DEL PELIGRO DIMANANTE DE LA PÉRDIDA DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD..... 161

3.5 TOMA DE POSICIÓN. 163

4 LA ORGANIZACIÓN VERSUS LA COAUTORÍA. 165

5 EL GRUPO CRIMINAL EX ARTÍCULO 570 TER VERSUS LAS ORGANIZACIONES TRANSITORIAS INTEGRANTES DE ALGUNOS TIPOS CUALIFICADOS. 171

6 EL GRUPO CRIMINAL VERSUS LA CONSPIRACIÓN. 172

CAPÍTULO VI

BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LAS FIGURAS PENALES COLECTIVAS EN DERECHO COMPARADO 177

1 INTRODUCCIÓN. 177

2 LA CATEGORÍA COLECTIVA COMO ACTO PREPARATORIO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL SUIZO Y FRANCÉS..... 180

3 LA CONCURRENCIA DE TIPOS AUTÓNOMOS Y CUALIFICADOS. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL ALEMÁN Y FRANCÉS. 183

4 LA CONFIGURACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL COMO UN TIPO CUALIFICADO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL BELGA E ITALIANO.....	188
5 LAS CATEGORÍAS PENALES COLECTIVAS EN DERECHO COMPARADO. CONSIDERACIÓN FINAL.	196
CAPÍTULO VII	
EL CONTENIDO DE ANTIJURICIDAD PROPIO DE LAS CATEGORÍAS SINÉRGICAS SIMPLES Y COMPLEJAS.....	198
1 INTRODUCCIÓN.....	198
2 APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE ANTIJURICIDAD DESDE EL MARCO TEÓRICO TRADICIONAL.....	199
2.1 LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINALES EN EL SENO DEL MARCO TEÓRICO TRADICIONAL.	203
2.1.1 Protección del derecho constitucional de asociación.	204
2.1.2 Protección de los bienes jurídicos protegidos en los delitos proyectados.....	205
2.1.2.1 Especial referencia a la posición doctrinal de Zúñiga Rodríguez: la teoría de la doble imputación.	208
2.1.2.2 Breve referencia a la posición del Tribunal Supremo con respecto a los bienes jurídicos de los delitos proyectados como objeto de tutela en el delito de asociación ilícita y de organización.	209
2.1.3 Protección de bienes jurídicos colectivos.	212
2.1.3.1 El poder del Estado.	213
2.1.3.1.1 La primera formulación del poder del Estado como bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita.....	213
2.1.3.1.2 La segunda formulación del poder del Estado como bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita.....	215
2.1.3.1.3 Breve referencia a la propuesta de Cancio Meliá sobre el Estado como bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita.....	226
2.1.3.2 El orden público.....	228
3 APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE ANTIJURICIDAD PROPIO DE LA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN DESDE EL MARCO TEÓRICO REVISADO.	231
3.1 LA POSICIÓN DE JAKOBS: EL INJUSTO DE AMENAZA.....	232
3.2 LA POSICIÓN DE LAMPE: EL INJUSTO SISTÉMICO.	233
3.3 LA POSICIÓN DE ZIFFER: LA PÉRDIDA DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD SOCIAL.	234
4 EL CONTENIDO DE INJUSTO EN LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS. TOMA DE POSICIÓN.....	235

4.1	EL CONTENIDO DE INJUSTO EN LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS SIMPLES. LA APORTACIÓN DE LA PSICOLOGÍA SOCIAL A LA COMPRENSIÓN DEL CONTENIDO DE INJUSTO.	236
4.1.1	La conformidad.	237
4.1.2	La polarización.	238
4.1.3	La desindividuación.	239
4.1.4	La obediencia destructiva.	242
4.1.5	La reestructuración cognitiva.	244
4.2	EL CONTENIDO DE INJUSTO DE LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS SINÉRGICAS SIMPLES: CONCLUSIÓN.	245
4.3	EL CONTENIDO DE INJUSTO PROPIO DE LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS SINÉRGICAS COMPLEJAS.	249
4.3.1	El peligro directo.	249
4.3.2	El peligro derivado.	250
4.3.2.1	Amenaza Primaria.	250
4.3.2.2	Amenaza secundaria.	251
4.4	EL CONTENIDO DE INJUSTO DE LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS SINÉRGICAS SIMPLES VERSUS EL DE LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS SINÉRGICAS COMPLEJAS.	253
	CAPÍTULO VIII	257
	NATURALEZA Y FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DE LAS FIGURAS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA, ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL	259
	1 INTRODUCCIÓN	259
	2 NATURALEZA Y FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DE LA FIGURA DE ASOCIACIÓN ILÍCITA	260
2.1	EL CONCEPTO JURÍDICO DEL TÉRMINO <i>ASOCIACIÓN</i> EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.	260
2.1.1	El significado común del término <i>asociación</i> en lengua castellana.....	261
2.1.2	El significado jurídico del término <i>asociación</i> en la jurisprudencia penal. Consideraciones generales.....	262
2.1.2.1	Notas descriptivas del concepto de asociación ilícita en la jurisprudencia penal...	263
2.1.3	El significado jurídico del término <i>asociación</i> en el seno de la doctrina penal española.	266
2.3	FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.	269
2.3.1	Función político criminal del delito de asociación ilícita en el seno de la jurisprudencia penal.....	269
2.3.2	Función político criminal del delito de asociación ilícita en el seno de la doctrina penal.....	270
2.3.2.1	El Estado de la cuestión con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por el que se modifica el Código Penal.....	270

2.3.2.1.1	Posición restrictiva: la circunscripción de la función político criminal del delito de asociación ilícita, al estricto ámbito de los delitos constitucionales.	271
2.3.2.1.2	Posición extensiva. La idoneidad y vocación del delito de asociación ilícita, como instrumento normativo de prevención y control de nuevas formas de criminalidad.	273
2.3.2.1.3	Conclusión.	276
2.3.2.2	El Estado de la cuestión tras la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal.	276
2.3.3	La función político criminal de la figura de asociación ilícita en el Código Penal vigente. Toma de posición.	279

3 NATURALEZA Y FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DE LA FIGURA DE ORGANIZACIÓN EX ARTÍCULO 570 BIS DEL CÓDIGO PENAL. 280

3.1	LA DELINCUENCIA ORGANIZADA COMO PRESUPUESTO FENOMENOLÓGICO DE LA FIGURA NORMATIVA DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL.	281
3.1.1	La delincuencia como categoría propia de la criminología: consideraciones epistemológicas.	281
	Luego cuando el criminólogo se propone estudiar un determinado tipo de delincuencia, es decir, cuando se propone alcanzar un modelo explicativo del mismo, no parte de un vacío intelectual que irá llenando la observación, parte de una idea previa o M.E.I (modelo explicativo inicial). que le permite, cuando menos, reconocer la existencia de su objeto de estudio y distinguirlo de otros tipos de delincuencia.	287
3.1.2	Presupuestos fenomenológicos: la ausencia de un modelo explicativo final, acabado y consensuado de delincuencia organizada.	287
3.2	LA DELINCUENCIA ORGANIZADA COMO PRESUPUESTO AXIOLÓGICO DE LA FIGURA NORMATIVA DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL.	293
3.2.1	Introducción: la política criminal como política social.	293
3.2.2	La política criminal específica en materia de delincuencia organizada: sus principios y criterios rectores.	294
3.2.2.1	Especialidades procesales en materia de delincuencia organizada de origen jurisprudencial.	295
3.2.2.1.1	Especialidad relativa al artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	295
3.2.2.1.2	Especialidad relativa al artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	298
3.2.2.2	Especialidades procesales en materia de delincuencia organizada de origen legal.	299
3.2.2.2.1	La entrega vigilada.	300
3.2.2.2.2	El agente encubierto.	300
3.2.2.2.3	La excepción de la garantía procesal prevista en el artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ex artículo 263 bis 4 del mismo cuerpo legal.	301
3.2.2.3	Especialidades penales en materia de delincuencia organizada de origen legal.	302
3.2.2.3.1	Especialidad relativa a la exención de responsabilidad criminal prevista en el artículo 282 bis, apartado 5 Ley de Enjuiciamiento Criminal.	303
3.2.2.3.2	El decomiso.	317
3.2.2.3.3	Limitación temporal de acceso al tercer grado penitenciario.	318

3.2.2.3.4	Especialidad relativa a la atenuación específica para la figura del colaborador prevista en el artículo 376 del Código Penal.....	319
3.2.2.3.5	Especialidad relativa al grado de determinación de la identidad de la persona contra la que se dirige el procedimiento a los efectos de la interrupción de la prescripción del delito. ...	320
3.2.2.4	Especial referencia al principio de oportunidad previsto en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 27 de julio de 2011.	321
3.2.3	La política criminal específica en materia de delincuencia organizada: conclusiones.....	325
4 NATURALEZA Y FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DE LA FIGURA DE GRUPO EX ARTÍCULO 570 TER DEL CÓDIGO PENAL.....		330
4.1	LA DOBLE NATURALEZA DEL GRUPO CRIMINAL.....	330
4.2	LA FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DEL GRUPO EX ARTÍCULO 570 TER DEL CÓDIGO PENAL. LA DELINCUENCIA DE GRUPO: ENTRE LA DELINCUENCIA INDIVIDUAL Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.	332
CAPÍTULO IX		335
LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS SINÉRGICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. CONCLUSIONES.....		337
BIBLIOGRAFÍA		345

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1 Objeto. Las categorías colectivas de asociación ilícita, organización y grupo criminal en el derecho penal español.

Me propongo en esta tesis analizar tres categorías colectivas que concurren en nuestro Código Penal. Todas ellas presentan una indudable proximidad tanto en sus límites conceptuales como en su función político criminal y contenido de injusto. Me interesa especialmente delimitar cuál es el espacio propio de cada una de ellas y conocer cómo se articulan dichos espacios en el seno del sistema penal.

Dichas categorías son la asociación ilícita en su modalidad tipificada en el ordinal 1º del artículo 515 del Código Penal, y las novísimas figuras introducidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio¹, de organización criminal, tipificada en el artículo 570 *bis*, y de grupo criminal, descrita en el artículo 570 *ter* del mismo cuerpo legal.

1.1 Concepto de categoría colectiva.

Las figuras de asociación ilícita, organización y grupo criminal, nacen –al igual que el resto de categorías colectivas- de la necesidad que tiene el legislador de referirse de forma unitaria a un conjunto de sujetos, mediante la utilización de un solo término que lo designe como entidad propia y autónoma de las personas que lo integran. De esta manera el término en cuestión adquiere un contenido semántico que le es propio y que, aun cuando implica necesariamente la idea de pluralidad de sujetos, no se limita estrictamente a ella.

¹ Es cierto que con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, ya existía la categoría penal de organización, utilizada por el legislador en la tipificación de distintos tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización. Pero ni existía un concepto normativo de la misma en sede penal, ni se configuraba un delito autónomo de promoción, constitución, coordinación o dirección de una organización criminal.

Propongo designar con el término de *categorías colectivas* a aquellas entidades utilizadas en la descripción típica de los delitos (de donde serán siempre categorías propias de la parte especial), que implican necesariamente la concurrencia de más de una persona y que son merecedoras de una valoración negativa por parte del legislador, en la medida en que gravita sobre ellas el núcleo del contenido de injusto de la figura penal que las contiene, ya sea un tipo autónomo o una circunstancia específica de cualificación.

Luego, en el sentido estricto que propongo son categorías colectivas, junto a las ya citadas asociación ilícita, organización y grupo criminal, las organizaciones y grupos terroristas a que se refieren los artículos 571 y concordantes del Código Penal.

1.2 Las categorías colectivas como categorías sinérgicas.

Las categorías colectivas, tal como las he definido, son susceptibles de ser analizadas a partir de los presupuestos de la Teoría General de Sistemas desarrollada por el biólogo Ludwig Von Bertalanffy. En síntesis, podemos considerar esta teoría como un nuevo paradigma epistemológico contrario a la analítica, en cuanto prefiere aproximarse a la realidad desde un enfoque integrador antes que desintegrarla para estudiar por separado sus distintos componentes, tal como más comúnmente operamos en nuestra disciplina.

La Teoría General de Sistemas introduce una idea básica que, en mi opinión, resulta de gran utilidad para comprender las categorías colectivas penales: la sinergia. En términos lógico-matemáticos la sinergia, etimológicamente derivada del griego *συνεργία*, ha venido tradicionalmente expresándose mediante la siguiente ecuación: $2+2 \leq 5$. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua², en su vigésima segunda edición, define la voz *sinergia* como *acción de dos o más cosas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales*; el Diccionario María Moliner³, por su parte, define el mismo término como *acción coordinada de cosas o personas que colaboran para realizar determinada función o tarea, completándose o potenciándose unas a otras*.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Madrid. 2001.

³ MARÍA MOLINER. *Diccionario de uso del Español*. Gredos. Segunda edición. Madrid. 1998.

A partir de este concepto, podemos afirmar que las categorías colectivas son siempre y necesariamente sinérgicas. Sólo tiene sentido su inclusión dentro del sistema penal, en la medida en que implican un *plus* de potencialidad para la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, superior a la potencialidad lesiva que resulta de sumar las respectivas capacidades de lesión o puesta en peligro propias de cada uno de sus integrantes⁴. En otros términos, podríamos afirmar que la razón de ser de las categorías sinérgicas reside en el efecto multiplicador que su propia constitución implica, más allá de las potencialidades individuales que engloba.

Su carácter sinérgico es, precisamente, el que nos permite distinguir las categorías colectivas de otras categorías que, aun implicando la concurrencia de varios sujetos y suponiendo un incremento de la potencialidad lesiva con respecto a la actuación de un solo individuo, no implican necesariamente que ese incremento sea superior a la suma de las potencialidades lesivas de los sujetos que actúan. Tal es el caso, por ejemplo, de la circunstancia agravante de auxilio de otras personas *ex* artículo 22 2ª del Código Penal, o de la circunstancia de actuación conjunta de dos o más personas, *ex* artículo 180 2ª del Código Penal.

Tanto en el supuesto del auxilio como en el supuesto de la actuación conjunta de dos o más personas, es opinión mayoritaria que el fundamento de ambas figuras reside en la mayor intimidación y la menor posibilidad de defensa de la víctima, con respecto a una actuación individual⁵. Luego el *plus* de antijuricidad que quiere castigar con mayor intensidad el legislador, es el equivalente (no superior) al aportado por la actuación de las segundas o terceras personas, materializado en la debilitación de la defensa del ofendido y facilitación de la impunidad del delincuente, incluso en aquellos casos en los que la actuación del auxiliador es meramente pasiva, admitiéndose la actuación

⁴ Así, *v.g.* cuando el artículo 369 *bis* contempla el tipo agravado para cuando los hechos descritos en el artículo 368 se haya realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, lo hace porque la categoría colectiva *organización* designa e implica un *plus* de capacidad lesiva para el bien jurídico *salud pública* superior a la suma de la capacidad lesiva que individualmente puedan tener cada uno de los integrantes de dicha organización. Luego podemos afirmar sin miedo a equivocarnos que, para el legislador, la organización tiene un valor sinérgico.

⁵ ALCÁCER GUIRAO. *Delitos contra la libertad sexual: agravaciones específicas*. Atelier Editorial S.L. Barcelona. 2004. Pag. 32: “Dicha *ratio material* implica, de una parte, que no podrá ser de aplicación conjunta con el abuso de superioridad previsto en el artículo 22.2, en lo relativo al auxilio de terceras personas de cara al debilitamiento de la defensa de la víctima. Del mismo modo, considero que mermaría la exigencia del principio *non bis in idem* su aplicación conjunta con la *alevosía*, dada a su vez la misma fundamentación material entre esta y la prevista en el artículo 22.2.”

conjunta por la denominada intimidación ambiental, según nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de mayo de 1994.

1.3 Clases de categorías colectivas en función de su valoración sinérgica.

Dentro de las categorías colectivas entiendo que pueden diferenciarse dos subclases, en función del tipo de sinérgica que opera en el seno de las mismas y explica su efecto multiplicador. Así voy a distinguir entre categorías colectivas simples (en cuyo seno opera exclusivamente la sinergia simple), y categorías colectivas complejas (en cuyo seno operará al menos la sinergia compleja).

1.3.1 Categorías colectivas simples. La dinámica de grupos.

Constituye el criterio de pertenencia a esta subcategoría el hecho de operar la sinergia sobre el elemento personal de la categoría colectiva, incidiendo directamente sobre la conducta de la persona integrada en la misma, siendo que la interacción desarrollada en el seno mismo del grupo acaba incrementando la predisposición y capacidad delictiva de cada uno de sus miembros, por encima de la que cabría esperar si los mismos no se hallaran sujetos a la interacción grupal.

Me interesa en este apartado explicar por qué y en qué medida la sinergia simple y, por ende, la categoría colectiva en que la misma tiene lugar, supone realmente un peligro adicional para los bienes jurídicos protegidos en el ordenamiento penal, frente a otras amenazas de configuración individual.

La explicación, como no puede ser de otro modo, la deberemos buscar en el ámbito propio de las ciencias del comportamiento, concretamente en la psicología social y, dentro de la misma, en los conocimientos consolidados sobre la denominada dinámica de grupos.

Asumido que las categorías jurídicas que hemos denominado colectivas son asimilables a la categoría psicológica de grupo, entendido este *como dos o más personas que interactúan mutuamente de modo tal que cada persona influye en todas las demás y es influida por ellas*⁶, y que por tanto es

⁶ SHAW. *Dinámica de grupo. Psicología de la conducta de pequeños grupos*. Herir. Barcelona. 1983. Pag. 25.

susceptible de ser estudiada como tal desde las ciencias del comportamiento, podemos afirmar de la mano de Blanco que cuando un individuo pasa a formar parte de una categoría colectiva simple, algo queda afectado en su nivel comportamental, en su nivel cognitivo y en su nivel emocional⁷.

La psicología de grupos⁸ ofrece al jurista algunos instrumentos para poder entender y calibrar la importancia de la afectación que he señalado en el párrafo anterior. Me refiero a una serie de fenómenos, generados por la propia dinámica de grupo y que describiré en el Capítulo VII, que inciden en el comportamiento de los individuos desde el momento en que estos se integran en un colectivo.

Cuando el grupo en cuestión -por sus medios, fines o metas- puede ser considerado como una categoría colectiva con relevancia penal, la interacción de estos fenómenos explican por qué el comportamiento de los individuos que lo componen presenta, objetivamente, una mayor potencialidad lesiva, de tal manera que comportamientos y actitudes que no cabría esperar en un determinado individuo pueden aparecer –o potenciarse- cuando éste entra a formar parte de una determinada dinámica grupal⁹. Precisamente en este incremento de la peligrosidad individual consiste la sinergia que he denominado simple.

1.3.2 Categorías colectivas complejas. La racionalización de procesos y métodos.

Frente a la sinergia simple, que he explicado desde la psicología social como un efecto natural de la dinámica de grupos sobre los individuos que lo forman, explico la sinergia que denomino compleja como el resultado que se obtiene al optimizar de forma racional el funcionamiento y la coordinación de

⁷ BLANCO *et alii*. *Psicología de los Grupos*. Pearson Educación S.A. Madrid. 2005. Pag. 14.

⁸ BLANCO *et alii*. *Op. cit.* Pag. 17: “*Todos los contenidos que forman parte de la Psicología de los grupos tienen como marco de referencia la formación, el mantenimiento, la difusión y la modificación de formas de pensamiento y de acción de los sujetos en cuanto miembros de grupos y de los grupos en cuanto a tales.*”

⁹ BLANCO *et alii*. *Op. cit.* Pag. 29. Muy elocuente resulta la afirmación de Blanco cuando escribe que “*hoy en día no nos conformamos con decir que los fenómenos de grupo no pueden ser cabalmente comprendidos acudiendo a los individuos como único marco de referencia. La teoría y la investigación grupal nos han dado excusas suficientes para dar un paso más: a veces es el comportamiento de los individuos el que no puede ser adecuadamente comprendido fuera del contexto grupal en el que se insertan.*”

todos los elementos que integran una determinada categoría colectiva. Luego la clave reside en la optimización racional de todos los recursos que constituyen la categoría, ahora asimilable a una empresa¹⁰ de bienes o servicios ilícitos, y que, como tal, permite el incremento de su capacidad operativa por encima de otras formas de producción o distribución no orientadas por criterios de máxima eficacia.

En definitiva, que de una determinada categoría colectiva se pueda predicar o no una sinergia compleja dependerá exclusivamente de que su diseño y funcionamiento respondan objetivamente a criterios de racionalización de procesos y métodos, que deberán materializarse, al menos, en dos ámbitos: en el ámbito operativo, de tal manera que su configuración (orgánica y funcional) sea la idónea para la comisión exitosa del delito que constituya su objeto; y en el ámbito instrumental, de tal manera que los medios (financieros, materiales y humanos) con los que cuente sean los idóneos para la comisión exitosa del delito.

Mutatis mutandis podría establecerse una relación directa entre la categoría mercantil de *fondo de comercio* y la sinergia compleja, por cuanto, aceptada la categoría colectiva compleja como empresa ilícita, existe una cierta identidad entre ambas, como se desprende claramente de la definición que de la primera categoría nos ofrece Bercovitz¹¹:

El fondo de comercio hace referencia al mayor valor que tiene el conjunto organizado que es la empresa y que excede de la suma de los valores que corresponden a los elementos patrimoniales que integran la empresa aisladamente considerados. Ese mayor valor del conjunto sobre la suma de valores de los elementos individuales que la integran se denomina fondo de comercio y resulta de la eficiencia de la empresa para generar beneficios hacia el futuro.

¹⁰ Siguiendo a SANCHEZ CALERO, (SANCHEZ CALERO *et alii*. *Instituciones de derecho mercantil*. Trigésima edición. VOL I. Thomson/Aranzadi. Navarra. 2007. Pag. 97.) no hay inconveniente alguno en utilizar, en el ámbito de las organizaciones criminales, el concepto económico de empresa, entendida como “una unidad de producción en los que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes y servicios a un determinado precio, con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia de unos precios y otros. Existirá una ganancia si los precios de distribución y venta son superiores a los de coste y una pérdida en caso contrario”.

¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Apuntes de derecho Mercantil*. Octava edición. Thomson/Aranzadi. Navarra. 2007. Pag. 265.

Adviértase como el denominador común de este tipo de subcategorías colectivas complejas es el de operar la sinergia no únicamente sobre el elemento personal (dinámica de grupos), sino transversalmente sobre todos los otros elementos que forman la categoría, tanto materiales (infraestructura, capacidad financiera, medios de transporte, armas...) como inmateriales (normativa de control interno, valores delincuenciales, plan de actuación, posicionamiento en mercados ilícitos o paralelos, etc.). De ello se desprenden dos consecuencias necesarias. La primera, que el carácter transversal que define la sinérgica propia de las categorías colectivas complejas, no excluye en absoluto la posibilidad de que en el ámbito del comportamiento de los individuos que forman dicha categoría, pueda constatarse alguno de los fenómenos propios de la dinámica de grupos, es decir, algún grado de sinergia simple. Pero, en todo caso, esa sinergia del elemento personal no será ni necesaria¹² ni idéntica¹³ a la propia de las figuras sinérgicas simples que ya hemos visto. La segunda consecuencia consiste en que, desde el punto de vista fenomenológico, la categoría jurídica sinérgica compleja ya no puede identificarse con un grupo de personas, es algo más. Junto a ese elemento personal, deben concurrir elementos materiales idóneos para la comisión de delitos, así como elementos inmateriales, tales como normas de conducta interna, planes de actuación etc. De esta manera, podemos afirmar que la sinergia compleja estará indisolublemente ligada a la denominada delincuencia organizada.

1.3.2.1 Las categorías colectivas complejas de tipo mafioso.

Dentro de las categorías colectivas complejas, me parece importante destacar las de tipo mafioso. Pertenecen a este grupo aquellas en las cuales se utiliza de forma **racional y premeditada**, como un método eficaz para salvaguardar a la propia organización (tanto en su estructura y como en sus

¹² No será necesaria, por cuanto entiendo que en una determinada categoría colectiva sinérgica compleja puede no darse –al menos con respecto a alguno o algunos de sus integrantes–, ningún fenómeno grupal. Así, por ejemplo, en una organización dedicada al tráfico de estupefacientes, es posible que existan miembros que no se conozcan, o que simplemente hayan mantenido una relación puntual y estrictamente operativa incapaz, por su entidad, de generar una dinámica interpersonal relevante desde el punto de vista de la psicología de grupo.

¹³ No será idéntica, por cuanto le es connatural una estructura formal y jerárquica de mando, en el que la relación interpersonal se articula a partir del binomio orden / obediencia, y en la que el cumplimiento de los mandatos emitidos por los superiores son garantizados por una dosis implícita de intimidación y violencia hacia los subordinados.

normas internas), los fenómenos de dinámica de grupo, a través de rituales de marcado carácter simbólico y el fomento de una determinada cultura y de unos determinados valores.¹⁴

Luego se distinguen de las categorías colectivas simples en dos aspectos. El primero, en que existe, como en todas las categorías colectivas complejas, una racionalización de procesos y métodos. El segundo, en que, dentro de este proceso de racionalización, se incluyen el fomento y la utilización consciente y ordenada de los denominados fenómenos grupales, a los que me referiré en el Capítulo VII.

Luego en las categorías colectivas de tipo mafioso convergen dos tipos de sinergia, por una lado la compleja y, por otro, una sinergia simple reforzada, lo que justifica la especial peligrosidad de este tipo de organizaciones¹⁵.

2 Justificación.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, no supo articular un sistema razonable y funcional que permitiera una coexistencia adecuada entre las distintas categorías colectivas que aparecían en el nuevo Código Penal.

En mi opinión, estas deficiencias eran consecuencia directa de varias opciones técnico-legislativas adoptadas por el legislador de 1995, notoriamente inadecuadas.

¹⁴ En CRETIN (CRETIN. *Mafias du monde*. Preses Universitaires de France. Paris. 1997. Pags. 141 y sigs.) he encontrado una de las mejores síntesis del concepto de mafia, entendida no como una realidad normativa sino sociológica e incluso antropológica. Concluye este autor su análisis comparado de diversos grupos mafiosos, afirmando siete caracteres cuya concurrencia permitiría calificar a un grupo como mafioso (por oposición a una simple organización criminal): *“On retrouve dans les différentes mafias avérées que sont Cosa Nostra, les triades et les boryokudan les thèmes réitératifs de la position centrale de la famille, de la référence à l’honneur, de la culture de la mort, du caractère initiatique de l’admission, du respect de la tradition, de la transmission à travers un mythe fondateur et de la prééminence de l’ordre mafieux sur l’individu.”*

¹⁵ En este sentido, FALCONE (FALCONE. <<Qu’est-ce qu’une mafia?>> *“Revue Esprit”*. nº 10. Paris. 1992.): *“A coup sûr, les caractéristiques de la Mafia la rendent plus dangereuse que les autres formes de criminalité organisée”*. Pag. 17.

La primera de ellas, fue sin duda mantener la figura histórica de asociación ilícita, nacida en el Código Penal de 1870, sin reparar que la misma era incapaz de dar respuesta a modernas formas de criminalidad como la delincuencia organizada o el terrorismo, a menos que se forzara en gran manera su propia concepción teórica. La inadecuación de esta figura para cumplir una función político-criminal moderna ha sido denunciada expresamente en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio¹⁶, sin que, incomprensiblemente, haya tenido esta afirmación el correspondiente reflejo en el texto articulado, que no puede ser otro que la derogación del ordinal 1º del vigente artículo 515 del Código Penal, junto a la acertada derogación de su ordinal 2º.

La segunda, fue tipificar las causas de ilicitud de la asociación, pero no ofrecer al destinatario de la norma penal un concepto claro y funcional de lo que debía entenderse por *asociación*. Esta omisión, amén de perjudicar enormemente las exigencias dimanantes del principio de certeza en la descripción de los tipos, ha obstaculizado en cierta manera la aplicación de la norma a supuestos distintos de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

A las anteriores deficiencias debemos añadir la pretensión del legislador de dar respuesta, a través de la misma figura de asociación ilícita, a fenómenos sociales muy dispares. En un mismo precepto se acababa por aglutinar toda una serie de categorías colectivas que poco o nada compartían ni en su referente fenomenológico (grupos terroristas, sectas, organizaciones de carácter paramilitar...) ni en su contenido de injusto.

Por otra parte, coexisten dos opciones técnico legislativas aparentemente contradictorias: la formulación de un delito autónomo de asociación ilícita ex artículo 515 1º del Código Penal, susceptible de aplicarse en concurso con el delito que constituye la actividad social, y la formulación de distintos tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización (o asociación), que vienen a desplazar la solución concursal antes señalada. Esta situación -tal como expondré en el Capítulo II- se fue agravando a medida que

¹⁶ Apartado XXVIII de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal: *“El devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales.”*

las sucesivas reformas del Código Penal de 1995, fueron introduciendo nuevos tipos cualificados.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la supresión del ordinal 2º del artículo 515 del Código Penal, donde se tipificaban como asociaciones ilícitas *las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*, y la inclusión de los artículos 570 *bis* y 570 *ter*, previsores, respectivamente, de las figuras de organización y grupo criminal, en absoluto ha logrado armonizar las distintas categorías de constante referencia. Antes al contrario, ha suscitado nuevos interrogantes, toda vez que las nuevas figuras de organización y grupos criminales, concurren no sólo con la categoría autónoma de asociación ilícita ex artículo 515 1º del Código Penal, sino también con la figura de organización utilizada por el legislador en la configuración de determinados tipos cualificados.

Justificada la vigencia y el interés académico que pueda tener el objeto de esta investigación, quisiera justificar también las razones por las cuales he decidido centrarme sólo en tres categorías colectivas, a saber, la asociación ilícita tipificada en el ordinal 1º del artículo 515, y las figuras de organización y grupo criminal tipificadas respectivamente en los artículos 570 *bis* y 570 *ter* del Código Penal, con exclusión, en consecuencia, de las otras modalidades de asociación ilícita tipificadas en los ordinales 3º, 4º y 5º del repetido artículo 515, y de las organizaciones y grupos terroristas a que se refiere la Sección 1ª del Capítulo VII del Libro II del Código Penal.

He excluido las asociaciones a que se refieren los ordinales 3º, 4º y 5º del artículo 515 de constante referencia, porque presenta unos límites mucho más marcados con respecto a otras categorías colectivas colindantes como la organización o el grupo criminal. También su referente fenomenológico se encuentra mucho mejor delimitado en la esfera social. Por todo ello, he considerado que centrarme en estas modalidades de asociaciones ilícitas podría dispersar gratuitamente el objeto de la memoria y, por ende, la cuestión problemática sobre la que he decidido centrarme: la relación entre la figura de la asociación ilícita señalada en el número 1º del artículo 515, y las organizaciones y grupos criminales, tres categorías colectivas con un objeto prácticamente idéntico¹⁷ que dificulta en gran manera su delimitación

¹⁷ Art. 515 1º del Código Penal: “[...] *Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.*”

conceptual, ya de por sí problemática, habida cuenta de que las notas utilizadas por el legislador para definir el concepto de organización (carácter estable, tiempo indefinido, manera concertada) son notas utilizadas tradicionalmente por la jurisprudencia para definir el concepto de asociación¹⁸.

Parecidos motivos me han llevado a excluir del objeto de esta investigación a las organizaciones y grupos terroristas. Si bien es cierto que, en ocasiones, tanto el legislador¹⁹ como parte de la doctrina se han inclinado por considerar el fenómeno del terrorismo como una manifestación más de la delincuencia organizada²⁰, considero que sería un error importante equiparar sin más las organizaciones y grupos criminales tipificadas en los artículos 570 *bis* y 570 *ter*, con las organizaciones y grupos terroristas a que se refieren los artículos 571 y sig. del Código Penal. Ello supondría asumir *ab initio* toda una serie de premisas que no tienen por qué ser necesariamente ciertas²¹. Y la

Art. 570 *bis* del Código Penal: “[...] con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.”

Art. 570 *ter* del Código Penal: “[...] tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.”

¹⁸ En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de abril de 2003**, establece: “[...] la asociación ilícita conlleva lo siguientes requisitos: a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de la actividad prevista; c) la consistencia o permanencia de la misma de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio [...]”.

¹⁹ Así, el art. 282 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluye expresamente delitos de terrorismo en su definición de delincuencia organizada: “4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:[...] k) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.”

²⁰ MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Pags. 861-862. (En referencia al terrorismo) “[...] “Se trata, pues, de una forma más de criminalidad organizada, aunque con una finalidad política (o, como después se verá, de alterar la paz pública). En efecto, esta clase de criminalidad se caracteriza por una gran disponibilidad de diversos medios financieros destinados a sufragar las actividades ilícitas que la organización realiza no sólo dentro del ámbito nacional, sino también a nivel internacional; precisamente a través de estas actividades la organización va a obtener grandes beneficios que, utilizados en parte, permiten la continuidad y el mantenimiento de la propia organización y de sus actos. Las características anteriores son íntegramente predicables de la que podemos denominar <<criminalidad organizada económica>>, entre la que encontramos el narcotráfico, las redes de prostitución, el tráfico ilegal de armas, etc. Sin embargo, estas características parecen estar menos relacionadas con el terrorismo, donde priman sobre la finalidad de la obtención de beneficios económicos otros móviles de carácter predominantemente político.”

²¹ V.g., la identidad de sus respectivos contenidos de injusto.

equiparación arbitraria de tales premisas podría suponer un error metodológico que podría, a su vez, condicionar el resultado de la presente investigación.

En todo caso, sin ignorar las exigencias mínimas de la interpretación sistemática (que nos obligan a dotar de un contenido semántico compatible a unos mismos términos cuando son utilizados en preceptos distintos), las diferencias fenomenológicas y axiológicas entre la delincuencia común, la delincuencia organizada²² y la delincuencia terrorista²³, pueden justificar la introducción de matices significativos entre los conceptos de organización y grupo criminal y organización y grupo terrorista.

²² La jurisprudencia menor, se ha referido en varias ocasiones al fenómeno de la delincuencia organizada como tal. Por todas, las **Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 29 de julio de 2003**, y la **Sentencia de la Audiencia provincial de Huesca de fecha 15 de julio de 2009**, :“[...] delincuencia organizada como aquella que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidas de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinado a lucrarse con bienes o servicios ilegales...”

²³ El Tribunal Supremo, en **Auto de fecha 23 de septiembre de 2003**, define la delincuencia terrorista en los siguientes términos: “En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista, es la presencia de bandas o grupos organizados que recurren a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada.”

CAPÍTULO II

LAS CATEGORÍAS PENALES COLECTIVAS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y ORGANIZACIÓN. ORIGEN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

1 El delito de asociación ilícita en el derecho penal histórico. Del Código Penal de 1822 al Código Penal de 1973.

Prácticamente todos los Códigos Penales habidos desde el siglo XIX en España, con la sola excepción del Código Penal de 1928, han contado con varias categorías colectivas en su parte especial, vinculadas generalmente al ámbito de los delitos políticos.

Como veremos, históricamente estas categorías han sido designadas con diferentes términos, aunque el término de *asociación* aparece ya de forma temprana, concretamente en el Código Penal de 1822²⁴; que ya se refiere a los

²⁴ Art. 315 del Código Penal: “ Los que por emulación, rivalidad, odio, ambición, avaricia o espíritu de venganza o de partido celebraren entre sí algún concierto para armarse o hacer que otros se armen contra algunas personas, o para conseguir por la fuerza que domine alguna facción, o para lograr con igual violencia cualquiera otro objeto contra el orden público, serán por este sólo hecho obligados a dar fianza de que observarán una conducta pacífica, y los promotores y autores principales del concierto sufrirán además un arresto de cuatro días á tres meses la pena de este. Si el concierto fuere para causar alguna rebelión ó sedición, o le siguiere alguna tentativa para cualquiera de estos delitos, se observará lo dispuesto en el artículo 298.”

Art. 316 del Código Penal: “Los que so color de culto religioso formaren hermandades, cofradías ú otras corporaciones semejantes sin conocimiento y licencia del Gobierno, serán obligados a disolverlas inmediatamente, y castigados con una multa de uno a treinta duros, ó con un arresto de dos días a dos meses.”

Art. 317 del Código Penal: “Fuera de las corporaciones, juntas o asociaciones establecidas o autorizadas por las Leyes, los individuos que sin licencia del Gobierno formaren alguna junta o sociedad en clase de corporación, y como tal corporación representaren a las autoridades establecidas, o tuvieran correspondencia con otras juntas o sociedades de igual clase, o ejercieren algún acto público cualquiera, serán también obligados a disolverlas inmediatamente, y sufrirán una multa de dos a cuatro duros, o un arresto de cuatro días a tres meses. Pero si como tal corporación tomaren para algún acto la voz del pueblo, o se arrogaren alguna autoridad pública, cualquiera que sea, se les aumentará la pena hasta una multa de diez a sesenta duros, y una prisión de tres meses a un año.”

Art. 318 del Código Penal: “Aun entre las corporaciones, juntas o asociaciones establecidas ó autorizadas por las Leyes, toda confederación que hicieren una con otras para oponerse a alguna disposición del Gobierno o de las autoridades, o para impedir, suspender, embarazar o entorpecer la ejecución de alguna Ley, reglamento, acto de justicia o servicio legítimo, o para cualquier otro objeto contrario a las Leyes, fuera de los casos en que estas permitan suspender la ejecución de las órdenes superiores, será castigada con arreglo al capítulo sexto, título sexto de esta parte.”

conciertos (artículo 315); *hermandades, cofradías u otras corporaciones semejantes* (artículo 316); *corporaciones, juntas a asociaciones*, (artículos 317 y 318). El Código Penal de 1848, por su parte, distingue en el Capítulo IV dos secciones, la primera, dedicada a las *sociedades secretas*, tipificadas en el artículo 202 y siguientes²⁵, y la sección segunda, dedicada a las asociaciones ilícitas, a las que dedica los artículos 205 y 206.²⁶ Dicho código ya contemplaba dos escalas punitivas según la responsabilidad de los integrantes. Así, distinguía, en sede de sociedades secretas, *a los que desempeñen mando o presidencia o hubieran recibido grados superiores*, equiparando a dichos sujetos con aquellos que, sin pertenecer a la misma, hubieran prestado una colaboración relevante, *los que prestaren para ella* (la sociedad secreta) *las casas que poseen, administraran o habitan*. En sede de asociaciones ilícitas, por su parte, aparecía la terna de *directores, jefes o administradores*, como sujetos activos diferenciados de los simples miembros. Igualmente nos llama hoy la atención, la necesidad de que el elemento personal de la asociación fuera integrado por más de veinte personas. El Capítulo IV y su estructura son conservados en el Código Penal de 1850, que regula ahora la figura de las

²⁵ “Capítulo IV. De las asociaciones ilícitas. Sección Primera. Sociedades Secretas. Art. 202. Son sociedades secretas:

1ª. Aquellas cuyos individuos imponen con juramento o sin la obligación de ocultar a la Autoridad pública el objeto de sus reuniones o su organización interior.

2ª. Los que en la correspondencia con sus individuos o con otras asociaciones se valen de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos.”

Art. 203 del Código Penal: “Los que desempeñaren mando o presidencia o hubieren recibido grados superiores en una sociedad secreta, y los que prestaren para ella las casas que poseen, administran o habitan, serán castigados con la pena de prisión mayor. Los demás afiliados con la de destierro, y unos y otros con la inhabilitación perpetua absoluta.”

Art. 204 del Código Penal: “Se eximirán de las penas señaladas en el artículo anterior, y serán condenados únicamente en la de caución, los individuos de una sociedad secreta, cualquiera que haya sido su categoría, que se espontanearen ante la Autoridad declarando a esta lo que supieren del objeto y planes de la asociación.

La autoridad, al recibir la declaración, no podrá hacerles pregunta alguna acerca de las personas que componen la sociedad.”

²⁶ Art. 205 del Código Penal: “Es también ilícita toda asociación de más de veinte personas que se reúna diariamente o en días señalados, para tratar de asuntos religiosos, literarios, o de cualquier otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la autoridad pública, o se faltare a las condiciones que esta le hubiera fijado.”

Art. 206 del Código Penal: “La asociación de que trata el artículo anterior será disuelta, y sus directores, jefes o administradores serán castigados con la multa de 20 a 400 duros. En la misma pena incurrirán los que prestaren para la asociación las casas que posean, administren o habiten.”

sociedades secretas en sus artículos 207 y siguientes²⁷, reservando los artículos 211 y 212²⁸ para regular la figura de las asociaciones ilícitas, que, en realidad, venían a castigar el ejercicio del actual derecho de reunión, incluso *para tratar de asuntos religiosos o literarios*, en muy parecidos términos a los del anterior Código Penal de 1848.

No será hasta el Código Penal de 1870 cuando encontremos, por primera vez, un concepto moderno de asociación ilícita, entendida como *las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este código*,

²⁷ “Capítulo IV. De las asociaciones ilícitas. Sección Primera. Sociedades secretas. Art. 207. Son sociedades secretas:

1º Aquellas cuyos individuos se imponen con juramento o sin él la obligación de ocultar a la Autoridad pública el objeto de sus reuniones o su organización interior.

2º Los que en la correspondencia con sus individuos o con otras asociaciones se valen de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos.”

Art. 208 del Código Penal: “Los que desempeñaren mando o presidencia o hubieren recibido grados superiores en una sociedad secreta, y los que prestaren para ella las casas que posean, administran o habitan, serán castigados con la pena de prisión mayor.

Los demás afiliados con la de prisión menor, y unos y otros con la de inhabilitación perpetua absoluta.”

Art. 209 del Código Penal: “Se eximirán de las penas señaladas en el artículo anterior, y serán condenados únicamente en la de caución, los individuos de una sociedad secreta, cualquiera que haya sido su categoría, que se espontanearen ante la Autoridad, declarando a esta lo que supieren del objeto y planes de la asociación.

La Autoridad, al recibir la declaración, no podrá hacerles pregunta alguna acerca de las personas que componen la sociedad.”

Art. 210 del Código Penal: “Si constare que una sociedad secreta tiene por objeto alguno de los delitos comprendidos en los capítulos I y II de este título, sufrirán los jefes y asociados las penas señaladas respectivamente a los conspiradores por los mismos delitos.

Cuando tenga por objeto la perpetración de cualquiera otro delito, la pena será la señalada a los autores de tentativa para los afiliados, y la de delito frustrado para los jefes de las sociedades.”

²⁸ Art. 211 del Código Penal: “Es también ilícita toda asociación de más de veinte personas que se reúna diariamente o en días señalados, para tratar de asuntos religiosos, literarios, o de cualquier otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la Autoridad pública, o se faltare a las condiciones que esta le hubiere fijado.”

Art. 212 del Código Penal: “La asociación de qué trata el artículo anterior será disuelta, y sus directores, jefes, o administradores serán castigados con la multa de 20 a 200 duros, y en caso de reincidencia con la de arresto mayor y doble multa.

En las mismas penas incurrirán los que prestaren para la asociación las casas que posean, administren o habiten.”

según rezaba literalmente el ordinal 2º del artículo 198²⁹ del mencionado cuerpo legal, en una regulación que completaban los artículos 199, 200 y 201 del mismo texto³⁰. No obstante, resulta cuando menos curioso, por representar toda una concepción arcaica del derecho penal y sus fines, la equiparación punitiva de las sociedades que tuvieran por objeto *la comisión de un delito ex ordinal 2º del citado artículo 198*, con aquellas cuyo objeto podía considerarse contrario a la *moral pública*, tipificadas en el ordinal 1º del mismo precepto. Esta equiparación se mantiene en el Código Penal de 1932, concretamente en sus artículos 185 y siguientes³¹, donde se tipifican los delitos relacionados con

²⁹ Art. 198 del Código Penal: *“Se reputan asociaciones ilícitas:*

1º Las que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública.

2º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este código.”

³⁰ Art. 199 del Código Penal: *“Incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas:*

1º Los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que se establecieran y estuvieran comprendidas en alguno de los números del artículo anterior.

Si la asociación no hubiera llegado a establecerse, la pena personal será la inmediatamente inferior en grado.

2º los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que se establecieran sin haber puesto en conocimiento de la Autoridad local su objeto y estatutos con ocho días de anticipación a su primera reunión, o veinticuatro horas antes de la sesión respectiva, el lugar en que haya de celebrarse éstas, aún en el caso en que llegare a cambiarse por otro el primeramente elegido.

3º Los directores o presidentes de asociaciones que no permitieran a la Autoridad a sus agentes la entrada o la asistencia a las sesiones.

4º Los directores o presidentes de asociaciones que no levanten la sesión a la segunda intimación que con este objeto hagan la Autoridad o sus agentes.”

Art. 200 del Código Penal: *“ Incurrirán en la pena de arresto mayor:*

1º Los meros individuos de asociaciones comprendidas en el artículo 198.

Cuando la asociación no hubiera llegado a establecerse, las penas serán reprensión pública y multa de 125 a 1250 pesetas.

2º Los meros asociados que cometieren el delito comprendido en el núm. 3º del artículo anterior.

3º Los meros asociados que no se retiren de la sesión a la segunda intimación que la Autoridad o sus agentes hagan para que las sesiones se suspendan.”

Art. 201 del Código Penal: *“Incurrirán en las penas inmediatamente superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores, los fundadores, directores, presidentes e individuos de asociaciones que vuelvan a celebrar sesión, después de haber sido suspendida por la Autoridad o sus agentes, mientras que la judicial no haya dejado sin efecto la suspensión ordenada.”*

³¹ Art. 185 del Código Penal: *“Se reputan asociaciones ilícitas:*

las asociaciones ilícitas, casi en idénticos términos a los utilizados por el legislador de 1870.

Mención aparte merece la tipificación del delito de asociación ilícita en el Código Penal de 1944, al proponer en su artículo 172³² un concepto totalmente expansivo de asociación ilícita en el que no sólo se consideraba el carácter ilícito de la asociación en función de su objeto (contrario a la moral pública o

1º Las que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública.

2º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este código.”

Art. 186 del Código Penal: *“Incurrirán en la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio y multa de 500 a 5000 pesetas:*

1º. Los fundadores, directores y presidentes de Asociaciones que se establecieran y estuvieran comprendidas en alguno de los números del artículo anterior.

Si la Asociación no hubiera llegado a establecerse, la pena personal será la inmediatamente inferior en grado.

2º Los fundadores, directores y presidentes de Asociaciones que se establecieran sin haber puesto en conocimiento de la autoridad local su objeto y estatutos con ocho días de anticipación a su primera reunión o veinticuatro horas antes de la sesión respectiva, el lugar en que hayan de celebrarse éstas, aun en el caso en que llegare a cambiarse por otro el primeramente elegido.

3º Los directores o presidentes de Asociaciones que no permitan a la autoridad o a sus agentes la entrada o la asistencia a las sesiones.

4º Los directores o presidentes de Asociaciones que no levanten la sesión a la segunda intimación que con este objeto hagan la autoridad o sus agentes.”

Art. 187 del Código Penal: *“ Incurrirán en la pena de arresto mayor:*

1º Los meros individuos de Asociaciones comprendidas en el art. 185.

Cuando la asociación no hubiera llegado a establecerse, las penas serán represión pública y multa de 250 a 2500 pesetas.

2º Los meros asociados que no se retiren de la sesión a la segunda intimidación que la autoridad o sus agentes hagan para que las sesiones se suspendan.”

Art. 188 del Código Penal: *“Incurrirán en las penas inmediatamente superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores los fundadores, directores, presidentes e individuos de Asociaciones que vuelvan a celebrar sesión después de haber sido suspendida por la autoridad o sus agentes, mientras que la judicial no haya dejado sin efecto la suspensión ordenada.”*

³² Art. 172 del Código Penal: *“Se reputan asociaciones ilícitas:*

1º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública.

2º Las que tengan por objeto cometer algún delito.

3º Las prohibidas por la autoridad competente.

4º Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley.”

comisión de delitos), sino también en función del incumplimiento de los requisitos formales en su constitución, amén de considerarse igualmente ilícitas *las prohibidas por la autoridad competente*. La concepción del delito de asociación ilícita como un instrumento de control y represión política, acababa de materializarse en el artículo 173³³ del texto legal de constante referencia, donde se tipificaba como tales *las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley*³⁴ *y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso*.

Su régimen penológico, finalmente, se establecía en los artículos 174, 175 y 176³⁵ del Código Penal de constante referencia, contemplando penas de

³³ Art. 173 del Código Penal: *“Se comprenden en el artículo anterior:*

1º Los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional.

2º Los grupos o asociaciones, constituidos dentro o fuera del territorio nacional, para atacar en cualquier forma la unidad de la nación española o para promover o difundir actividades separatistas.

Los culpables comprendidos en este número, incurrirán, además de las penas señaladas, en una multa de 10.000 100.000 pesetas.

3º Las Asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso.

4º Las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fuesen.

5º Las formaciones con organización de tipo militar prohibidas expresamente por las Leyes.

Cuando el culpable perteneciera al ejército, instituto o cuerpo armado se impondrán la pena inmediatamente superior.”

³⁴ La Ley de Responsabilidades Políticas de 1939, en cuyo artículo 2 (declarado expresamente vigente por la Ley 15 de noviembre de 1971), se relacionaban toda una serie de partidos políticos y organizaciones que se declaraban expresamente fuera de la Ley.: [...] *Acción Republicana, izquierda Republicana, Unión Republicana, Partido Federal, Confederación Nacional del Trabajo, Partido Socialista Obrero, Partido Comunista, Partido Sindicalista, Sindicalista de Pestaña, Federación Anarquista Ibérica, Partido Nacionalista Vasco, Acción Nacionalista Vasca, Solidaridad de Obreros Vascos, Esquerra Catalana, Partido Galleguista, Partido Obrero de Unificación Marxista, Ateneo Libertario, Socorro Rojo Internacional, Partido Socialista Unificado de Cataluña, Unión de Rabassaires, Acción catalana Republicana, Acción Catalana Republicana, Partido Catalanista Republicano, Unión Democrática de Cataluña, Estat Catalá y todas las logias masónicas y cualquiera otras entidades, agrupaciones o partidos filiales o de análoga significación a los expresados, previa declaración oficial de hallarse, como los anteriormente relacionados, fuera de la Ley.*

³⁵ Art. 174 del Código Penal: *“Incurrirán en las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 1000 a 5000 pesetas:*

hasta reclusión menor para *los fundadores, organizadores o directores*, cuando *la asociación tuviera por objeto la subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado*

El Código Penal de 1973 por su parte, en sus artículos 172³⁶ y 173³⁷, siguió inicialmente la misma línea que el Código Penal anterior, caracterizada

1º Los fundadores, directores y presidentes de Asociaciones que estuvieren comprendidas en el artículo anterior y en los números 1º, 2º y 3º del 172.

Si la asociación no hubiera llegado a constituirse, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 1000 a 3000 pesetas.

Si la Asociación tuviera por objeto la subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, serán castigados con la pena de reclusión menor los fundadores, organizadores o directores, y con la de prisión menor, los meros partícipes.

Cuando los hechos sancionados en el párrafo anterior carecieren de gravedad o la Asociación no hubiera llegado a constituirse, el Tribunal impondrá la pena inferior en un grado o las de destierro y multa de 1000 a 5000 pesetas.

2º Los que con su cooperación económica, aun encubierta, favorecieren la fundación, organización, reconstitución o actividad de las Asociaciones, grupos, organizaciones, partidos, entidades y formaciones mencionadas en el artículo anterior.

En este caso, cuando el caudal del culpable lo permita podrán los tribunales elevar la cuantía de la multa hasta 250000 pesetas, atendidas las circunstancias y consecuencias del hecho.”

Art. 175 del Código Penal: *“Incurrirán en la pena de arresto mayor:*

1º Los fundadores, directores y presidentes de Asociaciones comprendidas en el número 4º del art. 172.

2º Los directores, presidentes y meros individuos de Asociaciones que no permitieran a la Autoridad o a sus agentes la entrada o la asistencia a las sesiones.

3º Los directores y presidentes de Asociaciones que no levanten la sesión al requerimiento que con este objeto hagan la Autoridad o sus agentes, y los meros asociados que en el mismo caso no se retiren de la sesión.

4º los meros individuos de asociaciones comprendidas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 172 y en el 173.”

Art. 176 del Código Penal: *“Incurrirán en las penas inmediatamente superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores, los fundadores, directores, presidentes e individuos de Asociaciones que vuelvan a celebrar sesión después de haber sido suspendida por la autoridad o sus agentes, mientras que la competente no haya dejado sin efecto la suspensión ordenada.”*

³⁶ Art. 172 del Código Penal: *“Se reputan asociaciones ilícitas:*

1º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública.

2º Las que tengan por objeto cometer algún delito.

3º Las prohibidas por la autoridad competente.

básicamente por tres notas: utilización de la figura de asociación ilícita como instrumento de represión política, equiparación de la ilicitud moral y la ilicitud jurídico-penal, y equiparación de la ilicitud material por razón del objeto, e ilicitud formal por haber sido constituidas *sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley*.

La redacción inicial cambió tras la Ley 23/1976, por la que se modificaron por primera vez los artículos 172³⁸ y 173³⁹, si bien continuaba la confusión

4º Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley.”

³⁷ Art. 173 del Código Penal: “Se comprenden en el artículo anterior:

1º Los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional.

2º Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional.

3º Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso.

4º Las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fueren.

5º Las formaciones con organización de tipo militar que tengan por fin algunos de los señalados en el número 2º de este artículo o que se hallen prohibidas expresamente por las Leyes.”

³⁸ Dándosele nueva redacción con la siguiente literalidad:

Art. 172 del Código Penal : “Son asociaciones ilícitas:

Primero. Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública.

Segunda. Las que tengan por objeto cometer algún delito.

Tercero. Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional.

Cuatro. Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica.

Quinto. Las que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario.”

³⁹ Dándosele nueva redacción con la siguiente literalidad:

Art. 173 del Código Penal: “Se comprenden en el artículo anterior:

1º Los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional.

2º Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional.

entre la esfera moral y la jurídico-penal, y se explicitaba aún más si cabe la vocación de la asociación ilícita como instrumento de control político, mediante los supuestos contemplados en los apartados Tercero y Quinto, que venían a englobar, en definitiva, los supuestos que antes de la reforma eran reconducibles al apartado tercero y al artículo 173. Fuera del ámbito estricto de la asociación ilícita como delito político, se incluía en la reforma de 1976 la previsión de ilicitud penal para aquellas asociaciones que promovieran *la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica*. La reforma operada por la citada Ley 23/1976 perduró hasta el 2 de julio de 1980, cuando la Ley Orgánica 4/1981, de 21 de mayo⁴⁰, acabó definitivamente con la equiparación de los planos moral y jurídico-penal y la configuración de la figura de asociación ilícita básicamente como un delito de naturaleza política, adaptando así el tipo a las nuevas exigencias del texto constitucional de 1978. La Ley Orgánica 8/1983, operó la última reforma del artículo 173 del Código Penal de 1973, al añadir un apartado 4º, en virtud del cual se consideraban ilícitas a los efectos penales las asociaciones que *promuevan la discriminación racial o inciten a ella*.

2 El delito de asociación ilícita en el Código Penal de 1995.

El legislador de 1995 optó por mantener el *nomen iuris* de *asociación ilícita*, configurando dicha categoría colectiva de forma muy similar al tratamiento normativo recibido en la legislación penal posterior a 1980. Así, el artículo 515⁴¹ seguía un esquema descriptivo basado en la determinación de

^{3º} Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso.

^{4º} Las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fueren.

^{5º} Las formaciones con organización de tipo militar que tengan por fin algunos de los señalados en el número 2º de este artículo o que se hallen prohibidas expresamente por las Leyes.”

⁴⁰ Dicha norma otorgaba la siguiente redacción al artículo 173 del Código Penal: “Son asociaciones ilícitas:

1.º Las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución.

3.º Las organizaciones clandestinas o de carácter para-militar.”

⁴¹ 1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

las causas de ilicitud antes que en la descripción sustantiva de lo que debía entenderse por asociación, tipificando causas de muy variada significación criminológica y fenomenológica, y otorgándoles a todas ellas un tratamiento unitario –al menos desde un punto de vista sistemático- que venía a complicar aún más si cabe, la ya de por sí complicada exégesis del precepto.

El artículo 515 de constante referencia sufrió, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tres reformas que afectaron sucesivamente al apartado 6, añadido por la Disposición Final 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 enero; al apartado 1⁴², modificado por art. 1.14 de Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, y al apartado 6º, que sería suprimido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre.

3 Los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización en el derecho penal histórico.

Dedicaré este apartado al estudio de la introducción y evolución normativa de los tipos cualificados por la pertenencia a una organización en el seno de nuestro ordenamiento jurídico.

Me interesará hacerlo desde la doble perspectiva diacrónica y sincrónica. La primera de ellas nos ofrecerá una idea clara de cuál ha sido la evolución desde sus orígenes hasta nuestros días, permitiéndonos entender mejor cuales fueron los motivos, de técnica legislativa unas veces y de política criminal otras, que impulsaron dicha evolución.

2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4º Las organizaciones de carácter paramilitar.

5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.”

⁴² En su nueva redacción, el apartado 1º del artículo 515 del Código Penal, presenta la siguiente literalidad: “1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.”

Es interesante fijarse desde un principio no sólo en la evolución de la descripción de los tipos y previsión de las penas resultantes, sino también en cómo ha ido evolucionado la relación de la figura que tratamos con el resto del sistema en el que se integra.

La segunda perspectiva, la sincrónica, nos ofrecerá una idea de cuál fue, en cada momento, la configuración de los tipos cualificados de constante referencia, los distintos modelos que coexistieron y coexisten actualmente en el seno de nuestro Código Penal, y la relación que tras cada reforma han mantenido con otras figuras del sistema penal.

Comenzaré el estudio normativo por los antecedentes del tipo cualificado en nuestro anterior Código Penal, para acabar describiendo los tipos cualificados por la pertenencia a una organización hoy vigentes en nuestro derecho punitivo.

3.1 Decreto número 3096/73, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Código Penal conforme a la Ley 15 de noviembre de 1971.

En el párrafo tercero del artículo 344⁴³ redactado en virtud del Decreto Número 3086/73, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Código Penal conforme a la Ley de 15 de noviembre de 1971, encontramos el antecedente más inmediato de los tipos cualificados por la pertenencia a una organización. No en vano el legislador de 1973 ya tuvo plena

⁴³ Art.344 del Código Penal: *“Los que ilegalmente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, de drogas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso, serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas.*

El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial.

Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en grado, según proceda.

En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se ejecuten en establecimientos públicos, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de un mes a un año.

Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo, producirán ante los españoles los mismos efectos que las de estos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este código.”

conciencia de que en el ámbito de la comisión de delitos contra la salud pública, podían darse elementos fácticos que pudieran hacer merecedor a un concreto hecho delictivo de una pena superior a la prevista con carácter general para el tipo básico, a los que incluía en la expresión *casos de extrema gravedad*. Con todo, no tuvo el acierto de concretar qué circunstancias del culpable y del hecho serían las que acarrearían una mayor pena ⁴⁴, estableciendo de esta manera un verdadero tipo cualificado abierto de difícil encaje con el principio de legalidad penal, ulteriormente consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española de 1978.

3.2 Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, que introduce por primera vez la circunstancia específica de pertenencia a una organización en el párrafo segundo del artículo 344 ⁴⁵, indicaba que éste venía a sustituir al antiguo

⁴⁴ Excepción hecha, claro está, de la circunstancia de ejecutarse el hecho en establecimiento público.

⁴⁵ Art. 344 del Código Penal: *“Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos.*

Se impondrán las penas superiores en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se difundan entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o en centros penitenciarios, cuando el culpable pertenezca a una organización que tuviera como finalidad difundirlas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia.

Si los actos anteriores fueren realizados por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial. La sanción del facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes.

En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuere parcialmente, a los fines del párrafo primero, los Tribunales, además de imponer la pena superior en grado, podrán decretar alguna de las medidas siguientes:

a- Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.

b- Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses a un año.

c- Prohibición de la empresa o sociedad de realizar, actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.

párrafo *tercero desglosando las circunstancias en que la pena debe reducirse y aquellas en que debe expandirse*, sin duda en un esfuerzo por ajustar el citado precepto a las nuevas exigencias constitucionales, finalidad que, como se verá, sólo se cumplió de forma parcial.

De la Ley Orgánica que introduce en nuestro ordenamiento penal la figura agravada por la pertenencia a una organización me interesa, antes que nada, advertir tres cuestiones que, en mayor o menor medida, dificultaron desde su origen la comprensión de la figura que tratamos.

La primera, se refiere a la forma en la que accede el tipo cualificado al ordenamiento punitivo; estamos ante una Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal que, en definitiva, viene a subsanar errores técnico-legislativos que venían arrastrándose desde la aprobación del texto refundido de 1973.

Esta circunstancia, cuando menos, nos debe prevenir sobre la calidad técnica de las soluciones introducidas por la citada Ley y, muy especialmente, sobre la armonía y cohesión de las mismas con el resto de las figuras que conforman el ordenamiento penal

La segunda cuestión, muy ligada a la anterior, se refiere a la falta de cualquier referencia explícita, tanto en la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica como en los debates parlamentarios que la precedieron, al bien jurídico específico al que se quería dar protección mediante el tipo cualificado que nos ocupa, omisión que, por cierto, no ha sido suplida en derecho interno sino hasta fechas muy recientes.

La tercera cuestión que merece observarse es la ausencia de una norma descriptiva de la figura central del tipo, es decir, la ausencia de una definición legal del concepto de organización utilizado por el legislador en la formulación lingüística del tipo. De ahí que, durante varias décadas, fuera finalmente la jurisprudencia quien asumiera la labor de dotar al citado término de un contenido semántico propio y válido en el ámbito del derecho penal, sin que —a decir verdad— podamos afirmar todavía que contemos con un concepto lo

Cuando algunas de estas medidas fueran aplicadas, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de estos, en cuanto lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este código.”

suficientemente preciso y definido como para satisfacer las exigencias del principio de legalidad o para delimitar correctamente la figura de la organización por oposición a otras figuras afines del mismo sistema.

Advertidas las anteriores cuestiones, me centraré a continuación en la configuración del tipo cualificado y la modificación de las consecuencias punitivas que, en el ámbito de los delitos contra la salud pública, se derivaron de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/83.

Con respecto al tipo cualificado, observar que el legislador quiso darle al mismo una configuración subjetiva que, como regla general, se ha venido manteniendo hasta nuestros días. Frente a la opción técnico legislativa de activar el tipo cualificado cuando el hecho se hubiera cometido en el ámbito de una organización (configuración objetiva)⁴⁶, el legislador ha optado por activar el tipo básico cuando el culpable pertenece a una organización que tiene por finalidad la realización del tipo básico (configuración subjetiva), siendo necesaria, en consecuencia, un concreto tipo de relación entre el culpable y la organización: la pertenencia.

Luego el nexo con la organización no son las circunstancias del hecho - que éste se haya producido en el ámbito de la organización-, sino las circunstancias del sujeto -que éste pertenezca a la organización.

Esta configuración subjetiva plantea, en principio, dos problemas teóricos. El primero, qué pasa cuando el culpable por una parte realiza el tipo básico, y por otra pertenece a una organización, pero no se puede relacionar la concreta realización del tipo básico con la organización, es decir, no se puede afirmar que ese concreto delito se haya cometido a través de, por medio o en el marco de la organización a la que pertenece el culpable. El segundo, el criterio o criterios en base a los cuales podremos afirmar la pertenencia de un sujeto a una concreta organización, presentándose dos opciones sobre las que habremos de volver más adelante, un criterio orgánico, por el que se asimilaría pertenencia a integración en una estructura, y un criterio funcional, por el que se asimilaría pertenencia a concreta participación material o intelectual en el tipo cualificado.

⁴⁶ En la configuración objetiva, –salvadas las exigencias del principio de culpabilidad– sería aplicable a todos los autores y partícipes que hubieran tomado parte en la realización del tipo básico, con independencia de cual fuera su relación concreta con la organización en cuyo marco se comete el delito,

Expuesta la anterior consideración general sobre el tipo, y entrando ya en aspectos concretos del mismo, es curioso observar cómo el artículo 344 distinguía ya en su párrafo cuarto los supuestos en los que el culpable simplemente perteneciera a una organización, de aquellos otros en los que el culpable tuviera la condición de jefe, administrador o encargado. Sin embargo, a estos últimos no les aplicaba una pena superior con respecto a los primeros, sino que dicha distinción tan sólo servía para poder aplicar a la organización alguna de las medidas enumeradas en el citado párrafo. De esta manera, si durante el proceso no se hubiera podido acreditar la condición de jefe, administrador o encargado de al menos uno de los culpables, no podían ordenarse en sentencia medidas como, por ejemplo, la clausura de locales, o suspensión de actividad ex artículo 344.4. del Antiguo Código Penal, puesto que la imposición de éstas aparecía condicionada expresamente a la condición de jefe, administrador o encargado de -al menos- uno de los culpables.

Se introducía en el mismo párrafo cuarto una precisión en cuanto a la actividad ilícita de la organización, consistente en que la organización se dedicara a la difusión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque fuera parcialmente, previsión (la de la parcialidad) que no se consignaba expresamente en el párrafo segundo del citado precepto, en el que el legislador se limitó a utilizar una fórmula que en principio admitía -salvo interpretación sistemática- defender la exclusión del tipo cualificado de aquellas organizaciones cuya finalidad principal fuera distinta a la difusión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Significativa resulta, finalmente, la equiparación entre el concepto penal de organización y los conceptos mercantilistas de empresa y sociedad, que el legislador parecía establecer en el apartado c) del repetido párrafo cuarto del artículo 344.

Con respecto a las consecuencias punitivas que en el ámbito de los delitos contra la salud pública acarreó la introducción del tipo cualificado que tratamos, podemos afirmar que su irrupción en el sistema supuso, en definitiva, exceptuar el tipo básico previsto en el artículo 344 del Código Penal del régimen general concursal que para el resto de delitos regía con respecto al delito de asociación ilícita ex artículo 173.1 del Código Penal.

Con anterioridad a la Ley Orgánica 8/83 de constante referencia, cuando el culpable de la comisión de un delito pertenecía además a una asociación que tuviera por objeto cometer algún delito, esto es, a una asociación ilícita ex

artículo 173.1, se acudía a las normas correspondientes al concurso de delitos, imponiéndole:

- O bien acumulativamente la pena prevista para el delito cometido más la pena prevista para el delito de pertenencia a una asociación ilícita, según fuera fundador, director, presidente o miembro activo, cuando se trataba de un concurso real de delitos (art. 69 del Antigo Código Penal).
- O bien la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos, cuando se trataba de un concurso medial de delitos (art. 71 del Antigo Código Penal).

Las consecuencias penológicas derivadas de la entrada en vigor de la repetida Ley Orgánica 8/83 de 5 de junio, fueron notables. Así, la pena máxima resultante de aplicar el tipo cualificado era significativamente más grave que la resultante de apreciar un concurso real o medial entre un delito contra la salud pública y un delito de pertenencia a una asociación, a excepción del supuesto de la pena a aplicar a un fundador, director o presidente de una organización dedicada al tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, cuando podía apreciarse un concurso medial entre la pertenencia a una organización y el repetido delito contra la salud pública, en cuyo caso la máxima pena privativa de libertad posible era idéntica en ambos casos: 6 años.

Esa identidad entre ambas penas respondía a que la citada Ley Orgánica no preveía un tratamiento penológico distinto para los simples miembros activos y los jefes, administradores o encargados de una organización.

3.3 Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas.

Desde una perspectiva formal, podemos afirmar que la Ley Orgánica 1/88 supuso una mejora sistemática en la configuración de los tipos

cualificados, puesto que añade un nuevo artículo, el 344 bis a)⁴⁷, que recogerá todas las circunstancias cualificadoras del tipo básico descrito en el artículo 344, otorgando a las mismas una ubicación sistemática propia.

Fue también el primer texto legal que estableció un tipo cualificado por la pertenencia a una organización para un delito distinto al entonces descrito en el artículo 344 del Código Penal, iniciando así el proceso expansivo en la utilización de esta clase de tipos cualificados al que hemos asistido en las dos últimas décadas, mediante la introducción de un nuevo artículo, el 546 bis f.⁴⁸

Desde una perspectiva material, esta Ley modifica el ámbito de aplicación del tipo previsto en el 344 bis a) 6 con respecto al descrito en el antiguo 344, ampliándolo a las organizaciones de carácter transitorio, y aquellas que tuvieran como finalidad difundir drogas o sustancias estupefacientes aun de modo ocasional, notas que, como sabemos, han perdurado casi hasta nuestros días.

⁴⁷ Art. 344 bis a) del Código Penal: “Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior:

1. Cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos o se introduzcan o difundan en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares o en establecimientos penitenciarios.
2. Cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.
3. Siempre que fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.
4. Cuando las citadas sustancias o productos se faciliten a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.
5. Cuando las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud.
6. Cuando el culpable pertenezca a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.
7. Cuando el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador.”

⁴⁸ Art. 546 bis f) del Código Penal. “El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas. Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.”

Sin embargo, al introducir la nota de carácter transitorio, el legislador asimiló dos figuras ópticamente distintas: la organización, asimilable, al menos en su naturaleza a una asociación ilícita, y por lo tanto punible de forma acumulativa al delito contra la salud pública que se hubiera cometido, y la organización transitoria, asimilable por su naturaleza a un acto preparatorio y, en consecuencia, de no haberse exceptuado mediante el tipo cualificado que tratamos, no punible *per se* una vez consumado el delito contra la salud pública, de forma análoga a cuanto históricamente ocurría con la figura de asociación transitoria para la comisión del delito de robo previsto en el artículo 513 del Antigo Código Penal⁴⁹.

Efectivamente, tanto la doctrina⁵⁰ como la jurisprudencia⁵¹ habían coincidido en considerar la asociación transitoria prevista en el repetido artículo

⁴⁹ Art. 513 del Código Penal: *“La mera asociación, aun transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo se estimará comprendida en el número segundo del art. 172”*

⁵⁰ MUÑOZ CONDE. *Derecho penal parte especial*. Cuarta edición. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1982. Pags. 227-228: *“Esta disposición del artículo 513 es muy parecida a la asociación ilícita que se castiga en el art. 172,2º (en realidad art. 173.1º, tras la reforma de 1980), al que se remite el precepto, pero no es tan superflua como cree la doctrina dominante, pues con agudamente ha puesto de relieve GARCÍA-PABLOS (la problemática concursal de los delitos de asociación ilícitas, en ADP, 1976, p.109 y ss) el art. 513 tipifica también la asociación transitoria, mientras que el art. 172 (173) se refiere a la asociación ilícita duradera no referida a un delito concreto. Por eso el art. 513 es más parecido a la conspiración del art. 4.1º, a la que sustituyó en la Ley de Seguridad del Estado, y al igual que todo acto preparatorio punible queda absorbida en el delito de robo si éste llega a efectuarse.”*

⁵¹ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1980:** *“CDO Que como antecedente de la distinción que se propugna conviene establecer las fronteras de la conspiración y asociación para el robo que bien pueden reconocerse en que la conspiración es mayormente acto único y singular constituido por el concierto entre dos o más personas para cometer un delito cualquiera con resolución de ejecutarlo, en tanto que la asociación que prevé el art. 513 del Código Penal, aun pudiendo ser sólo transitoria y proyectada para un sólo delito de robo, exige per se una cierta permanencia o asiento, en tanto que la conspiración es más fugaz y aun instantánea, y, de otra parte, esta mayor estabilidad del concierto propio de la asociación postula una mayor pluralidad de personas ligadas más íntima y solidariamente en el fin delictivo propuesto (tres o más personas dice el texto legal), lo que, a su vez, explica la posibilidad de distinguir entre directores (que en el caso serían los que planean el robo y asumen de algún modo la tarea de asignar la participación de los demás incluyéndose en todo caso los inductores), los miembros activos (que serían los miembros activos y los que actúan en cooperación necesaria) y los simples participantes (que se identificarían con los cómplices, únicos que restan en la escala de participación).*

CDO. Que el anterior esquema delimitador de conceptos afines, debe ser cuidadosamente aislado del principio de ejecución, de suerte que tanto la conspiración como la asociación para cometer el delito de robo, una vez puesto por obra el designio o comenzado de algún modo el iter criminis del delito propuesto quedarán absorbidas en el delito de robo intentado -SS de 22 de junio 1889, 15 de noviembre y 3 y 28 de diciembre 1948, 3 de octubre 1949, 8 de junio y 9 de noviembre 1973 y otras- a no ser que intentado o ejecutado el robo permanezca la asociación para reiterar nuevos delitos o que exista un

513 Antiguo Código Penal, como una figura asimilable a la conspiración del artículo 4.1º Antiguo Código Penal.

Adviértase, no obstante, como cuanto he dicho sobre el carácter transitorio de la organización y ocasional de la actividad ilícita, afecta exclusivamente al tipo cualificado previsto para los delitos contra la salud pública. No afecta, por tanto, a lo previsto con respecto al delito de receptación, sobre el que no versaba previsión alguna en relación al carácter transitorio o a la actividad ocasional, de tal manera que podemos afirmar que la diversidad descriptiva y material en la configuración de los tipos cualificados por la pertenencia a una organización ha sido consustancial en nuestro derecho penal a la expansión normativa

Desde una perspectiva penológica, tuvo el acierto de otorgar un tratamiento punitivo distinto a los jefes, administradores o encargados de las organizaciones mencionadas en el número 6º del artículo 344 bis a)⁵², previendo para los mismos la pena superior en grado a la prevista en el citado artículo. Crea así un tipo cualificado de segundo orden, corrigiendo el error en el que incurrió el legislador de 1983, tal como se reconoce en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/88 de 24 de marzo:

“No obstante, ese incremento del rigor penal se efectúa desde el respeto al elemental principio de justicia de tratar de manera distinta aquello que es diferente. De esta forma, la nueva regulación penal de estas conductas pretende acomodarse a una estructura piramidal, en cuya base se sitúan las que podrían considerarse como conductas de tráfico ordinario, ocupando la cúspide la incriminación de aquellos hechos que, sin duda, poseen la mayor capacidad lesiva de los bienes jurídicos objeto de tutela penal, esto es, las acciones de los responsables de organizaciones dedicadas al narcotráfico.”

conspirador (o asociado) que no tomó parte en la ejecución –S.de 3 de marzo de 1969-, respecto del cual permanecerá viva la imputación por el delito antecedente.

⁵² Artículo 344 bis b) del Código Penal: *“Los Tribunales impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior cuando las conductas definidas en el mismo fueren de extrema gravedad, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones mencionadas en su número 6.º. En este último caso, así como cuando concurra el supuesto previsto en el número dos del artículo anterior, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes: a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público. b) Suspensión de las actividades de la organización o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo de seis meses a tres años. c) Prohibición a la misma de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.”*

Tras esta reforma del Código Penal, quedaban perfectamente armonizadas las penas a aplicar en el ámbito de los delitos contra la salud pública, cuando se aplicaba el tipo cualificado de la pertenencia a una organización, con respecto a las penas que se venían aplicando con anterioridad a la reforma, acudiendo al concurso real o medial de delitos: en cualquier caso, el tipo cualificado suponía siempre un aumento penológico significativo.

Sin embargo, no podemos olvidar que la citada Ley Orgánica 1/88 introducía el tipo cualificado por la pertenencia a una organización en los delitos que en su exposición de motivos denominaba de “blanqueo” de dinero. Lo hacía mediante la previsión contenida en el párrafo segundo del art. 546 *bis g* del Código Penal, previsión en la que, pese a la literalidad de la exposición de motivos que parcialmente hemos reproducido, no se contemplaba mayor pena para los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones.

Luego la Ley Orgánica 1/88 incurría en una grave contradicción interna, toda vez que, por una parte, venía a solucionar la identidad de las penas previstas para los jefes, administradores o encargados de organizaciones que traficaran con drogas o sustancias estupefacientes que no causaran grave daño para la salud pública, en aquellos casos en los que podía apreciarse un concurso medial entre el delito de asociación ilícita y el delito contra la salud pública, y las penas previstas por el tipo cualificado recogido en el art. 344 de la Ley Orgánica 8/83, pues en ambos casos correspondía una pena máxima privativa de libertad de 6 años.

Pero por otra parte, creaba una nueva identidad en sede de los delitos de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación, pues el legislador de 1988 cometía en la configuración del tipo agravado por la pertenencia a una organización dedicada al blanqueo de dinero el mismo error que había cometido el legislador de 1983 y que reconocía y rectificaba en la propia Ley Orgánica 1/88: no respetar el elemental principio de justicia de tratar de manera distinta aquello que es diferente, estableciendo una pena para los simples miembros de las organizaciones delictivas, y otra para sus jefes, administradores y encargados.

De hecho, tal como ocurriera en materia de delitos contra la salud pública, el legislador tuvo que subsanar esta omisión, siendo que hoy el artículo 302 del vigente Código Penal, que sustituye las previsiones contenidas en el 546 *bis g* del antiguo Código Penal, establece esa diferencia penológica.

Con todo, del análisis conjunto de la Ley Orgánica 8/83 y 1/88, y atendidos los argumentos que explican la identidad de penas que provoca la última de las Leyes citadas, cabe concluir que la finalidad originariamente perseguida por el legislador al introducir el tipo agravado por la pertenencia a una organización, fue la de incrementar la pena por la comisión de los hechos que constituyen el binomio tráfico de drogas + pertenencia a una organización, que, hasta ese momento, sólo podían ser penados reconduciéndolos al binomio tráfico de drogas + pertenencia a una asociación.

3.4 Ley Orgánica 8/1991, de 23 de diciembre, sobre modificación en materia de tráfico de drogas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su artículo primero⁵³, la Ley Orgánica 8/1992 que ahora nos ocupa, incorporaba al artículo 344 *bis a*) tres circunstancias nuevas, de las que me interesa principalmente la octava, por cuanto el legislador reconocía implícitamente la existencia de otras actividades delictivas organizadas, o, lo que es lo mismo, de organizaciones dedicadas a delitos distintos a los descritos en el artículo 344 del anterior Código Penal, pero a las que, sin embargo, el legislador no vinculaba ningún tipo específico.

El resultado final resultaba cuando menos curioso. Se daba relevancia penal a la participación en actividades delictivas organizadas distintas a las descritas en el artículo 344 y, debe entenderse, por aplicación del principio *ne bis in idem*, a las descritas en los distintos tipos básicos que tras la reforma de 1992 contemplaban un tipo cualificado por la pertenencia a una organización, a condición de que, además, el participante en dichas actividades fuera culpable de un delito tipificado en el repetido artículo 344 anterior Código Penal.

Ni que decirse tiene que esta circunstancia 8ª representaba una complicación más en la exégesis del tipo específico que tratamos, pues

⁵³ Art. 1º. *Se incorporarán al artículo 344 bis a), del Código Penal, y a continuación de su texto actual, las tres siguientes nuevas circunstancias:*

8. *Cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas.*

9. *Cuando el culpable participare en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.*

10. *Cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados mediante menores de 16 años o utilizándolos.*

difícilmente podía justificarse a nivel axiológico y político criminal un tratamiento penal diferenciado a las organizaciones delictivas en función de cual fuera su actividad criminal.

Mediante la introducción del artículo 344 *bis j*)⁵⁴, la Ley Orgánica de constante referencia contemplaba ya una más grave punición para los jefes, administradores y encargados de las organizaciones dedicadas a delitos que en su exposición de motivos denomina de blanqueo de dinero.

Adviértanse, no obstante, dos particularidades. En primer lugar, un distinto tratamiento punitivo de las organizaciones dedicadas a la difusión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y de las organizaciones dedicadas a las actividades señaladas en los artículos 344 *bis g*) y 344 *bis i*): mientras que en el ámbito de las primeras se prevén penas superiores en uno o dos grados, en el ámbito de las segundas se prevén penas en su grado máximo o superiores en un grado.

Por otra parte, es de notar como en el ámbito de las organizaciones dedicadas a las actividades señaladas en los artículos 344 *bis g*) y 344 *bis i*), ninguna referencia se seguía haciendo a la transitoriedad de la organización o al carácter ocasional de su actividad.

4 Los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización en el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) y sucesivas reformas.

El Código Penal de 1995, aprobado por la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, sólo preveía la circunstancia específica de pertenencia a una organización asociada a las figuras de blanqueo de capitales, tráfico de drogas y tráfico de precursores, en los artículos 302.1⁵⁵, 369.6⁵⁶ y 371.2⁵⁷ respectivamente del Código Penal.

⁵⁴ Art. 344 *bis j*) del Código Penal: “En los supuestos previstos en los artículos 344 *bis g*) y 344 *bis i*) se impondrán las penas privativas de libertad en su grado máximo a las personas que pertenecieran a una organización dedicada a los fines señaladas en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

*En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial y las demás medidas previstas en el artículo 344 *bis b*).”*

⁵⁵ Art. 302.1. del Código Penal: “En los supuestos previstos en el artículo anterior, se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización

Sin duda alguna el rasgo más destacable de la comparación de los tres tipos cualificados, era el de su distinta configuración legal y el de sus diferentes consecuencias punitivas, así:

1- En el artículo 369 se equiparaba el tratamiento dado a la pertenencia a una organización y a una asociación; no así en los artículos 302 y 371.2.

2- En el artículo 369 se contemplaba expresamente que las organizaciones fueran de carácter transitorio, o que se dedicaran a la actividad ilícita de manera ocasional, no así en los artículos 302 y 371.2.

dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:

1-Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.

2-Suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos por tiempo no superior a cinco años.

3-Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.”

⁵⁶ Art. 369.6º del Código Penal: *“Se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando:*

6º. El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.”

⁵⁷ Art. 371.2 del Código Penal: *“El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que incluyan en otros futuros convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.*

2. Se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalado, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 370.”

3- En el artículo 369 se establecía la pena superior en grado para los culpables que pertenecieran a ese tipo de organizaciones, mientras que en los artículos 302 y 371.2, se establecían para los mismos la imposición de la pena prevista para el tipo básico en su mitad superior.

4- Para los jefes, administradores o encargados de las organizaciones señaladas en el artículo 369, se establecía en el artículo 370 la pena superior en dos grados a la prevista en el tipo básico. Para esos mismos responsables de las organizaciones referidas en los artículos 302 y 371.2, se establecía la imposición de la pena superior en un grado.

La inclusión del término asociación en la configuración del tipo cualificado suponía introducir una nueva dificultad a la hora de establecer las relaciones que en el seno del sistema penal pudieran tener las categorías de asociación ilícita, prevista en el apartado 1º del artículo 515, y de organización.

La literalidad del apartado 6º del artículo 369, resulta ciertamente ambigua cuando tratamos de fijar los términos de la disyuntiva *organización o asociación*; pues ninguna referencia se nos da sobre si la conjunción disyuntiva “o” relaciona proposiciones [El culpable perteneciere a una organización] o [El culpable perteneciere a una asociación] o sustantivos [organización] o [asociación].

En el primer supuesto resultaría que los términos organización y asociación designarían conceptos distintos, pues el tipo contemplaría tanto aquellos casos en los que el culpable pertenece a una organización, como aquellos a los que pertenece a una asociación; en el segundo supuesto, por el contrario, ambos términos designarían un mismo concepto al que podría llamarse, indistintamente, organización o asociación.

Sea como fuere, existen serios inconvenientes para aceptar cualquiera de las dos alternativas.

Así, a la idea de que la conjunción “o” relacione proposiciones y, por tanto, que los términos organización y asociación designen conceptos distintos, se le oponen las siguientes objeciones:

1- Admitido que una organización es, como mínimo, un tipo concreto de asociación, no tiene sentido que el legislador distinga entre una y otra para darles luego igual tratamiento penológico; pues cabría esperar que cuando el legislador distingue entre el género y la especie, es para dar a ésta un tratamiento distinto al de aquel.

2- Tampoco tiene sentido que en los tipos cualificados descritos en los artículos 302 (al igual que, posteriormente, en el artículo 318 *bis* 5) el legislador se refiera única y exclusivamente a las organizaciones, sin que la mayor pena prevista en los mismos sea de aplicación a aquellos casos en los que el culpable perteneciere a una simple asociación, pues no existe razón técnica, axiológica o político criminal capaz de justificar esta exclusión.

3- De la literalidad del artículo 371.2⁵⁸ del Código Penal parece desprenderse claramente que el legislador se refiere con el término organización tanto a las organizaciones como a las asociaciones.

Por el contrario, a la idea de que la conjunción “o” relaciona dos términos de igual contenido semántico, se le oponen las siguientes objeciones:

1- Constituye un grave error técnico legislativo la utilización en un mismo texto legal de dos términos distintos para designar un mismo concepto, pues es, a todas luces, una duplicidad innecesaria que contradice el principio básico de utilizar un solo *nomen iuris* para referirse a una misma realidad. En este sentido, resulta muy significativo que el legislador de 1995 no sustituyera en la formulación de los tipos cualificados el término organización por el de asociación, sino que conservando el primero añadiera el segundo, como si intentara dotar a la norma de un mayor ámbito de aplicación.

2- La asimilación expresa entre organización y asociación la constatamos sólo en sede de delitos cualificados, nunca en sede del delito genérico de asociación ilícita, donde sus preceptos se siguen refiriendo exclusivamente a asociaciones ilícitas, y nunca a organizaciones o asociaciones ilícitas de manera conjunta. (v.g. Art. 515; 517; 518; 519; 520 y 521 del Código Penal.).

3- Si las asociaciones ilícitas y las organizaciones son lo mismo, no se entiende por qué con respecto a la primera se consideran merecedores de una mayor pena los fundadores, directores y presidentes, y con respecto a las organizaciones, a los jefes, administradores o encargados.

⁵⁸ Art. 371.2 del Código Penal: “Se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.”

4- Por último, y aún sabiendo que no es éste un argumento concluyente, no podemos dejar de pensar que la figura de asociación ilícita es muy anterior a la irrupción social del fenómeno de la delincuencia organizada en su actual configuración, si bien este tema (el de la función político criminal de la asociación ilícita) lo veremos con más detalle en capítulos posteriores.

En definitiva, y sin miedo a equivocarme, puedo afirmar que el nuevo Código Penal, no sólo no acabó con la disparidad de criterios con los que se había formulado hasta el momento de su promulgación el tipo cualificado que tratamos, sino que , además, introdujo nuevos elementos de confusión en la labor exegética y dogmática.

4.1 Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de reforma del Código Penal.

Tras la promulgación del Código Penal de 1995, asistimos a una expansión normativa⁵⁹ de los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización, que han venido a agravar las penas previstas para tipos básicos de muy distinta naturaleza.

Sin embargo, el recurso a esta clase de tipos no ha ido acompañada ni de una aclaración axiológica, ni de una mayor definición de la función político criminal que estarían llamados a realizar, ni, sobre todo, de una mejora técnico legislativa en su configuración normativa.

Todo lo contrario, las sucesivas reformas, como veremos, no han respondido a un criterio común; ni siquiera mereció la atención en los respectivos debates parlamentarios la configuración y el fundamento de los tipos de constante referencia, sin que las distintas exposiciones de motivos de cada una de las reformas aporten mayor luz al jurista.

⁵⁹ Sobre la expansión del derecho penal, resulta muy expresiva SOUTO GARCÍA (SOUTO GARCÍA. <<La expansión del derecho penal: planteamiento del fenómeno, posiciones doctrinales y el delito económico como exponente de la expansión>>. *Revista de derecho procesal* - Núm.3-4. Noviembre 2009. Pag. 216). *“Así las cosas, y como consecuencia tangible de esa insistente demanda social ha tomado forma el fenómeno conocido en la doctrina como “expansión del Derecho penal” o efecto “Big Bang” en el Derecho penal. Las reformas a las que ha sido sometido en los últimos años el texto penal ponen de manifiesto que la política criminal que impera en este país tiende a la criminalización y que esta tendencia parece no tener fin¹³. La expansión se ha producido tanto cuantitativamente como cualitativamente, de forma tal que se ha ampliado el ámbito de aplicación del Derecho penal, a la vez que se ha optado por la agravación punitiva de tipos penales ya existentes.”*

Apenas tres años más tarde de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, la Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril, vino a ampliar el ámbito de aplicación de la circunstancia de pertenencia a una organización, a delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores previstos respectivamente en los artículos 187⁶⁰ y 189⁶¹ del Código Penal.

Como podemos comprobar, esta nueva reforma vino a acentuar la diversidad existente en la configuración de los tipos cualificados por la pertenencia a una organización, introduciendo dos artículos en los que, si bien se contemplaba el posible carácter transitorio de la organización o asociación a

⁶⁰ Art. 187 del Código Penal: “1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”

⁶¹ Art. 189 del Código Penal: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

a). El que utilizare a menores de edad o incapaces con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, para celebrar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.

b). El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de este, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su Estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal Estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las actuaciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.”

modo del artículo 369, no se contemplaba, sin embargo, la posibilidad de que dicha organización actuara de modo ocasional.

Tampoco se contemplaba, y esto sin duda era lo más llamativo, mayor pena para los jefes, administradores o encargados de las organizaciones de constante referencia, lo que separaba su tratamiento penológico del otorgado por el legislador de 1995 a los tipos contemplados en los artículos 302.1, 369.6 y 371.2

4.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La Ley Orgánica 4/2000, por su parte, en su Disposición Final Segunda, estableció la inclusión en el Código Penal de un nuevo Título, el XV *bis*, bajo la rúbrica de *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, donde se introdujo el artículo 318 *bis*⁶², en cuyo apartado 5 se prevé nuevamente la posibilidad de agravar la pena de la figura básica por la pertenencia del culpable a una organización.

Quizás el mayor problema que presentó esta Ley, por cuanto ahora nos interesa, vino causado porque modificaba también el artículo 515⁶³ del Código

⁶² Art. 318 *bis* del Código Penal: “Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.

En las mismas penas del apartado anterior y además en las de inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”

⁶³ Art. 515 del Código Penal: “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1º. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2º. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Penal (y los 517 y 518 para adaptarlos al mismo), introduciendo una nueva categoría de asociaciones ilícitas, en su nuevo apartado 6º que, en realidad, no era más que un caso concreto de la ya contemplada con carácter genérico en el apartado 1º. De hecho, el último de los apartados sería eliminado poco más tarde por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La nueva previsión del artículo 318 *bis*, -en virtud del principio de especialidad- parecía desplazar la aplicación de la figura de asociación ilícita ex artículo 515 1º del Código Penal, en aquellos casos en los que el objeto de la asociación consistiera en el tráfico ilegal de personas, máxime cuando el 318 *bis* mencionaba expresamente la pertenencia a una asociación en la descripción del tipo cualificado. Sin embargo, esta cualificación del tipo básico resultaba ser falaz puesto que, en realidad, podía suponer un tratamiento muy ventajoso para los fundadores, directores y presidentes de una asociación ilícita dedicada al tráfico ilegal de personas, con respecto a los mismos sujetos de asociaciones ilícitas dedicadas a cualquier otra actividad delictiva. Y ello porque mientras a los primeros se les podía aplicar una pena máxima de cuatro años y seis meses, o seis años, según fuera el caso, los segundos podían enfrentarse a unas penas de hasta siete y ocho años de prisión.

4.3 Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Esta nueva reforma afectó al artículo 318 *bis*⁶⁴, en concreto a las consecuencias punitivas contempladas en el mismo, toda vez que no tan sólo

3º. *Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.*

4º. *Las organizaciones de carácter paramilitar.*

5º. *Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión, creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza, nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.*

6º. *Las que promuevan el tráfico ilegal de personas.”*

⁶⁴ Art. 318 *bis* del Código Penal: “1.El que directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de cuatro a ocho años de prisión.

supuso un aumento notable de las penas inicialmente previstas, sino la introducción de un tratamiento diferenciado para los jefes, administradores y encargados de las referidas organizaciones o asociaciones, amén de la posibilidad de aplicar las medidas del artículo 129 del Código Penal, y la facultad potestativa de los Tribunales para imponer la pena inferior en grado.

Introducía también una nueva modificación en el artículo 515, concretamente en su apartado primero⁶⁵. Tendré ocasión de analizar con detenimiento el concepto penal de asociación ilícita. Basta con advertir ahora, a propósito de la reforma que tratamos, el problema exegético que plantea la exigencia de que aquellas asociaciones que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas, para ser consideradas ilícitas a los efectos de aplicación del artículo de constante referencia, deban cometer dichas faltas de forma organizada, coordinada y reiterada, como si -cuando menos las dos primeras exigencias- no fueran comunes a cualquier tipo de asociación ilícita,

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los apartados anteriores con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este código.

6. Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por este, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.”

⁶⁵ Art. 515 del Código Penal: “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.”

tanto a aquellas que tienen por objeto la comisión de delitos como a aquellas otras que tienen por objeto la comisión de faltas.

4.4 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, supuso una nueva expansión normativa en la previsión de los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización, junto a otros cambios de interés para nuestra investigación, que podríamos sintetizar en 6 puntos:

1- Introducción del tipo cualificado por la pertenencia a una organización, en sede de los artículos 271⁶⁶ y 276⁶⁷ del Código Penal.

2- Consideración expresa de la circunstancia de la pertenencia del culpable a una organización en los artículos 162⁶⁸, 262⁶⁹, 386⁷⁰ y 445⁷¹ del

⁶⁶ Art. 271 del Código Penal: “Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un periodo de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.

b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.

d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer esos delitos.”

⁶⁷ Art. 276 del Código Penal: “Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un periodo de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.

b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial.

d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.”

⁶⁸ Art. 162 del Código Penal: “En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este código cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.”

Código Penal, pero, incomprensiblemente, sin efectos agravatorios de la pena para el culpable, es decir, sin conformar un tipo cualificado *estricto sensu*, únicamente como engarce para la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 129 del Código Penal.

⁶⁹ Art. 262 del Código Penal: “1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no formar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio de remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por la Administración o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”

⁷⁰ Art. 386 del Código Penal: “Será castigado con la pena de prisión de ocho a once años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

1^º El que alterare la moneda o fabrique moneda falsa.

2^º El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.

3^º El que transporte, expendá o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

La tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquella y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación. El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendá o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicara a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este código.”

⁷¹ Art. 445 del Código Penal: “ 1 Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades, el Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este código.

2 Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este código.”

3- Modificación formal del artículo 369 del Código Penal, pasando el apartado 6º donde se prevé el tipo cualificado por la pertenencia a una organización, al apartado 2º, con idéntica redacción.

4- Y Ampliación expresa del ámbito de aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 del Código Penal, a los artículos 189⁷² y 302⁷³ del Código.

⁷² Art. 189 del Código Penal: “1 Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

a) *El que utilizare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.*

b) *El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o los poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*

2. *El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*

3. *Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado uno de este artículo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

a) *Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.*

b) *Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

c) *Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.*

d) *Cuando el material pornográfico represente a niños o incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.*

e) *Cuando el culpable perteneciere a una organización, aun de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

f) *Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.*

4. *El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.*

5. *El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su Estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal Estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de seis meses o multa de seis a 12 meses.*

Antes de abordar el actual planteamiento normativo de las categorías colectivas que encontramos en el vigente Código Penal, dibujado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, considero interesante abrir un paréntesis para estudiar el concepto penal de organización forjado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación de la normativa histórica que acabamos de ver.

Pienso que un conocimiento previo de tal concepto jurisprudencial nos ayudará a entender mejor la formulación legal y el significado de los nuevos términos de *organización* y *grupo criminal* que abordaré en el Capítulo IV.

6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este código cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”

⁷³ Art. 302 del Código Penal: “1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización o asociación, dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el decomiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:

a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este código.

b) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas.”

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO PENAL DEL TÉRMINO ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1 Introducción.

Desde que la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, introdujera el término *organización* en el Código Penal, el Tribunal Supremo –a falta de una interpretación auténtica- ha ido perfilando hasta nuestros días el valor semántico que en el ámbito del derecho punitivo debe dársele al vocablo.

Esta labor exegética no ha sido una trayectoria lineal. Un análisis sincrónico nos muestra que, en diferentes momentos, han concurrido definiciones significativamente distintas. Una aproximación diacrónica, por su parte, nos permite afirmar una indudable evolución jurisprudencial, no sólo en la definición del concepto, sino –como trataré de argumentar- en los presupuestos subyacentes a la interpretación jurídica.

2 El significado común del término *organización* en lengua castellana.

En lengua castellana el vocablo *organización* admite dos acepciones distintas.

La primera acepción, que podríamos llamar dinámica o funcional, puede ser definida según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *como la manera de estar dispuesta una cosa para algo*.

En este sentido, el término *organización* no se refiere a la entidad organizada en sí misma considerada, sino a su funcionamiento; así, v.g. podremos decir que una empresa tiene una buena organización cuando tiene un método de trabajo ordenado y racional para llevar a buen término su actividad.

La segunda acepción, que podríamos llamar orgánica, es la que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en ediciones anteriores a la vigésimo segunda, definía *como un conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado*.

Ahora el término *organización* deja de referirse al funcionamiento para designar a la entidad organizada en si misma; así, v.g. podemos decir de una

determinada organización va a tener más o menos beneficios que el año pasado.

Luego el significado de esta segunda acepción quedaba configurado a partir de tres caracteres:

- Un elemento subjetivo, consistente en el *conjunto de personas* que forman la organización.
- Un elemento instrumental, consistente en los *medios adecuados* con los que cuenta la organización.
- Un elemento teleológico, consistente en *el fin determinado* perseguido por la organización.

En la profunda y extensa labor de actualización llevada a cabo por la Academia en la vigésimo segunda y última edición de su diccionario, la definición del término *organización* ha sido modificada, entendiéndose ahora como la *asociación de personas reguladas por un conjunto de normas en función de un determinado fin*.

Luego los caracteres que ahora configuran el significado de esta segunda acepción del término son los siguientes:

- Un elemento subjetivo, consistente en la *asociación de personas*.
- Un elemento normativo, dado por la exigencia de que las *personas sean reguladas por un conjunto de normas*.
- Un elemento teleológico, consistente en el *fin* de la organización.

La diferencia conceptual que expresa una y otra definición no es baladí. En la primera, la distinción entre un conjunto de personas que actúa encaminadas a un determinado fin y una organización propiamente dicha, recaía sobre el elemento instrumental.

Ahora, por el contrario, esa distinción recae en la manera específica mediante la que se vinculan, relacionan y actúan los sujetos que forman la organización, es decir, sobre el elemento normativo.

La estimación de los criterios subjetivo y teleológico no presenta dificultad alguna, puesto que pueden ser objetivamente constatados.

Más dificultosa es la estimación del elemento normativo desde el momento en que aceptamos, como presupuesto antropológico, que en todo conjunto de personas que actúa encaminado a un determinado fin pueden determinarse, por mínimas que sean, un conjunto de reglas de ordenación interna y de actuación externa.

En último término, la determinación del elemento normativo presupone una valoración por parte del sujeto hablante, en la medida en que debe ponderar si las normas que regulan cada uno de los distintos grupos, tienen suficiente entidad y relevancia para justificar la designación del mismo mediante la voz *organización*.

En consecuencia, el hecho de que una determinada categoría colectiva pueda ser o no designada con el vocablo que nos ocupa, dependerá en último término de esa valoración subjetiva, y permitirá abarcar en su seno realidades extremadamente dispares tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

De ahí que, desde un punto de vista semántico, podamos hablar de un término vago, es decir, de un vocablo con un alto nivel de imprecisión objetiva.

3 Presupuestos exegéticos del significado jurídico del término *organización* y su evolución jurisprudencial.

Que los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización, o que el propio concepto de organización que aparece en el artículo 570 *bis* del Código Penal se encuentran vinculados al fenómeno de la delincuencia organizada y que, en consecuencia, sólo desde este referente metajurídico puede interpretarse el término, es hoy una opinión pacífica. Sin embargo no ha sido fácil llegar hasta ella. De hecho, el Tribunal Supremo pareció obviar durante todo el siglo pasado esta vinculación en su labor exegética, cuando no la negó explícitamente.

3.1 La interpretación extensiva del término *organización* en la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo. (1983 a 2000).

El Tribunal Supremo, amparándose en el deficiente marco referencial ya descrito y en la elasticidad propia del término que analizamos, optó en un principio por una interpretación amplia del sustantivo, adoptando prácticamente su significado común en lengua castellana.

El principal motivo que condujo a esa posición, fue sin duda la opción previa de desvincular los tipos cualificados que estamos tratando, del fenómeno de la delincuencia organizada.

Así la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 2000**, todavía afirma, haciéndose eco de la jurisprudencia forjada en décadas anteriores, lo siguiente:

“[...] La delincuencia organizada puede servirse de una o varias organizaciones, pero no se confunde con ellas en el sentido estricto del subtipo agravado del artículo 369 6º del C.P. Es un a superorganización con más fuerte y evolucionada estructura y vocación de permanencia [...]”

Esta idea, aunque sólo recientemente recogida de forma explícita, late a lo largo de la línea jurisprudencial descrita por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y tiene una consecuencia inmediata: si en el orden político criminal se desvincula el fenómeno de la delincuencia organizada de la agravante específica de pertenencia a una organización, el fundamento de ésta, es decir, la razón por la cual esta circunstancia comporta un incremento de la pena, debe justificarse por motivos distintos a los que explican la mayor gravedad de la delincuencia organizada con respecto a otros tipos de delincuencia. Estos motivos no son otros, lo veremos detenidamente en su momento- que su capacidad para poner en peligro al Estado Social y Democrático de derecho.

En este primer momento, sólo en puntuales ocasiones el Tribunal Supremo parecía acercarse a la tesis contraria, aunque nunca haya sido consecuente con las exigencias dogmáticas que de ella se derivan. En este sentido, podemos destacar la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1991**, en cuyos fundamentos de derecho sostiene:

*“[...] es claro que la organización, **en el sentido de delincuencia organizada**, requiere, como lo dice la Audiencia, un mínimo nivel cultural e inteligencia en los que toman parte de ella, pero sólo en los que planean la estructura organizativa. En los niveles subordinados sólo es necesaria la capacidad para comprender que se toma parte en una actividad de aquellas características.”*

De hecho, el Tribunal Supremo mantenía un fundamento de la agravante específica de pertenencia a una organización en idéntico sentido y parecida literalidad a la que pudimos leer en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 24 de marzo de 1988, cuando se refería a la “mayor capacidad lesiva de los bienes jurídicos objeto de tutela penal” que la pertenencia a una organización comporta.

Desde el momento en que el Tribunal Supremo negaba esta vinculación, la clase de organizaciones designadas por el término jurídico, se ampliaba enormemente, pues ya no existía razón alguna para que sólo comprendiera a aquellas que comportaran el peligro inherente a la delincuencia organizada.

Si además consideramos que el fundamento de la agravante es la capacidad de la organización para lesionar el bien jurídico protegido en la figura básica, no porque cuente con importantes medios materiales y humanos que le permitan operar a gran escala, sino simplemente por su capacidad de supervivencia del propósito criminal -que prácticamente presumía el Tribunal Supremo- el concepto devenía aun más amplio, coincidiendo de facto con el significado extra-jurídico del vocablo.

Luego se entenderá porque el Tribunal Supremo estableció en su primera jurisprudencia un concepto enormemente amplio, capaz de comprender en su seno desde estructuras criminales complejas con capacidad de transporte transoceánico de sustancias estupefacientes a gran escala, hasta simples grupos familiares ubicados en el último escalafón de venta de droga al menudeo:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de Noviembre 1984: *“La voz organización como acción y efecto de organizar, como manera de estar dispuesto u organizado para algo, supone e implica, dentro de su **amplia definición**, una serie de **posibilidades muy diversas** en un amplio abanico de formas organizativas, por razón de la materia y del fin perseguido, por su ámbito y por su estructuración, **sin que sea permitido, en este ámbito penal, dar preeminencia a determinada forma o manera de organización, como absorbente exclusiva del concepto gramatical, en detrimento de otras**, lo que quiere significar que organización es, desde que dos o más personas esbozan o programan un proyecto o propósito, cualquier manera (mayor o menor, mejor o peor, más o menos solvente) de construir y desarrollar la idea preconcebida, y en este amplio sentido ha de comprenderse la alusión que a este concepto se hace en el artículo 344.2 C.P. sin que quepa, por tanto, exigir, como único supuesto del legislador, la organización perfecta en cuanto a medios materiales y personales.”*

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de abril de 1996: *“Es decir, que la doctrina jurisprudencial contiene en este sentido un amplio concepto definidor dentro de un gran abanico en el que caben todos los supuestos en los que dos o más personas programen el propósito de desarrollar una idea criminal aceptada y consensuada, fuera desde luego del mero concierto ocasional.”*

Ni que decirse tiene que esta amplia interpretación mantenida por el Tribunal Supremo suscitó dudas acerca de su constitucionalidad, por cuanto –

se dijo- pudiera ocultar un supuesto de aplicación analógica de la agravante de constante referencia a lo que no eran sino pequeños grupos mínimamente coordinados para llevar a término las actividades delictivas descritas en los distintos tipos básicos.

A nuestro juicio con buen criterio, el Tribunal Constitucional, en su auto de fecha 13 de octubre 1998, admitió la constitucionalidad de la interpretación realizada por la Sala Segunda, no sin antes sugerir que quizás una interpretación más restrictiva hubiera resultado más acorde con la finalidad de la figura:

Auto del Tribunal Constitucional de fecha 13 de Octubre 1998: *“De este modo y desde esta perspectiva el enjuiciamiento constitucional sólo cabe hablar, como lo hacen los solicitantes del amparo, de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando la aplicación de la norma sancionadora carezca de razonabilidad; haciéndose imprevisible para sus destinatarios, bien por su apartamiento del tenor literal del precepto bien por haberse utilizado pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente[...].*

Pues bien, la interpretación explicitada en el caso por los órganos judiciales no reúne ninguna de esas tachas; la misma presupone, claro está, una concepción amplia del concepto de <<organización>> y podrá discutirse cuanto se quiera sobre su conveniencia, pero desde la perspectiva constitucional, en la que necesaria y exclusivamente hemos de movernos, no puede hacersele reproche alguno. La subsunción realizada no es irrazonable ni fuerza el tenor literal del tipo penal agravado de que se trata. Ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo han rebasado los límites del art. 25.1 C.E. Entenderlo de otro modo supondría imponer desde esta sede a los órganos judiciales una determinada interpretación del artículo 344 bis a) 6º del hoy derogado Código Penal, que no es la única que ha posibilitado el legislador, al no definir que es lo que ha de entenderse por <<organización>> a los efectos del mismo.”

No obstante, aun cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este particular fue reiterada y constante durante varias décadas, no se encontró exenta de una fuerte crítica, incluso dentro del ámbito judicial.

En este sentido, cabe citar la posición de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Si bien es cierto que en los fundamentos jurídicos de las numerosas sentencias en las que tenía ocasión de tratar el tema, citaba y adoptaba formalmente la jurisprudencia dictada por la Sala Segunda, no lo es menos que se apartó expresamente de puntos esenciales de su doctrina, abogando por una interpretación restrictiva y un significado jurídico distinto al que le es propio en el uso normal del lenguaje:

Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de enero de 1998: “A los efectos de la apreciación de la agravante específica de pertenencia a una organización –art. 344 bis a) 6ª C.P.–, ésta constituye un elemento normativo que debe ser depurado por el intérprete en atención al fundamento material de la agravación, y **teniendo en cuenta el no instalarse en la interpretación extensiva para así respetar las exigencias de taxatividad fáctica.** [...] .En consecuencia, por organización, en el sentido del tipo penal, no puede entenderse el significado del término en el uso normal del lenguaje [...].”

Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 31 de diciembre de 1997: “ El alcance del tipo agravado por organización **ha de limitarse a supuestos de complejo criminal** que goza de una estructura jerárquica y que entra en contacto con el mundo de la producción a gran escala, con sus canales de adquisición, transporte, introducción en el país, venta a intermediarios, disponiéndose de vías frecuentemente transnacionales, no sólo para la distribución de la droga sino también para realizar inversiones destinadas al blanqueo de capitales.”

Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 24 de enero de 2000: “ (...) la simple reunión ocasional de medios y personas en relación consorcial con finalidad de traficar con drogas no integran el concepto jurídico que califica la acción (aun cuando estén “organizados” en sentido gramatical. (...)) Se puede objetar a lo hasta ahora dicho que la dicción literal del artículo en estudio conduce a afirmar lo contrario puesto que –a tenor de la misma- todos los supuestos en que dos o mas personas programan un proyecto para desarrollar la idea criminal en que sea perceptible una estructura jerarquizada y cierta permanencia integrarían el tipo objetivo del subtipo cualificado, como se deduce de que el referido precepto alude a “(...) organización o asociación incluso de carácter transitorio (...)” con finalidad de distribución de la droga aun de modo ocasional. **Sin embargo, a nuestro juicio, tal interpretación atiende sólo a la literalidad de las palabras de la Ley para, basándose en ellas, extender el sentido y alcance del precepto más allá de su espíritu y finalidad.** Según aquella interpretación el desarrollo de cualquier plan criminal en materia de drogas, que valla mas allá de la simple venta al “detalle” (menudeo), puede incardinarse en el subtipo referido. Dicho de otro modo, los partidarios de tal línea de pensamiento al acogerse a una interpretación literal (desechando la contextual, histórica legislativa, sociológica y teleológica ; art. 3.1 C.C.) hacen que, de facto, desaparezcan los supuestos de codelinuencia en materia de delitos contra la salud pública (...).”

Pero sin duda, la crítica más elaborada de la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia, se la debemos al voto particular formulado por los Exmos. Sres. Martín Pallín y D. Soto Nieto a la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 1996**, dictada en el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en causa seguida por un delito contra la salud pública, en la que el

Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la estimación de un Recurso por Infracción de Ley cuyo fundamento gravitaba, precisamente, en la interpretación que nos ocupa.

En síntesis, los magistrados discrepantes articulan su reflexión como sigue.

Tras recordar en el punto primero de su voto el sustrato fáctico de la sentencia, siguen en el punto segundo con una referencia expresa al fenómeno de la delincuencia organizada que, a partir de este mismo instante, preside la ulterior argumentación:

“1- El relato de hechos probados describe como el acusado anteriormente mencionado entregaba, cada día, droga a su suegra quien la distribuía en papelinas y las vendía personalmente o las entregaba a otros dos acusados para su venta. [...] Sobre este entramado fáctico la sentencia mayoritaria construye la agravante específica del art. 344 bis a) 6º del anterior C.P. y considera a Pablo como jefe de la organización aplicándole el art. 344 bis b) del mismo texto legal.

2- El desarrollo de la criminalidad organizada constituye un desafío a la capacidad del derecho penal para afrontar los complejos problemas que, desde el punto de vista político, sociológico y criminológico presenta su potencialidad lesiva.”

En el punto tercero, invocado ya el principio de proporcionalidad, recuerdan que la valoración jurídica entre un complejo criminal y un simple grupo criminal debe ser necesariamente distinta, de tal manera que desde una perspectiva axiológica y, en consecuencia, político criminal, resulta imposible un tratamiento unitario de ambas figuras, por lo que necesariamente debe proscribirse toda interpretación extensiva del término:

“[...] Las posibilidades agravatorias que ofrece el precepto deben ser aplicadas con gran cautela y con sentido de la proporcionalidad, sin desviar las previsiones del precepto hacia supuestos en los que solamente existe un mínimo sustento organizativo entre el que recibe la droga al por menor y, en concierto con otros, la distribuye para su venta en la calle en forma de papelinas.”

“En términos valorativos, es necesario distinguir entre el complejo criminal que goza de una estructura jerárquica y que entra en contacto con el mundo de la producción a gran escala, y el simple grupo criminal que actúa en el escalón inferior dedicando su esfuerzo a la venta callejera y a pequeña escala. Si aplicamos el subtipo agravado a estos niveles estamos desbordando las previsiones del propio legislador derivando la agravación

hacia supuestos en los que nos encontramos ante la manifestación de un fenómeno de codeincuencia o coparticipación delictiva.”

“[...] La distribución callejera que es el fenómeno que estamos abordando en el presente caso, no tiene una estructura claramente jerarquizada y carece del apoyo logístico que proporciona una verdadera organización en sus canales de adquisición, transporte, introducción en el país, venta a intermediarios, y que dispone además de unas vías, frecuentemente transnacionales, no sólo para la distribución de la droga sino también para realizar inversiones destinadas al blanqueo de capitales.”

Con todo lo cierto es que el Tribunal Supremo permaneció todavía varios años impermeable a las voces que abogaban por una interpretación más restrictiva del término, reservando la aplicación del tipo cualificado para aquellos supuestos de mayor entidad.

3.2 La interpretación restrictiva del término organización en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Iniciado el nuevo siglo se puede constatar un punto de inflexión importante, que supondría el abandono de un concepto amplio de del término organización, para decantarse por una interpretación restrictiva:

Así en el fundamento de derecho segundo de la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2002**, se abogaba ya por una interpretación restrictiva del término, abandonando la idea de que no era legítimo dar *preeminencia a determinada forma o manera de organización, como absorbente exclusiva del concepto gramatical*:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2002:
*“...esta Sala ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso cártel que opera internacionalmente como al grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad. Por ello, se ha dicho por esta Sala, **debe ser interpretada restrictivamente** para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica.”*

Tal parecer se ha mantenido desde entonces en la línea jurisprudencial que analizo:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de abril de 2011: *“En una reiterada jurisprudencia hemos declarado que para evitar una*

*desnaturalización de lo que se ha de ser entendido como ORGANIZACIÓN - dado el carácter ocasional y transitoria que se requieren para la agravación- esta Sala ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso cártel que opera internacionalmente como grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad. Por ello, se ha dicho por esta Sala, **debe ser interpretada restrictivamente** para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica.”*

Este cambio, como no podía ser de otra manera, fue consecuencia de un importante cambio de aproximación exegética, vinculando el término al fenómeno de la delincuencia organizada, llegando a afirmar de forma expresa esta vinculación en varias de sus resoluciones:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de mayo de 2006: *“Tiene declarado el Tribunal Supremo, como es exponente la sentencia 808/2005, de 23 de junio, que el Código no contiene una definición auténtica, previa y concreta, de los términos organización o asociación. No es definitiva, aunque puede **aportar alguna luz al esclarecimiento del concepto, la definición de delincuencia organizada que establece el artículo 282 bis de la L.E.Crim.** al tratar del agente encubierto.”*

En la actualidad, no cabe duda de que la jurisprudencia no solo no vincula la categoría normativa de organización que aparece en algunos tipos cualificados con la categoría criminológica de delincuencia organizada, sino que, además –como veremos-, su exégesis es consecuente con tal vinculación.

4 Las definiciones del término *organización* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis particular de las distintas notas semánticas.

El Tribunal Supremo ha intentado delimitar el contenido semántico del término *organización* mediante dos técnicas distintas que, a veces, conjuga en una misma sentencia.

En una línea jurisprudencial absolutamente minoritaria, alegando la imposibilidad de reducir el significado de este vocablo a *una fórmula conceptual genérica*, acude a la técnica que denomino de asociación paradigmática, mediante la cual se intenta explicar el significado de un vocablo a partir de un modelo o paradigma conocido por todos, de tal manera que se apreciará la

conurrencia de una organización en función de que cada caso concreto se asimile o no al modelo paradigmático. Exponente de esta primera técnica son las **Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 1991⁷⁴; 19 de enero de 1995⁷⁵, 5 de diciembre de 2006⁷⁶**, y la más reciente de fecha **27 de enero de 2009⁷⁷**, donde se toma como modelo el paradigma <<empresa>>⁷⁸, alineándose con una reiterada posición doctrinal⁷⁹.

⁷⁴ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 1991:** “Como es lógico, la concreción de las circunstancias relevantes a los efectos de la “organización” dependen particularmente de las circunstancias relevantes a los efectos de cada caso y es difícilmente reducible a una fórmula conceptual genérica, razón por la cual es preciso operar en la aplicación de este concepto mediante el método de ejemplos/regla.”

⁷⁵ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero 1995:** “Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una <<empresa criminal>>.”

⁷⁶ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2006:** “La organización, por lo tanto, es, en realidad, una agravante de segundo grado, que requiere una actividad de coordinación semejante a la de una empresa, aunque sea puntual y de pequeña entidad, pero cualitativamente diferenciable de la simple concurrencia de personas en el delito.”

⁷⁷ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2009:** “Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal”.

⁷⁸ Tal como nos recuerda BLAKESLEY (BLAKESLEY. <<Informe General. El Sistema penal frente al reto del crimen organizado.>> “*Interantional Review of Penal Law.*” Vol 69. Sainte Agne. France. 1998. Pags. 119-120) , el artículo 78ª del Código Penal Austriaco relativo a la “Kriminelle Organisation”, define este concepto, asimilándolo a una empresa, veámoslo en la traducción que tomamos del citado autor:

*“[...] Será penado quien cree una **asociación similar a una empresa** [que integre] un considerable número de personas [que exista por un largo] período de tiempo, o si participa en [tal organización] cuando:*

La intención del grupo está orientada, incluso aunque no lo sea de forma exclusiva, a la comisión repetida y planificada de delitos graves contra la vida y la integridad física, la libertad o la propiedad, o de delitos graves relativos a la explotación de la prostitución, tráfico de personas para la inmigración ilegal, tráfico ilegal de armas, de material radioactivo y nuclear, de residuos tóxicos, de moneda falsa o de drogas;

Si el grupo tiene como objetivo la obtención de productos a gran escala o devenir extremadamente poderoso económica o políticamente; y;

Si el grupo intenta [conseguir esto] por medio de la corrupción, terrorismo, o mediante una disciplina especial para protegerse contra la persecución.”

Tampoco la doctrina ha dudado en asimilar los conceptos de organización y empresa, así ZARAGOZA AGUADO, (ZARAGOZA AGUADO. “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas.”, in *Delitos contra la salud pública y contrabando*. Conejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 2000. Pág. 53.)

En su jurisprudencia mayoritaria, por el contrario, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha optado por utilizar una técnica descriptiva, consistente en determinar su significado mediante la atribución de toda una serie de notas semánticas.

Esta segunda línea jurisprudencia presenta el problema de su falta de uniformidad, pues resulta evidente que el Alto Tribunal no utiliza una sola fórmula descriptiva, sino varias, en las que van apareciendo y desapareciendo elementos y cuya comparación nos conduce fácilmente a las conclusiones propuestas por Jubert⁸⁰, recogidas muy recientemente por Faraldo⁸¹ cuando, citando al primero, mantiene:

al afirmar que *una de las primeras notas que caracteriza a la delincuencia organizada es la idea de empresa criminal.*

⁷⁹ BLANCO CORDERO. <<Criminalidad organizada y mercados ilegales>>. EGUZKILORE. Número 11. San Sebastián. Diciembre 1997. Pag. 216. *“Las asociaciones criminales se caracterizan en la actualidad por su elevada complejidad a nivel organizativo, que las convierte en auténticas empresas criminales, las cuales adoptan los modelos y estructuras desarrollados por el mundo de la industria y los negocios. Esto ha llevado a importantes autores a hablar de la “industria del crimen”, de “empresas criminales” y, dado su carácter transnacional, de “multinacionales del crimen”. La expansión de los mercados ilegales a nivel mundial ha influido profundamente en la estructura de los grupos de delincuentes organizados. Tales estructuras organizadas tienen ahora una orientación empresarial y capitalista. Las actuaciones de las organizaciones criminales se encuentran fundamentalmente dirigidas a la consecución de beneficios económicos. Esta orientación a la obtención de ganancias del crimen organizado se conecta con el “espíritu del capitalismo”, que ha inspirado e inspira a las sociedades y empresas mercantiles¹⁸. Se trata, por tanto, del predominio de la dimensión económica en la actuación de los grupos de delincuentes organizados. En este sentido, gran parte de su actividad está guiada por la finalidad de maximizar las ganancias.”*

En igual sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. <<Concepto. Caracterización del crimen organizado frente a otras formas de asociación para delinquir>>. <http://vlex.com/vid/oacute-crimen-organizado-delinquir-52184240>. Versión generada el 18 de junio a las 10:14. Pag. 10). *“Para manejar la complejidad de sus actividades, adoptan pues una estructura empresarial y capitalista y trabajan según criterios económicos. Esto es, con una planificación y división del trabajo racional y eficaz en orden a la maximización del beneficio. El delincuente organizado es un empresario, y la organización actúa como una auténtica empresa criminal, que asume los modelos y estructuras propias del mundo de la industria y de los negocios. Se habla de la <<industria del crimen>>, de <<empresas criminales>>, y, dado su carácter transnacional, de <<multinacionales del crimen>>.”*

⁸⁰ JUBERT. “Sobre el concepto de organización en el delito del tráfico de drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente

“En la jurisprudencia española se pueden encontrar hasta tres conceptos de organización, elaborados al hilo de la interpretación de las circunstancias agravantes mencionadas, en particular la prevista para los delitos de tráfico de drogas: <<uno restringido (concepto de organización propio), defendido por la sentencia de 12 de enero de 1995 [...], otro muy extenso (concepto de organización impropio), que asimila la organización a la coautoría, por ejemplo la sentencia de 1 de diciembre de 1992; y finalmente, otro intermedio (concepto de organización orientado a las consecuencias político-criminales), sostenido por las sentencias de 13 de marzo de 1995, 14 de febrero de 1995 y 3 de mayo de 1994.”

Y no les falta razón a estos autores si a la literalidad de las sentencias que proponen nos ajustamos:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 1995: *“[...] la organización[...] requiere ante todo que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de remplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando, al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren aunque ello está condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una <<empresa criminal>>.”*

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 1992: *“La organización ha de ser entendida en la amplia extensión de su concepto, abarcando todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto o propósito criminal para desarrollar un plan, una idea criminal, con múltiples posibilidades, con múltiples efectos, más o menos importantes o trascendentes. Una organización o un grupo, en suma, preconstituido para el delito, aunque alguno de sus miembros no intervenga en los actos directamente”.*

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de febrero 1995: *“La organización no es de apreciar como agravante por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución*

Excmo. Sr. Bacigalupo). “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995. Pags. 657 y sig.

⁸¹ FARALDO CABANA. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Tirant Monografías. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Pag. 251.

del hecho, tampoco puede confundirse con la coautoría o la coparticipación (sentencias de 8 de febrero 1993 y 23 diciembre 1991). La organización supone e implica todos aquellos supuestos (Sentencias de 3 de mayo 1994) en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de la idea criminal pero sin que sea preciso la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente. Este amplio concepto de la específica y concreta agravación acoge también a cuantos intervienen en ella, cualquiera el que fuere el momento en que se insertan en la misma o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos. Únicamente se ha de tener presente, para la vivencia del subtipo, que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional <<consoiciabilidad para el delito>>. Naturalmente que la organización, como en este supuesto acaece, va acompañada de una cierta jerarquización y, a la vez, una distribución de cometidos y tareas.”

Frente a esta disparidad, el Tribunal Supremo ha intentado armonizar las distintas definiciones de delincuencia organizada que hasta el momento nos había ofrecido, manteniendo que dicho concepto ha sufrido una evolución que había permitido ir afinándolo paulatinamente, hasta llegar al actual grado de concreción semántica. Así se pronuncia, por todas, en la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 20 de septiembre de 2006**⁸².

⁸² **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de septiembre de 2006:** “NOVENO En el motivo cuarto, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim (LEG 1882, 16), denuncia la aplicación indebida del artículo 369.6º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), pues entiende que no es aplicable la agravación por pertenencia a una organización .

Decíamos en la STS núm. 65/2006, de 2 de febrero (RJ 2006, 986) que «Hemos señalado, entre otras, en la STS núm. 759/2003, de 23 mayo (RJ 2003, 6378), lo siguiente: “Es cierto que no puede confundirse la organización a que se refiere el artículo 369.6º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, aunque ambos supuestos presenten rasgos comunes. El concepto amplio de organización contenido en la STS de 14 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3646), según el cual abarca ‘todos los supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto para desarrollar una idea criminal’, fue seguido por las STS núm. 937/1994, de 3 de mayo, STS núm. 210/1995, de 14 de febrero (RJ 1995, 818) y STS núm. 864/1996, de 18 de diciembre (RJ 1996, 8956), entre otras, que añadieron que no era precisa una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, destacando esta última que ‘lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional consoiciabilidad para el delito. Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización’. El concepto fue precisado en otras sentencias de esta Sala insistiendo en los elementos anteriores y completándolo con otras notas, como el empleo de medios idóneos (STS núm. 797/1995, de 24 de junio [RJ 1995, 4849], STS núm. 1867/2002, de 7 de noviembre [RJ 2002, 10073]); una cierta jerarquización (STS núm. 867/1996, de 12 de noviembre [RJ 1996, 9682]; STS núm. 1867/2002); la distribución de cometidos y una cierta supervisión (STS núm. 797/1995; STS núm. 867/1996; STS de 6 de

No tengo dificultad alguna en aceptar la clasificación tripartita propuesta por Jubert. Es cierto que albergo dudas sobre si las diferencias sustanciales que podemos observar en cada una de las definiciones responden a posiciones doctrinales distintas en el seno del Tribunal Supremo, conocidas e intencionadamente establecidas por los distintos ponentes, o si responden sólo a la aplicación del concepto a cada supuesto en concreto, acentuando las distintas circunstancias particulares de cada uno de los supuestos, pero sin ánimo de establecer fórmulas genéricas y polivalentes.

Sea como fuere, podemos afirmar que el Tribunal Supremo configura el concepto de “organización” a partir de ocho notas semánticas, a saber:

- Pluralidad de personas.
- Medios idóneos.
- Plan de actuación.

abril de 1998 [RJ 1998, 4017]); la continuidad temporal del plan más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelincuencia (STS núm. 936/1994, de 3 de mayo [RJ 1994, 3636]; STS núm. 797/1995; STS núm. 867/1996; STS de 6 de abril de 1998; STS núm. 964/1999, de 10 de junio [RJ 1999, 3887]); el empleo de medios de comunicación no habituales (STS de 8 de febrero de 1991 [RJ 1991, 975]). La mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión”.

En sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de julio de 2005, señalaba que “Como ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación y la existencia de personas coordinadas sin más no implica la pertenencia a la misma. La organización, a su vez, positivamente, puede abarcar todos los supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto o propósito para desarrollar una idea criminal, sin que sea precisa una ordenación perfecta, pero deben subrayarse las notas de estructura jerárquica y cierta permanencia (SSTS de 04/02 [RJ 1998, 1482], 07/04 [RJ 1998, 2406], 03 [RJ 1998, 10081] y 05/12/98, 10/03/00, 12/02/02 o 28/02/03 [RJ 2003, 2524].”

- Jerarquía.
- Distribución de tareas.
- Protección mutua.
- Ánimo de lucro.
- Vocación de Permanencia.

En mi opinión, estas ocho notas semánticas pueden reconducirse, para un estudio más sistemático de la figura que tratamos, a alguno de los elementos que aparecen relacionados en la columna de la derecha de la siguiente tabla:

TABLA	
Pluralidad de personas	Elemento personal
Medios idóneos	Elemento instrumental
Plan de actuación	Elemento normativo externo
Jerarquía-Obediencia Distribución de tareas Protección mutua.	Elemento normativo interno
Animo de lucro	Elemento teleológico
Vocación de Permanencia.	Elemento temporal.

Es necesario advertir que no en todas las sentencias aparece la misma relación de notas semánticas.

La jurisprudencia parece jugar de forma aleatoria con las ocho notas que he señalado, tomando varias de ellas al azar para conformar el concepto de organización en cada sentencia particular, siendo que gran parte de las resoluciones ni coinciden en los requisitos seleccionados ni en el número de ellos.

Ahora bien, esta falta de coincidencia no debe conducirnos a conclusiones precipitadas sobre el carácter prescindible de las notas omitidas. Su omisión puntual no puede equipararse llanamente con su negación como elementos esenciales de la organización, máxime cuando existe reiterada jurisprudencia que con expresiones como *“la jurisprudencia viene exigiendo...”* *“como presupuestos para su aplicación se han mencionado...”* *“la organización*

comporta...” “*implica en todo caso...*” o “*son requisitos que deben concurrir para la apreciación de la agravante*”, ha venido acentuando el carácter imprescindible de cada uno de estos semas.

Esta afirmación puede mantenerse incluso a la luz de la línea jurisprudencial establecida en las **Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio 1991⁸³; 4 de febrero de 1998⁸⁴ y 10 de junio de 1999.**

Una primera lectura de estas resoluciones, nos podrían inducir a pensar que la jurisprudencia distingue entre elementos no definidores y definidores, de tal manera que los primeros tendrían un carácter meramente complementario con respecto a los segundos cuya concurrencia, por sí sola, conformaría el contenido semántico irreducible del concepto “organización”.

A poco que ahondemos en la exégesis de estas líneas, nos daremos cuenta de que, a pesar de la ambigua redacción del texto, la correcta interpretación del mismo se aparta mucho del razonamiento sugerido en el párrafo anterior.

Efectivamente, la expresión *elementos definidores* está precedida de la partícula *tales*, pronombre demostrativo cuyo antecedente sólo puede ser los elementos inmediatamente relacionados (medios, tarea, jerarquización, tiempo y conexiones); de donde se sigue la identidad y perfecta coincidencia entre los elementos relacionados en la primera y en la segunda relación y, en consecuencia, que el calificativo de *elementos definidores* se refiere también a la primera relación de los elementos que acabamos de citar entre paréntesis.

⁸³ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 1991:** “ Normalmente no será posible probar cual sea la estructura interna de la banda, o los medios concretos con que cuenta, o la tarea que cada sujeto tenga encomendada, o la jerarquización que normalmente existirá, o el tiempo que lleve actuando, o las conexiones que haya entre sus diversos miembros, etc.

Ha de considerarse bastante con que quede de manifiesto por los medios de prueba utilizados la realidad de cada uno de **tales elementos definidores** (pluralidad de personas, coordinación entre ellas y una cierta duración o permanencia)”.

⁸⁴ **Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 1998 y 10 de junio de 1999:** “ Normalmente no será posible probar la estructura interna de la banda, o los medios concretos con los que cuenta, o la tarea que cada sujeto tenga encomendada, **o la jerarquización que ordinariamente existirá**, o el tiempo que lleve actuando, o las conexiones que haya entre sus diversos miembros, etc. Ha de considerarse bastante que quede de manifiesto por los medios de prueba utilizados la realidad de **cada uno de tales elementos definidores** (pluralidad de personas, coordinación entre ellas y una cierta duración o permanencia), aunque su concreción en el supuesto específico de que se trate no sea posible precisamente por el cuidado de todos los partícipes en no dejar huellas en su actividad delictiva.”

Advertido la anterior, me detendré ahora en cada uno de los elementos que aparecen en la columna derecha de la tabla anteriormente insertada.

4.1 El elemento personal.

Con respecto al primero de ellos, el elemento personal, centraré mi atención en tres aspectos concretos:

- a. La condición de pertenencia.
- b. El número mínimo de individuos que deben componer el elemento subjetivo de la organización.
- c. La fungibilidad de dichos individuos.

4.1.1 La condición de pertenencia.

No todo individuo relacionado con una organización puede ser considerado integrante del elemento subjetivo de la misma, única y exclusivamente puede ser tratado como tal el que pertenece a ella.

Ello nos obliga a fijar el concepto de pertenencia, o lo que es lo mismo, un criterio claro para determinar cuándo se pertenece o no a una organización.

La pertenencia de los jefes, administradores o encargados no presenta ninguna dificultad, son miembros cualificados de la misma. El problema se presenta en relación a los miembros no cualificados que en un determinado momento mantienen o pueden mantener una cierta relación con aquella.

El sustantivo *pertenencia*, etimológicamente derivado del vocablo latín *pertinere*, es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su acepción primera, como *relación de una cosa con quien tiene derecho a ella*, y en su acepción sexta, como *hecho o circunstancia de formar parte de un conjunto, como una clase, un grupo, una comunidad, una institución etc.*

A mi entender, la pertenencia puede ser abordada desde dos perspectivas distintas:

- a- Una perspectiva vinculativa, centrada en la naturaleza de la relación – vínculo- que une al individuo con una determinada organización.

b- Una perspectiva funcional, consistente en la actividad que realiza el individuo en el seno de la organización.

Necesariamente dichas perspectivas se entrelazarán mutuamente, pero su distinción nos permite comprender mejor la idea de pertenencia a las que nos remiten y en donde convergen ambas perspectivas.

En la inmensa mayoría de las sentencias dictadas en resolución de recursos de casación al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 369.6º del Código Penal, se cuestionó ante la Sala Segunda si el grupo constituye o no una organización. Sólo en contadas ocasiones se cuestiona la pertenencia del recurrente a la misma. Luego se entenderá que no sean muchas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el significado del término *perteneciere* utilizado por el legislador. Esta circunstancia determina, como veremos, que la doctrina del Tribunal Supremo sobre este particular sea mucho menos elaborada y clarificadora que la relativa al concepto de organización.

En aras a una mayor claridad expositiva, estudiaré el concepto jurisprudencial de pertenencia deteniéndome en cada una de sus perspectivas por separado.

Desde una perspectiva vinculativa, atendiendo a la naturaleza de la relación o vínculo que debe unir al sujeto con la organización para poder hablar de pertenencia a la misma, sorprende muchísimo que la jurisprudencia destaque como principal característica el carácter voluntario de ese vínculo, puesto que este factor puede predicarse también de cualquier otra forma de relación distinta a la de pertenencia (v.g. una relación de colaboración). Exponente de esta línea es la **sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio de 2001**⁸⁵.

⁸⁵ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio de 2001:** *“En el caso de autos ha quedado acreditado que los procesados Luis Francisco A. G., Martha M. E., Bibiana Jeaneth M. G., Gustavo de Jesús R. L., Jorge Eliécer G. A., Luis Angel R. M. y José Alirio V. A. formaban parte de una organización en la que concurren todos los requisitos expresados. Aparece una pluralidad de procesados concertados con el fin de realizar una actividad ilícita de tráfico de sustancias estupefacientes. Existe coordinación desde el momento en que esta actividad de los procesados abarcaba desde la introducción clandestina en España de cocaína base por medio de correos, hasta la recuperación y manipulación de la droga para convertirla en clorhidrato de cocaína y su posterior distribución entre terceras personas mediante su venta. Aparece la estabilidad de todos los procesados en esta actividad ilícita, llevando el laboratorio en funcionamiento por lo menos un mes antes de las detenciones de los procesados, pues en esa fecha cuando la policía tiene conocimiento de su posible existencia. Aparece la utilización de medios idóneos*

La perspectiva funcional ha primado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la vinculativa. Lo importante ha sido considerar la función que realizó cada acusado en el seno de la organización, antes que la naturaleza del vínculo que le unía a esta.

Si he de sistematizar la casuística existente en relación a la actividad que debe realizar un individuo para cumplimentar la pertenencia desde una perspectiva funcional, puedo afirmar que la jurisprudencia prácticamente ha considerado como regla general la pertenencia de todos cuantos tomaron parte en la ejecución del delito, exceptuando cuatro supuestos, a saber:

a- Cuando el individuo ha mantenido una relación externa de carácter mercantil con la organización, consistente por lo general en haber vendido o adquirido bienes o servicios ilícitos mediante el concierto de una operación comercial, en la que ha mediado pago de precio. Así en las sentencias de fecha 7 de diciembre de 2001⁸⁶ y 22 de julio de 2002⁸⁷.

para su actividad como es la utilización de un chalet para no llamar la atención, el empleo de tres vehículos, y la instalación en el chalet de un laboratorio de transformación de cocaína con todos los productos y utensilios necesarios, como son los productos químicos como el éter, hexano, ácido sulfúrico, hidróxido sodio, acetona y ácido clorhídrico, y como son la gran cantidad de recipientes, filtros, mascarillas, sustancias pulverulentas para la mezcla, rodillos de amasar, prensa hidráulica de quince toneladas, cinta adhesiva y diferentes tipos de moldes para la presentación final del producto, tal y como se ocupó por los agentes de policía en el interior del vehículo Citroën. Aparece un reparto de funciones pues los procesados Luis Francisco A. G., Martha M. E. y Bibiana Jeaneth M. G. proporcionaron el chalet para la instalación del laboratorio; el procesado Gustavo de Jesús R. L. se encargaba del cuidado y control del chalet y de proporcionar alojamiento en el mismo a los demás procesados, al tiempo que era la persona que se encargaba de llevar a otros procesados a locales comerciales para la adquisición de los productos químicos y los utensilios necesarios para la transformación de la droga; los procesados Luis Angel R. M. y José Alirio V. A. se encargaban de traer la cocaína base a España y participaban en su transformación en clorhidrato de cocaína; y el procesado Jorge Eliécer G. A. realizaba adquisiciones de los referidos productos químicos y utensilios en unión de Martha M., Gustavo de Jesús R. y Luis Angel R. y todos los procesados se dedicaban a la labor de transformación de la droga en el chalet. Todos los procesados declarados responsables eran conocedores de la existencia de la organización y todos aceptaron voluntariamente cooperar en las funciones señaladas en el tráfico ilícito que se realizaba.”

⁸⁶ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de Diciembre de 2001:** “Además, en conversaciones telefónicas que le conciernen, sólo se descubre que adquiriría la droga a alguno de los imputados que pertenecían a la red dedicada al tráfico, pero, en modo alguno, que fuera un miembro de ella”.

⁸⁷ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de Julio 2002:** “En primer lugar, porque este procesado no aparece integrado en la organización según la trama descrita en el <<factum>>. El Tribunal Provincial nos dice que Juan Ramón <<compraba la mercancía a Alexander para su posterior distribución a menor escala entre terceros consumidores>>, es decir, no parece pertenecer a la estructura organizativa sino lo que se refleja es ser cliente del citado pero no brazo del mismo y con funciones subordinadas.”

b- Cuando el individuo ha mantenido una relación de colaboración con la organización. Así en las sentencias de fecha 2 de abril de 1998⁸⁸ y 16 de junio de 2001⁸⁹. Este criterio ha sido igualmente adoptado por la Audiencia Nacional, por todas en la resolución de fecha 11 de enero de 2002⁹⁰.

c- Cuando el individuo ha mantenido una relación de cooperación con la organización, pero sin una asignación concreta de funciones, así en la sentencia de 5 de mayo de 2.003⁹¹.

d- Muy similar a la anterior, cuando el culpable sólo ha realizado una tarea preparatoria del delito, sin ninguna actuación en la ejecución del mismo. Así, en las sentencias de fecha 20 de julio de 2006⁹² y 27 de enero de 2009⁹³:

⁸⁸ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de Abril de 1998:** “Razona, además, la Sala sentenciadora su criterio al estimar que estos dos acusados sólo intervinieron ocasionalmente en una operación, no por razón de su «pertenencia» a la organización sino exclusivamente por razones de parentesco con quien sí se había integrado en la misma. Es de destacar que la norma legal **no utiliza la expresión «colaboración» con una organización o asociación destinada a la difusión de drogas**, sino «pertenencia» a la misma que equivale a ser miembro o integrante de la organización y conlleva algo más que la mera colaboración ocasional, aun cuando no sea precisa una integración formalizada.”

⁸⁹ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio de 2001:** “Sin embargo es de destacar, como señala la sentencia de 16 de octubre de 1998, que la norma legal no utiliza la expresión «colaboración» con una organización o asociación destinada a la difusión de drogas, sino **«pertenencia»** a la misma lo que equivale a ser miembro o integrante de la organización y conlleva algo más que la mera colaboración ocasional, aun cuando no sea precisa una integración formalizada.”

⁹⁰ **Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de enero de 2002.** “Por último, José R. V., realizó actos de transmisión de bienes a sabiendas de que éstos procedían del tráfico de drogas, aunque su integración en la organización no puede tenerse por justificada en el proceso. El tipo penal agravado del artículo 302 del Código Penal exige la pertenencia a una organización y en el caso del procesado sólo ha llegado a acreditarse un auxilio consciente a un integrado en la organización o, si se quiere, un auxilio a los fines de la organización, que no equivale a la integración (Tribunal Supremo, Sentencias de 16 de octubre de 1.998 [RJ 1998, 8079] y de 16 de julio de 2.001 [RJ 2001, 6498], referidas a la circunstancia sexta del artículo 369 del Código Penal, que, al igual que el artículo 302 del mismo Código, no utiliza la expresión “colaboración” con una organización, sino “pertenencia” a la misma), no siendo de apreciación el tipo agravado de organización.”

⁹¹ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de mayo de 2.003:** “Pues bien, partiendo de la doctrina expuesta en el precedente apartado y de los datos fácticos reflejados en los hechos probados y en el Fundamento Segundo de la sentencia referentes a Plácido, no se llega a la conclusión de que en la actuación de este concurren las notas configuradoras de la agravante específica de agravación en el delito de tráfico de drogas, al faltar el requisito expresado en la letra c) del precedente apartado, de que se encomienden a los partícipes agrupados unas ciertas y determinadas tareas o papeles, en cuanto al relato fáctico completado con los datos del Fundamento Segundo no revelan que a Plácido se le hubiera asignado una determinada y concreta función relacionada con la elaboración o la difusión de clorhidrato de cocaína, pues lo que se afirma en el relato de hechos probados es que “Plácido conocía la actividad que allí se desarrollaba y ayudaba a las tareas que los dueños de los productos le encomendaban” .

Integrando las dos perspectivas –vinculativa y funcional- en un solo concepto, podemos afirmar que el Tribunal Supremo entiende la relación de pertenencia conforme a la siguiente definición:

Relación establecida entre un individuo y una determinada organización consistente en la cooperación voluntaria de aquel en la actividad interna de ésta, mediante el desarrollo de una función concreta y específica, que supera el ámbito de la mera colaboración, y le confiere la condición de miembro o integrante de la misma.

En mi opinión este concepto es notoriamente insuficiente y, en cualquier caso, merecedor de una revisión desde sus mismos presupuestos teóricos.

Conviene advertir que de poco nos sirven los caracteres positivos ofrecidos por la Sala Segunda en su jurisprudencia: afirmar que la pertenencia equivale a ser miembro o integrante de una organización, como ocurre en la sentencia de fecha 21 de abril de 1988⁹⁴, no es resolver el problema, es formularlo de manera distinta, pues igual dificultad presenta determinar los

⁹² **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 2006:** *“No obstante, participaciones como la de este recurrente, generan otro problema. Se trata de saber si quienes sólo realizan una tarea preparatoria del delito, sin ninguna actuación en la ejecución del mismo y sin que conste que hayan participado del plan delictivo, deben también responder como miembros de la organización . La Sala entiende que no. La organización imprime mayor gravedad porque implica la concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones. Este elemento no se da en la adopción de papeles subordinados, definidos y coordinados por la organización . En el caso de los que sólo cooperan en un aspecto puntual y preparatorio, aunque sea importante, estos elementos no concurren. También aquí es preciso considerar la analogía estructural que existe entre la organización delictiva y la empresa. No forman parte de la empresa los que sólo hacen aportaciones puntuales. La Ley ha recogido esta idea al distinguir en materia de terrorismo entre integración en banda armada y colaboración con la misma (ver arts. 516 y stes. CP).”*

⁹³ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2009:** *“[...] pero el problema se plantea en lo relativo a sí quienes solo realizan una tarea preparatoria del delito, en el caso, contra la salud pública, sin ninguna actuación en la ejecución del mismo y sin que conste que hayan participado del plan delictivo, deben también responder como miembros de la ORGANIZACIÓN, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha entendido que no. La ORGANIZACIÓN imprime mayor gravedad porque implica la concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones; este elemento no se da en la adopción de papeles subordinados, definidos y coordinados por la ORGANIZACIÓN. En el caso -dice la STS. 20.7.2006 (RJ 2006, 8412) - de los que sólo cooperan en un aspecto puntual y preparatorio, aunque sea importante, estos elementos no concurren. Es preciso considerar la analogía estructural que existe entre la ORGANIZACIÓN delictiva y la empresa, no forman parte de la empresa los que sólo hacen aportaciones puntuales.”*

⁹⁴ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de abril 1988:** *“[...] <<pertenencia>>[...] equivale a ser miembro o integrante de la organización.”*

requisitos que deben concurrir en una relación para que esta pueda ser calificada como de pertenencia o como de integración.

La revisión crítica de este concepto jurisprudencial la articularé de nuevo distinguiendo las perspectivas vinculatoria y funcional. Ya indiqué como el Tribunal Supremo apenas si se pronunciaba desde la primera perspectiva y que, cuando lo hacía, era para establecer un criterio –voluntariedad del vínculo– que nada útil podía aportarnos.

Desde una perspectiva vinculatoria de la pertenencia, la clave consiste en determinar claramente la naturaleza de relación que conecta de forma penalmente relevante al individuo con la organización. Esa relación, para cumplimentar el tipo, deberá poder considerarse especialmente desvalorada con respecto a otro tipo de relaciones que de igual forma pudieran conectar al individuo con aquella pero que o bien no han sido consideradas por el legislador, o son merecedoras de menor pena.

Resulta obvio que el elemento vinculatorio relacionará necesariamente al individuo con alguno de los elementos concretos que constituyen la organización. Luego teniendo en cuenta la totalidad de los elementos que conforman la figura de la organización, podemos apuntar ya dos conclusiones:

1ª- Si excluimos al elemento temporal como integrante del concepto de organización, deberá ser excluido también del criterio de pertenencia; un individuo no pertenecerá o no a una organización en función del tiempo que dure su vinculación a la misma.

2ª- Descartado por razones de orden lógico el elemento subjetivo, la vinculación entre el individuo y la organización podrá concretarse en alguno o algunos de los restantes elementos que la conforman, a saber:

El elemento instrumental.

El elemento teleológico.

El elemento normativo (en su dimensión interna o externa).

En mi opinión ni la relación que pudiera establecerse entre un individuo y una organización, ya por haber aportado aquel los instrumentos utilizados por ésta en su actividad ilícita (relación basada en el elemento instrumental), ya por procurar uno y otra la consecución de los mismos fines (relación basada en el elemento teleológico), tienen capacidad suficiente para cumplimentar, por sí solos, la vinculación típica que exige la relación de pertenencia.

Efectivamente, la consideración de tales relaciones nos imposibilitaría la distinción entre los miembros o integrantes por una parte, y los que favorecen, actúan al servicio o colaboran por otra, puesto que cualquiera de los citados, en último término coadyuva a la consecución de los fines de la organización, y no hay obstáculo para que su favorecimiento o colaboración consista, precisamente, en la aportación de medios o instrumentos.

Sólo una relación basada en el elemento normativo interno de la organización, esto es, en la nota de jerarquía, puede satisfacer las exigencias sistemáticas y axiológicas de la vinculación propia de la pertenencia.

Luego desde una perspectiva vinculativa, sólo un tipo de relación podrá ser relevante a los efectos de determinar la pertenencia o no de un individuo a una organización: la relación consistente en su integración jerárquica, es decir, el hecho de que ocupe un lugar en la cadena de mando, bien por su capacidad genérica para dar órdenes, bien por su predisposición genérica a obedecerlas.

Me parece tan importante la integración jerárquica para determinar si un individuo pertenece o no a una organización, que considero prioritaria la perspectiva vinculativa sobre la funcional, de tal modo que cuando debamos discernir la pertenencia o no de un individuo, pese más su integración en la jerarquía que la función que realiza en el seno de aquella.

Por cuanto a la perspectiva funcional se refiere, no tengo dificultad alguna en compartir la primera de las exclusiones mantenidas por el Tribunal Supremo en relación a aquellos individuos que simplemente han mantenido una relación externa de carácter mercantil con la organización. Es casi una consecuencia lógica afirmar que quien mantiene una relación sinalagmática con una entidad, es parte distinta de la misma.

Tampoco tengo especial dificultad en rechazar la tercera y de las exclusiones mantenidas por el Tribunal Supremo en relación a aquellos individuos que cooperan con la actividad interna de una organización, aunque no tenga una función concreta asignada. Apelamos en este supuesto a la prioridad del elemento vinculativo sobre el funcional.

Más complejas resultan la segunda y cuarta de las exclusiones propuestas por el Alto Tribunal, relativas a los colaboradores y partícipes sólo en actos preparatorios. De entre todas las relaciones que un individuo puede mantener con una organización, sólo una había merecido para el legislador español, –con anterioridad a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio-, con una especial agravación de la pena: la relación de pertenencia.

4.1.2 El número de individuos.

El Tribunal Supremo ha fijado en dos o más el número de personas necesario para constituir una organización. El límite inferior de dos personas es ciertamente bajo, por la sencilla razón de que difícilmente dos sujetos pueden llegar a tener la potencialidad suficiente como para poder representar el *plus* de lesividad propio de la denominada delincuencia organizada.

No obstante, resulta difícil fijar un límite de forma genérica, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, porque resulta evidente que no todas las actividades delictivas que cuentan con un tipo cualificado por la pertenencia a una organización requieren, para que estos alcancen su característica relevancia antijurídica, el mismo número de sujetos. En segundo lugar, porque aun dedicándose dos grupos a la misma actividad delictiva, su potencialidad lesiva no depende exclusivamente del número de sujetos que la integran, siendo perfectamente imaginable que una agrupación formada por un reducido número de personas pueda representar un mayor incremento de peligro que otra agrupación formada por un número más alto de integrantes.

Con todo, nos muestra la experiencia forense como, por regla general, sólo encontramos un salto cualitativo en la significación antijurídica de la actividad de grupos más o menos coordinados, en aquellos casos en los que participan en la actividad ilícita cinco o más personas, límite que no dudo en proponer como inferior para la apreciación de los tipos cualificados, siguiendo el ejemplo canadiense⁹⁵.

4.1.3 La fungibilidad.

Se entiende por fungibilidad la capacidad de sustituir por otros a los individuos que en un momento determinado forman parte de la organización. En este sentido, podemos hablar de una verdadera capacidad auto-regenerativa de la misma. Sin embargo, la asunción normativa de esta nota utilizada por el Tribunal Supremo en la configuración del concepto de organización, podría ser un error técnico legislativo, puesto que si bien es cierto que podría corroborarse la concurrencia de este dato mediante estudios

⁹⁵ En derecho comparado, son varios los ordenamientos que exigen la concurrencia de más de dos personas para poder referirse con propiedad a una organización, así mientras el Código Penal Canadiense, en su artículo 2, exige un mínimo de 5 personas, en Austria el mínimo exigido es de diez.

criminológicos, no parece adecuada su inclusión en una descripción típica, pues ello podría acarrear problemas probatorios importantes a la hora de aplicar el tipo cualificado, de tal forma que se exigiría una prueba diabólica en aquellos casos en los que, de hecho, no se hubiera producido todavía ningún cambio de sujeto desde que la organización ilícita comenzara a operar.

4.2 El elemento instrumental.

La capacidad lesiva de todo conjunto de personas que se dedique a una actividad delictiva, no dependerá sólo del número y cualificación de sus integrantes, también dependerá de la idoneidad de los medios con que cuente para llevar a término la misma.

Lo importante en este apartado es resaltar, una vez más, como esa idoneidad de medios no debe valorarse en relación al concreto hecho delictivo (en cualquier caso, si el hecho se ha consumado, habrá de afirmarse la mínima idoneidad de los medios empleados en su comisión), sino a la idoneidad de los medios de los que dispone la organización, para crear ese *plus* de peligrosidad inherente a la figura cualificada en términos abstractos.

Esa valoración deberá realizarse igualmente de forma individualizada, en cada caso concreto, atendida principalmente la actividad realizada, e incluyendo tanto los medios humanos, es decir, las personas no integrantes de la organización que incluso desconociendo la actividad delictiva toman parte en la comisión del delito, como los medios materiales.

Por último, no podemos olvidar que el legislador anterior a 2010, quiso tipificar una de las conductas de extrema gravedad contempladas en el artículo 370 3º del Código Penal, atendiendo, precisamente, al elemento instrumental, concretamente a la utilización de buques y aeronaves como medio de transporte específico.

Entiendo que el término específico debe implicar necesariamente una disposición de dichos medios de transporte por parte de la organización, como medio propio, sin que convierta en conducta de extrema gravedad el sólo transporte de las sustancias estupefacientes en buques o aeronaves, por lo que, en realidad, lo que se está tipificando es la disposición de buques o aeronaves antes que su mera utilización.

4.3 El elemento normativo.

Adopto en este epígrafe una concepción amplia del término *normativo*, comprensiva tanto de la dimensión normativa interna de la organización, constituida por las normas que regulan las distintas relaciones entre sus miembros (jerarquía-obediencia, distribución de funciones, protección mutua), como de su dimensión normativa externa, constituida por las pautas que rigen la ejecución de su actividad ilícita.

Como sabemos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo matiza ambas dimensiones; la interna exigiendo que la organización presente una estructura jerárquica y la externa, exigiendo una división de tareas y que se actúe de conformidad a un plan de actuación.

4.3.1 La estructura jerárquica.

Hemos visto como el Tribunal Supremo mantenía en su jurisprudencia inicial una concepción amplia del término organización, admitiendo que su significado jurídico debía comprender cualquier tipo de organización, con independencia de la forma específica que adoptare.

Sin embargo, desde muy pronto ha venido afirmando también que el término *organización*, en su concepción jurídica, comprende únicamente aquellas que se estructuran de forma jerárquica, es decir, aquellas en las que existe un órgano decisorio perfectamente diferenciado de los ejecutivos, de tal manera que quedan fuera cualquier organización que cuente con modo de estructuración interna distinta a la piramidal⁹⁶.

⁹⁶ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 1987:** “[...] pues organización implica cierta estructura jerárquica...”

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de septiembre de 1994: “[...] exigiéndose, al menos, [...] una última supervisión de las actividades -14 mayo 1991- o centralización de decisiones y de jerarquías ejecutivas...”

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de febrero de 1995: “Naturalmente que la organización, como en este supuesto acaece, va acompañada de una cierta jerarquización y, a la vez, una distribución de cometidos y tareas.”

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de febrero de 1997: “En efecto, la organización, aunque sea transitoria, requiere como mínimo un estructura jerárquica y no una simple relación de participación acordada o convenida. La simple distribución de papeles es un elemento que se da en todo concurso de personas en el delito y, que por lo tanto, no es suficiente para configurar una organización”.

Sólo en alguna de sus resoluciones, el Tribunal Supremo parece haber aceptado de forma implícita que lo importante para hablar de una organización sea la coordinación entre los sujetos que la integran, y que la jerarquización no sea más que una forma particular en la que generalmente se concreta dicha coordinación⁹⁷.

Lo cierto es que la estructuración jerárquica del grupo tiene una dimensión valorativa que supera el plano estrictamente funcional, la exigencia de constitución jerárquica no sólo es una constatación descriptiva del funcionamiento de las organizaciones que conocemos, sino que, además, aporta a las mismas un elemento esencial en la constitución de ese *plus* de peligrosidad al que constantemente nos hemos de referir, y ello por cuanto favorece la mayor estabilidad del conjunto, su eficacia operativa y la impunidad de sus jefes, administradores y encargados.

Luego me parece plenamente justificada la exigencia de una coordinación jerárquica del grupo, con exclusión de cualquier otra modalidad, para poder atribuir al mismo la condición jurídica de organización.

Lógicamente, considero consustancial a la idea de jerarquía la idea de obediencia, por lo que entendemos no merece esta última mayores comentarios.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de diciembre de 1997: *“ En el presente caso es claro, de acuerdo con los hechos probados, que cada uno de los partícipes actuaba sin estar sometido a un orden jerárquico del cual emanaba la distribución de funciones y que, por lo tanto, el conjunto de personas que concurrió al delito no presentaba las características cualitativas de una organización.”*

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de febrero de 2000: *“ Este aparato orgánico se caracteriza por la distribución de papeles y responsabilidades, de tal manera que el protagonismo de sus jefes, administradores o encargados merece un superior reproche penal que la simple pertenencia a una organización. Esta jerarquización constituye una nota característica y definidora de la organización.”*

⁹⁷ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 1991:** *“Es necesario que esta pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir la droga se encuentren coordinadas entre sí (normalmente con una estructura jerárquica que determina la existencia de unos jefes, administradores o encargados cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación ahora vigente- L.O. 1/1988, de 24 de marzo- en el nuevo artículo 344 bis b)...”.*

4.3.2 La distribución de tareas.

Como muy bien constata el Tribunal Supremo en su resolución de fecha 25 de febrero de 1997⁹⁸, incluir la exigencia de la distribución de tareas en la descripción de la organización, es superflua por resultar absolutamente obvia y no aportar ningún criterio de delimitación con respecto a otras figuras ni, añadimos nosotros, ninguna matización directa en el plano de la antijuricidad.

En mi opinión, resultaría mas adecuado que la jurisprudencia obviara la distribución de tareas y atendiera a una nota que, aunque directamente relacionada con la misma, se presuponen mutuamente, y expresa con mayor claridad una matización directa en el plano de la antijuricidad; el grado de especialización de los integrantes de la organización. Esta nota caracterizaría el elemento subjetivo y estaría perfectamente respaldada por las aportaciones que nos llegan desde la Criminología. De esta manera, no toda distribución de tareas sería relevante a los efectos de constatar la presencia de una organización; sólo aquella que lo fuera por motivo de la especialización de, al menos, alguno de sus integrantes.

4.3.3 La protección mutua.

La protección mutua a la que se refiere el Tribunal Supremo en numerosa jurisprudencia, puede ser considerada, en mi opinión, tanto como una consecuencia de la propia estructura de la organización criminal y de su *modus operandi*, basado en la diferencia de cometidos, como un elemento normativo interno de la misma, en cuanto se exija a sus integrantes el cumplimiento de una serie de pautas de comportamiento, encaminadas a dificultar la identificación de unos miembros a partir del seguimiento o de las declaraciones de los otros.

Desde la primera perspectiva (consecuencia de la propia estructura y *modus operandi*), se nos plantea el problema de la imputación de los jefes y directivos de las organizaciones por hechos delictivos concretos en los que no

⁹⁸ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 febrero 1997:** “En efecto, la organización, aunque sea transitoria, requiere como mínimo un estructura jerárquica y no una simple relación de participación acordada o convenida. La simple distribución de papeles es un elemento que se da en todo concurso de personas en el delito y, que por lo tanto, no es suficiente para configurar una organización”.

han tenido una participación material activa y directa, cuestión todavía no resuelta de manera satisfactoria por la por doctrina, como mas adelante tendremos ocasión de comprobar.

4.4 El plan de actuación.

Resulta obvio que toda organización ejecuta su proyecto criminal a partir de un plan de actuación, es decir, a partir de un conjunto de pautas preestablecidas en función y a la medida de cada uno de los hechos delictivos en los que toma parte, máxime si tenemos en cuenta la complejidad ejecutiva de los delitos para los cuales se prevé el tipo cualificado por la pertenencia a una organización.

El problema es que la existencia de un plan de actuación no es monopolio exclusivo de las organizaciones, incluso en delitos de autoría individual sin ningún tipo de partícipe, podemos encontrar un plan de actuación perfectamente elaborado, razón por la que, aun sin negar su concurrencia en las organizaciones, esta nota es incapaz de aportar un criterio de distinción con respecto a otras figuras distintas.

Es obvio que no podemos confundir el concepto de plan de actuación a que se refiere nuestro Tribunal Supremo, con el concepto de método mafioso, que, siguiendo a Spagnolo⁹⁹, constituye *il dato centrale e caratterizzante della fattispecie in esame*; y que para Pisa¹⁰⁰, comprendería básicamente *la forza di intimidazione promanante dall'associazione; la condizione di assoggettamento che da tale forza di intimidazione deriva; y l'omertà, indotta da tale atmosfera intimidativa, che circonda l'operato dell'associazione nell'ambiente in cui opera*

El método mafioso es un concepto más amplio que el de plan de actuación, el primero se refiere e impregna a toda la actividad de la asociación de tipo mafioso, constituyendo uno de los pilares de su propia identidad; el segundo, por el contrario, se refiere a la ejecución de cada concreto hecho delictivo en particular, pues cada uno de ellos es llevado a término a partir de un previo proyecto o plan de actuación, sin perjuicio, claro está, de que la

⁹⁹ SPAGNOLO. *L'Associazione di tipo Mafioso*. CEDAM. Padova. 1993. Pág. 38.

¹⁰⁰ PISA. *Giurisprudenza commentata di diritto penale*. Volome Secondo. CEDAM. Padova. 1997. Pág. 545.

organización reproduzca el mismo *modus operandi* en cada una de sus ejecuciones ilícitas.

4.5 El elemento teleológico.

El elemento teleológico puede ser abordado desde dos perspectivas, según atendamos a la finalidad inmediata o mediata que persigue la organización.

La primera perspectiva no presenta dificultad alguna, la organización tendrá como finalidad inmediata la realización de alguno o algunos de los distintos tipos básicos a los que se corresponden los tipos cualificados que nos ocupan.

Luego en un sentido jurídico penal sólo podremos referirnos a una organización cuando tenga por finalidad la realización de alguna de las acciones descritas en los tipos básicos para las que, expresamente, haya previsto el legislador un tipo cualificado por la pertenencia a una organización.

El problema podría surgir en relación a la finalidad mediata de las organizaciones, concretamente sobre si la finalidad lucrativa desplaza, con efectos excluyentes, a cualquier otra, de tal manera que se constituya como un requisito esencial de la organización.

Si admitimos la vinculación entre la figura penal de la organización y la delincuencia organizada, la anterior cuestión sólo puede responderse de forma afirmativa.

Resulta notorio que las actividades descritas en los tipos básicos para los que se prevé el tipo cualificado por la pertenencia a una organización, son eminentemente lucrativas, por cuanto comercian con bienes y servicios ilícitos.

Con respecto a la finalidad lucrativa de la delincuencia organizada no existe disputa entre los criminólogos que, como veremos, insisten en este particular hasta el punto de crear modelos explicativos mercantilistas de las organizaciones, asimilándolas a verdaderas empresas de actividad ilegal.

También en el ámbito normativo, son varios los instrumentos internacionales que han configurado el concepto de organización o el de delincuencia organizada considerando el ánimo lucrativo como un elemento esencial de su descripción normativa.

Sirva la siguiente cita de Choclán Montalvo¹⁰¹, para ilustrar nuestras afirmaciones:

“En las actuales definiciones de la criminalidad organizada no puede prescindirse del móvil del lucro económico. Así, la Acción Común, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3. del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación de una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea establece en el artículo 1 que “se entiende por organización criminal, la asociación estructurada, de más de dos personas, establecida en el tiempo y que actuando de forma concreta pretenda la comisión de una infracción calificada con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos 4 años, siempre que tales infracciones busquen el beneficio patrimonial o influir indebidamente en el funcionamiento de los organismos públicos”. Por su parte, la Convención ONU sobre delincuencia organizada transnacional define ésta como la cometida por “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concretamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Sin embargo, la primera lectura del artículo 318 bis¹⁰² del Código Penal, en su redacción anterior a la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de

¹⁰¹ CHOCLÁN MONTALVO. “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación.”. In *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de derecho judicial. Madrid. 2001. Pag. 237.

¹⁰² Artículo 318 bis. del Código Penal: “El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio

junio, nos invitaba a resolver negativamente la cuestión planteada. Desde el momento en que el apartado 4 del citado precepto preveía la posibilidad de agravar por la pertenencia a una organización tanto el tipo básico establecido en su apartado primero (tráfico ilegal de personas) como el tipo cualificado previsto en su apartado segundo (tráfico ilegal de personas con ánimo de lucro), podía concluirse que era posible aplicar la agravante de pertenencia a una organización cuando la misma careciera de ánimo de lucro. Y ello no tanto por entender vulnerado el principio *ne bis in ídem* en el supuesto de aplicación de las penas previstas en el apartado 4 del citado artículo a los hechos descritos en el apartado 318 *bis* (atendido que una organización es algo más que el ánimo de lucro), sino por que imposibilitaría la aplicación del repetido apartado 4 a las conductas previstas en el apartado 1.

4.5.1 El elemento temporal. Especial referencia a la doctrina de la “mínima permanencia”.

La inclusión en algunos tipos cualificados de organizaciones de carácter transitorio supuso en realidad una mutación en su naturaleza, toda vez que una organización de carácter transitorio –máxime si su actividad era ocasional centrada en la ejecución de un solo hecho delictivo-, no podía ser otra cosa distinta a un acto preparatorio.

La jurisprudencia mayoritaria ni siquiera ha venido exigiendo una real continuidad en el tiempo, sino tan sólo una *vocación de continuidad*, de tal manera que podría pensarse que esa *vocación de continuidad* es tratada en realidad como causa de un peligro abstracto, representado por la sola existencia de una entidad con capacidad operativa suficiente como para cometer los respectivos tipos básicos.

Pero a su vez, también en la jurisprudencia mayoritaria esta *vocación de permanencia* –en realidad, un hecho futuro-, prácticamente se ha presumido, considerándose la *vocación de continuidad* como inherente a la propia estructura organizada.

obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33

5. Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.”

De hecho, sólo excepcionalmente encontramos alguna sentencia en la que el Tribunal Supremo haya reparado en la importancia de probar esa *vocación de continuidad*, así en las sentencias de fecha 10 de octubre¹⁰³ y 16 de noviembre de 2006¹⁰⁴.

Evidentemente, esta jurisprudencia no casa bien con la literalidad del precepto a que se refería –en su redacción anterior- el artículo 369. 2 del Código Penal, pues tal como aparecía configurado el tipo, debe admitirse que la organización podía ser o no transitoria, siendo este carácter un accidente de la organización, no un rasgo necesario propio de su naturaleza. Y si por transitorio admitimos, siguiendo a la Real Academia de la Lengua *lo pasajero, temporal, caduco perecedero y fugaz*, resulta obvio que podemos encontrar organizaciones con vocación de permanencia en el tiempo, y por tanto, con vocación de reiteración de conductas, por utilizar los mismos términos que la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 2005**, y otras sin vocación de permanencia en el tiempo, propia de aquellos que se conciertan para actuar al margen de la Ley durante un determinado periodo de tiempo previamente limitado¹⁰⁵.

Si añadimos el juego de variaciones que nos permitía introducir la inclusión en de las organizaciones de actividad ocasional, nos resultaba la posibilidad de aplicar el tipo cualificado en los siguientes casos:

- Organizaciones de duración indefinida en cuyo marco ya se han cometido o se proyectan cometer distintos hechos constitutivos de un delito contra la salud pública.

¹⁰³ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 octubre 2006:** “No se declara la existencia de otras operaciones en tanto que no son precisadas, ni tampoco se describen los aspectos fácticos de una infraestructura en la que pueda reconocerse una cierta jerarquización y permanencia que implique su posible utilización para otros casos.”

¹⁰⁴ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 noviembre 2006:** “El mismo concepto de organización o asociación implica una cierta permanencia o voluntad de permanencia. Los adjetivos transitorio y ocasional, utilizados en esta norma penal, nos obligan a conceder a este elemento una significación amplia. Desde luego una codelinquencia en un solo hecho delictivo y realizadas en unas circunstancias que no revelaran la voluntad de continuación en otras actividades criminales de la misma clase, no encajarían en esta agravación específica.”

¹⁰⁵ V.g. aquellas organizaciones desplazadas a zonas turísticas para actuar únicamente durante el periodo vacaciones, y disolverse después.

- Organizaciones de corta duración limitada en cuyo marco ya se han cometido o se proyectan cometer distintos hechos constitutivos de un delito contra la salud pública.

- Organizaciones de duración indefinida en cuyo marco ocasionalmente se ha cometido o se proyecta cometer un delito contra la salud pública.

- Organizaciones de duración limitada en cuyo marco ocasionalmente se ha cometido o se proyecta cometer un delito contra la salud pública.

4.6 El tratamiento del término *organización* en la jurisprudencia más reciente.

No disponemos todavía de una línea jurisprudencial que nos permita establecer la posición del Tribunal Supremo respecto a las nuevas categorías colectivas establecidas tras la reforma operada Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, en los artículos 570 *bis* y 570 *ter* del Código Penal. No obstante, todo parece indicar que la sala Segunda del alto Tribunal seguirá utilizando el concepto de organización que ha consolidado y depurado a lo largo de una dilatada trayectoria doctrinal, a propósito de la aplicación de los tipos cualificados, principalmente en materia de delitos contra la salud pública.

La jurisprudencia dictada a lo largo de los tres últimos años, supone efectivamente una depuración conceptual del término que nos ocupa, en una lograda armonización de resoluciones anteriores, no siempre caracterizadas por su concordancia. Ese concepto gravita básicamente sobre cuatro pilares: una relación homogénea de notas semánticas positivas; una relación de notas semánticas negativas; una recuperación del paradigma <<empresa>> y una síntesis explicativa de las notas de transitoriedad y carácter ocasional que acompañaban a varios tipos cualificados.

Las notas semánticas positivas, vienen reducidas a cinco, tal como se especifican en la **sentencia del Tribunal Supremo** –con apoyo en la abundante jurisprudencia que se cita en la misma- **de fecha 28 de septiembre de 2010:**

“Esta Sala ha entendido que la ORGANIZACIÓN o asociación a que se refiere el nº 2 del art. 369 del C.Penal precisa para su existencia de la concurrencia de los siguientes elementos: (véanse S.T.S. nº 1095 de 16-07-2001 (RJ 2001, 6498) ; nº 2026 de 28-11-2001; nº 1867 de 07-11-2002; nº 620 de 11-4-2002; nº 57 de 23-01-2003; nº 108 de 05-05-2003; nº 759 de

23/05/2003; nº 899 de 08/07/2004; nº 1167 de 22-10-2004; nº 164 de 22-02-2006 (RJ 2006, 4741) ; nº 278 de 10-03-2006; nº 404 de 03-04-2006; nº 972 de 28/09/2006; nº 1009 de 18/10/2006; nº 1163 de 16-11-2006; nº 1286 de 30-11-2006 (RJ 2007, 446) ; nº 426 de 16/05/2007; nº 555 de 27-06-2007 (RJ 2007, 536) ; nº 763 de 26-09-2007; nº 780 de 03-10-2007 (RJ 2008, 780) ; nº 31 de 08-01-2008; nº 171 de 17-04-2008; nº 233 de 05-05-2008; nº 229 de 15-05-2008; nº 413 de 30-06-2008; nº 511 de 18-07-2008; nº 531 de 28-07-2008; nº 727 de 05-11-2008 y nº 501 de 04/06/2010 (JUR 2010, 256550)). Entre éstos se citan:

- a) *la existencia de una estructura más o menos formalizada.*
- b) *empleo de medios idóneos y adecuados para la consecución de los objetivos.*
- c) *pluralidad de personas previamente concertadas.*
- d) *distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones.*
- e) *existencia de coordinación.*
- f) *cierta estabilidad temporal o vocación de continuidad.”*

Es cierto que en algunas sentencias todavía viene configurando el concepto de organización a partir de tres notas¹⁰⁶ semánticas, pero parece que la tendencia es fijar la definición del término que nos ocupa en las cinco notas que acabo de citar, (v.g. Sentencia de fecha 4 de octubre de 2011).

Junto a las que denomino notas positivas, es decir, aquellas que necesariamente deben concurrir para poder afirmar la existencia de una organización, seguimos encontrando en la jurisprudencia más reciente la existencia de una enumeración de notas –a las que denomino negativas- que el Tribunal Supremo excluye expresamente de la definición jurídica del término organización, declarando su carácter meramente accidental. Así, por ejemplo,

¹⁰⁶ Por todas, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2011**, enumera tan sólo las siguientes notas: “a) *la forma jerárquica de la misma en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan. Las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito.*

b) *el reparto de papeles o funciones , lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser remplazado por otro sin que resulte afectado el grupo.*

c) *que posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal (SSTS. 808/2005 de 23.6 (RJ 2005, 7684) , 978/2006 de 28.9 y 8.1.2008 (RJ 2008, 1074).)”*

en las Sentencia de fecha 27 de enero de 2009 y, en mayor extensión, la 29 de abril de 2011:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2009: *“La existencia de una ORGANIZACIÓN no depende del numero de personas que la integran, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo.”*

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2011: *“Debe añadirse que aunque por desgracia sea frecuente y ello constituya la forma más grave en esta modalidad de delito, no es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico, a veces con conexiones a nivel internacional o mundial, ni tampoco que tenga un organigrama complejo tipo "mafia", ni menos aún que se adopte una determinada forma jurídica que sirva de fachada para tapar estas actividades que necesitan de la clandestinidad para poder ser más eficaces y burlar así mejor la vigilancia de los distintos Estados, así como que tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma ORGANIZACIÓN se dedique, además, a otras actividades lícitas (STS. 57/2003 de 23.1 (RJ 2003, 1993)).*

En definitiva no depende esta figura delictiva del mayor o menor número de personas que las integran -puede estimarse aunque sean dos los condenados (STS. 16.7.2003 (RJ 2003, 6110))- , de reglas o estatutos preestablecidos, de siglas o nominaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente (STS. 5.12.2006 (RJ 2006, 8748)).”

Junto a la relación de notas semánticas, la jurisprudencia más actual ha recuperado la equiparación de la organización a la empresa, como forma de explicar y definir a la primera. De esta manera, la organización se confugura nuevamente como una <<empresa criminal>>. Así en las **Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2009, 14 de abril y 4 de octubre de 2011:**

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2009: *“La existencia de una ORGANIZACIÓN no depende del numero de personas que la integran, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal (SSTS.10.3.2000 (RJ 2000, 2209) y 22.2.2006 (RJ 2006, 4741)).”*

Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 14 de abril y 4 de octubre de 2011: *“Igualmente, ha precisado que la agravación no debe ser aplicada a todos los casos en los que concurren varias personas para la ejecución de un plan de cierta complejidad, insistiendo en que lo decisivo es, precisamente, la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las*

personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una "empresa criminal".

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en aplicación del Código Penal, en su redacción inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, había consolidado una línea doctrinal para armonizar las notas de *transitoriedad* y *ocasionalidad* predicadas de algunas organizaciones, notas que, como vimos en su momento, suponían una cierta asintonía en el seno del sistema penal. En este sentido, volvemos a la sentencia de fecha 29 de abril de 2011:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2011:

“Respecto a esta estabilidad temporal, esta Sala ha interpretado los términos de transitoriedad y ocasionalidad utilizados en el precepto. Y así la STS. 16.10.98 (RJ 1998, 8079) , indica que ambos términos se encuentran referidos a la ORGANIZACIÓN o asociación y no a la relación del culpable con la misma. La agravante pretende sancionar el aprovechamiento que el sujeto activo realiza de una red estructurada con independencia de la duración en el tiempo de la red o de que los fines perseguidos por la ORGANIZACIÓN o asociación no sean exclusivamente los de traficar con droga, pudiendo confluír con otros, incluso hasta legales.

Por ello como el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una ORGANIZACIÓN estable, ni que la asociación u ORGANIZACIÓN se haya creado formalmente, sino que habitualmente serán organizaciones de facto sin cobertura jurídico-formal; siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinencia. Cabe incluso la ORGANIZACIÓN constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la ORGANIZACIÓN criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros.”

CAPÍTULO IV

EL NUEVO PLANTEAMIENTO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL: ASOCIACIONES ILÍCITAS, ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

1 Introducción.

La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio introduce importantes cambios en la concepción y función político criminal de las categorías colectivas en el seno del ámbito punitivo. A lo largo de este capítulo intentaré una aproximación a este nuevo panorama dibujado por la Ley Orgánica de constante referencia, centrándome en dos aspectos: la introducción de las figuras penales de organización y grupo criminal y la introducción de nuevos tipos cualificados relacionados con las organizaciones.

De estos cambios normativos me interesan la descripción típica de cada una de las distintas figuras introducidas y las consecuencias sistemáticas que su introducción acarrea, en la medida en que vienen a reclamar un ámbito propio que, al menos parcialmente, comprometen el espacio típico hasta ahora ocupado por otras figuras de corte más tradicional.

2 La no supresión formal de la figura de asociación ilícita prevista en el ordinal 1º del artículo 515 del Código Penal.

Cabría esperar que lo afirmado en orden a la figura de asociación ilícita en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, tuviera su correspondiente reflejo en el texto articulado, por cuanto reconoce que reconoce explícitamente *la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales*, es decir su incapacidad para cumplir la función político criminal que se esperaba que cumpliera en el ámbito del derecho penal.

A este reconocimiento de incapacidad, se le suma el reconocimiento de la inadecuación de su ubicación sistemática en el capítulo IV dedicado a los *delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*. En este sentido, la propia exposición de motivos declara literalmente que *la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el*

artículo 22 de la Constitución , no responde ni a la letra ni al espíritu de esta Norma.

También reconoce la citada exposición de motivos la inadecuación de la asociación ilícita a la realidad social, cuando se pretendía su uso en el ámbito de la delincuencia organizada puesto que, en realidad, describía algo muy distinto a una organización criminal. A esta discordancia se refiere el citado texto cuando afirma –con muy buen criterio- que *las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente <<asociaciones>> que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar y buscar su impunidad.*

Se entenderá pues mi sorpresa al constatar que el ordinal 1º del artículo 515 no sufría ni supresión ni modificación alguna en el texto reformado y, además, conserva su misma ubicación sistemática. Y es que asignar una función político criminal a la luz de la exposición de motivos que acabamos de ver, es realmente complicado, máxime si esa función político criminal debe armonizarse con el amplísimo concepto de grupo criminal descrito en el artículo 570 *ter* de nuevo cuño.

A mi entender, la cuestión última a la que nos aboca la no supresión del ordinal 1º del artículo 515 del Código Penal, es la de dotar de un contenido de injusto propio a aquellos grupos criminales externamente adecuados a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación, precisamente por haberse constituido siguiendo las formalidades establecidas en el capítulo II de dicha Ley. En mi opinión, derivar un contenido de injusto propio de una cuestión puramente formal y administrativa es una tarea casi imposible, pues el cumplimiento de formalidades externas poco o nada pueden aportar al contenido de injusto propio de estas categorías colectivas.

De ahí que no pueda compartir posiciones doctrinales como la expuesta recientemente por Gómez Tomillo¹⁰⁷, por primar la argumentación formal y sistemática sobre las consideraciones materiales.

¹⁰⁷ GÓMEZ TOMILLO. *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova. Madrid. 2010. Pag. 1922: “Como indicamos en el comentario al artículo 515, la delimitación del ámbito propio de una y otra figura debe situarse en el diferente objeto de protección, sobre el cual nos orientan los diferentes títulos del CP donde se sitúan, así como de la explicación que en el Preámbulo de la LO 5/2010 se ofrece de las razones

En todo caso, tal como acreditaré en el Capítulo siguiente, lo cierto es que el ordinal 1º del artículo 515 ha devenido de aplicación imposible, a la luz de lo dispuesto en el artículo 570 *quáter 2 in fine*, de tal manera que, si bien no podemos hablar de una derogación o supresión formal de dicho precepto, si que podemos hablar de una verdadera derogación material.

3 La introducción del nuevo Capítulo IV del Título XXII del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica “De las organizaciones y grupos criminales”.

Sin duda alguna supone la introducción del Capítulo IV la aportación más importante de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio en materia de figuras colectivas.

Desde luego, supone una mejora muy importante respecto a la definición y tratamiento de la figura de organización que se le daba en el anterior Proyecto de Ley Orgánica 121/000119, de 15 de enero de 2007, en el ámbito de los delitos contra la salud pública, adicionando el proyectado artículo 369 *bis*.¹⁰⁸

de reorganización de esta materia, de la que puede inferirse la voluntad del legislador. El tipo penal del artículo 515 se orientaría a la punición de las manifestaciones del ejercicio abusivo del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución y desarrolla la LEY ORGÁNICA 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación, concretadas en la comisión de delitos a través de asociaciones formalmente constituidas. Se protegería, pues, el citado derecho constitucional. Este objeto de protección era el señalado por un sector de la doctrina española antes de la reforma. Mientras que el bien jurídico de las nuevas figuras de organización y grupo criminal, e incluso de la variante de organización y grupo terrorista del artículo 571, lo sería del orden público, objeto de protección destacado por otro sector de la doctrina antes de la reforma como el propio de la figura típica de la asociación para delinquir.”

¹⁰⁸ Art. 369 *bis* del Código Penal: “Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a catorce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se trata de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cinco a diez años y la misma multa en los demás casos.

A estos efectos se entenderá por organización delictiva una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior.

A los jefes, encargados o administradores se le impondrá como persona jurídica penalmente responsable, una pena de multa igual que la de las personas físicas, la de disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos, así como el comiso de los bienes objeto de delito y de los productos y beneficios obtenidos, directa o indirectamente, del mismo.”

Sin embargo, no está exento de problemas, sobre todo de índole sistemático. En primer lugar, puede resultar conflictiva la coexistencia de la figura de la organización criminal ex artículo 570 *bis*, con las organizaciones previstas en varios tipos cualificados, especialmente en aquellos supuestos en los que no puede predicarse una identidad material entre unas y otras organizaciones, como es el caso, por ejemplo, de las organizaciones transitorias. En segundo lugar, resulta conflictiva la delimitación conceptual de determinados grupos criminales respecto a actos preparatorios, concretamente, respecto a la conspiración.

Después de exponer la descripción típica de cada una de las figuras definidas en el actual Código Penal, junto a sus consecuencias penológicas, me adentraré –en el siguiente Capítulo- en las cuestiones de índole sistemático adelantadas en el párrafo anterior.

3.1 El comportamiento típico previsto en el artículo 570 *bis* del Código Penal.

El apartado primero del artículo 570 *bis* del Código Penal, establece dos grupos de comportamiento típicos a los que asigna un tratamiento penológico diferenciado. El primer grupo viene indicado por los verbos *promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren* una organización criminal. Los dos primeros verbos, promover y constituir, tipifican comportamientos anteriores a la posibilidad del inicio de la actividad delictiva por parte de la organización. Por el contrario, los verbos organizar, coordinar y dirigir presuponen la existencia de la categoría colectiva. Vamos a detenernos brevemente sobre cada uno de los comportamientos típicos.

- a- Promover y constituir. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la voz *promover*, en la acepción que aquí interesa, como *iniciar o impulsar una cosa o proceso*, y el vocablo *constituir* como *establecer, erigir, fundar*. El Diccionario María Moliner, por su parte, define la palabra *promover* como *hacer que principie cierta acción*. Luego los dos comportamientos descritos tienen ciertamente un valor semántico muy próximo, muy similar también a uno de los comportamientos típicos descritos en sede de asociaciones ilícitas, el de fundar, que quizás no haya querido utilizar ahora el legislador en un intento de apartarse de términos dotados de mayores reminiscencias formales. Con todo, es teóricamente posible promover una organización antes de que la misma sea constituida, en el sentido de *impulsar* su ulterior formación o

constitución, de donde se puede concluir que el legislador, en sede de organizaciones criminales, ha querido tipificar un comportamiento que se adelanta incluso a la propia constitución de la organización. Ello permitiría aplicar la pena prevista a los que *constituyeren* dicha organización, a quienes no hubieran realizado más que actos preparatorios tendentes a esa constitución. En definitiva, estaríamos ante una excepcional equiparación punitiva entre la realización de actos preparatorios (promover la organización) y la realización del acto preparado (constituir la organización). En este sentido, el legislador se separaría tanto de la opción político criminal adoptada en sede de asociación ilícita (por el cual únicamente se reprocha penalmente el fundar la asociación ilícita, pero no promover la misma) así como de la opción adoptada en sede de grupos criminales (en el cual se pena el constituir pero no el promover, tal como veremos en su momento).

b- Organizar, coordinar y dirigir. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define estos vocablos en las acepciones que nos interesan, de la siguiente forma:

- Organizar: *establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados.*
- Coordinar: *disponer cosas metódicamente.*
- Dirigir: *encaminar la intención y las operaciones a determinado fin.*

Por su parte, el Diccionario María Moliner define las mismas palabras en los siguientes términos:

- Organizar: *disponer cómo ha de realizarse una cosa y disponer lo necesario para ella.*
- Coordinar: *disponer ciertas cosas de manera que sean compatibles y no se estorben unas a otras o al resultado que se pretende.*
- Dirigir: *enviar o hacer ir una cosa a cierto punto o a cierta dirección.*

Resulta ciertamente difícil imaginar alguna situación en la que, en el seno de una organización criminal, a alguien se le pueda reputar un comportamiento de *organización* pero no de *coordinación* y viceversa, por ser palabras prácticamente sinónimas; mal se puede organizar sin funciones de

coordinación, o coordinar sin funciones de organización. En mi opinión uno de los dos verbos sería totalmente prescindible en la descripción del tipo, sin temor a crear algún espacio de impunidad. En sentido contrario, resulta interesante el esfuerzo exegético que ha realizado Vázquez Iruzubieta para dotar de contenido semántico propio cada uno de los verbos utilizados por el legislador¹⁰⁹.

Habría una solución de compromiso. Se trataría de identificar a *quienes organizaren* y *coordinaren* con quienes cumplen funciones de ejecución intermedia, a los que considero equiparables a los *encargados* o *administradores*, señalados en el artículo 369 *bis* en relación a las organizaciones delictivas dedicadas a la comisión de delitos contra la salud pública. Por su parte, los que *dirigieren una organización criminal*, - equiparables a los *jefes* del artículo 369 *bis* del Código Penal- se equipararían a los que ostentan el dominio del hecho.

Visto el primer grupo de comportamientos típicos a los que el legislador atribuye mayor pena, me centraré ahora en los comportamientos descritos por las expresiones *participen activamente en las organizaciones*, *formaren parte de ella* o *cooperaren económicamente o de cualquier otro modo*.

Volviendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, podemos definir el verbo participar, dicho de una persona, *por tomar parte de algo*. Luego estamos nuevamente ante una redundancia, establecida ahora entre lo que debe entenderse por participar activamente de una organización y formar parte de la misma, puesto que su mutua implicación resulta evidente.

Mayor atención merece la equiparación penológica entre los anteriores comportamientos típicos, y el de quienes *cooperaren económicamente o de*

¹⁰⁹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA. *Comentario al Código Penal*. La Ley. Madrid. 2010. Pag. 203. “La acción de promover da idea de quien no sólo incita a la realización de la acción, sino que alienta, reúne los componentes y hasta puede llegar a facilitar medios económicos o de cualquier otra índole para que la organización se concrete. Constituir es una acción equivalente a la de darle consistencia como grupo que puede tener una constitución de hecho si media clandestinidad o de derecho si está formalizada con personalidad jurídica. Organizar exige una actividad consistente en crear el organigrama de la organización o grupo criminales otorgando a cada partícipe o actividades distintas su misión o trabajo específico, la distribución de tareas y hasta la determinación de los objetivos generales y las estrategias del grupo. Coordinar es una de las funciones implicadas en la organización, salvo que se trate de una coordinación con otras organizaciones o grupos en cuyo caso la actividad se especializa mucho más y puede ser cumplida por quien no está encargado de la organización. Dirigir es llevar el peso de toda la actividad de la organización, encargándose de las tareas de vigilancia, tácticas concretas para las distintas operaciones y compartiendo o no la actividad criminal.”

cualquier otro modo con la organización, puesto que supone un régimen penológico excepcional. Hasta el momento, coexisten dos modos de entender la pena que debe llevar pareja la cooperación con una asociación u organización ilícita. El primer modelo sería el de equiparación penológica a la del simple miembro o integrante de la misma, siempre y cuando la cooperación sea **en todo caso relevante**. Este modelo es el seguido, por ejemplo, en el delito de cooperación con una asociación ilícita tipificado en el artículo 518 del Código Penal. El segundo modelo sería el de la diferenciación penológica, entendiendo que los actos de cooperación con una organización no puede ser equiparable al de integración en la misma, de modo similar a que los actos de cooperación –no necesaria- en el hecho ajeno no pueden ser equiparable penológicamente a la autoría. Este modelo se encuentra en el artículo 576 del Código Penal, donde se tipifica el delito de colaboración con organización o grupo terrorista.

Pues bien, el artículo 570 *bis* al que me estoy refiriendo, equipara el comportamiento de *quienes participaren activamente en la organización o formaren parte de ella* con el de quienes *cooperaren económicamente o de cualquier otro modo*, sin matizar la importancia cualitativa y cuantitativa de la cooperación, de donde pueden resultar vulneraciones del principio de proporcionalidad en la extensión de la pena impuesta respecto a quienes han cooperado con la organización aportando actos de escasa relevancia.

3.1.1 Descripción típica del término *organización criminal*.

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2010 de 22 de junio, la figura de la organización criminal se ha convertido en la categoría colectiva de referencia en el seno de nuestro ordenamiento penal. Así, se remite a ella el apartado 1 del artículo 571 al definir la categoría de organización terrorista, y el apartado 1 del artículo 570 *ter* al definir la categoría de grupo criminal.

El apartado 1 del artículo 570 *bis* presenta un concepto normativo del término organización criminal, que define como *la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*.

Antes de entrar en el análisis sistemático de cada uno de los elementos de la organización, conviene recordar que este concepto viene a cumplimentar la Decisión 2004/579/CE del Consejo, de fecha 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las

Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como la más reciente Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de fecha 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Tanto la Decisión de 2004, como la Decisión Marco de 2008, contenían en su articulado definiciones de categorías colectivas en el ámbito de la delincuencia organizada que han servido de referencia al legislador español de 2010, aunque, como inmediatamente se verá, se ha separado de las mismas en cuestiones ciertamente importantes.

Así, el artículo 2 de la decisión de 2004, contenía la definición de dos categorías colectivas: *grupo delictivo organizado* y *grupo estructurado*:

Art. 2 Definiciones. Para los fines de la presente Convención:

Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un 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 presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o un beneficio de orden material.

Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por su parte, el artículo 1 de la decisión marco de 2008, en su artículo 1, establecía que debía entenderse por *organización delictiva* y *asociación estructurada*:

Artículo 1 Definiciones. A los efectos de la presente decisión marco, se entenderá por:

<<organización delictiva>> una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o una pena aun más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

<<Asociación estructurada>> una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o con una estructura desarrollada.

Como puede comprobarse, existe una equivalencia entre los conceptos de *grupo delictivo organizado* y *organización delictiva* por una parte, y *grupo estructurado* y *asociación estructurada*. Podría establecerse también cierta similitud entre las categorías señaladas anteriormente y los conceptos de *organización criminal* y *grupo criminal* contenidos respectivamente en los artículos 570 *bis* y 570 *ter* de nuestro Código Penal, aunque indudablemente estos dos conceptos tengan un ámbito de aplicación mucho más amplio, básicamente por no exigirse en ninguna de ellas el ánimo de lucro (*con el objetivo de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material*), y extenderse también a aquellas categorías que tienen por objeto la *perpetración reiterada de faltas*.

Aparentemente tampoco podría establecerse plenamente una equivalencia entre el concepto normativo que ahora nos ocupa, y el concepto de *organización* forjado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al determinar el ámbito de aplicación de los tipos cualificados por la *pertenencia del culpable a una organización*, especialmente en materia de delitos contra la salud pública. Sobre este particular tendré ocasión de extenderme más adelante, aunque conviene adelantar el peso específico otorgado por la jurisprudencia al hecho de que la agrupación tuviera una estructura jerárquica, excluyendo la aplicación del tipo cualificado cuando el grupo presente una forma de estructura distinto al piramidal.

3.1.1.1 El elemento personal.

La única referencia que se hace en la descripción normativa del concepto de *organización criminal* ex artículo 570 *bis*, es de carácter numérico, exigiendo un mínimo de tres personas, en perfecta armonía tanto con la anterior jurisprudencia como con los textos de la unión Europea. Esas tres personas deben *formar* la organización, de donde no se podrá computar a tales efectos a los acusados que hayan cooperado con el grupo, sin formar parte de ella, a pesar de que ambas conductas típicas (formar parte y cooperar) reciban, según ya hemos visto, el mismo tratamiento penológico.

Me parece adecuada la objeción realizada por Gómez Tomillo¹¹⁰ en relación al número de personas exigido para la formación de una organización

¹¹⁰ GÓMEZ TOMILLO. *Op. cit.* Pag. 1923. “Especialmente inadecuado nos parece que no haya exigido para la apreciación de la figura más grave de la organización criminal, además del requisito de su mayor

criminal, en el sentido de que parecería adecuado exigir un mayor número de integrantes para la formación de una organización criminal.

3.1.1.2 El elemento temporal.

El elemento temporal viene introducido por dos expresiones muy ligadas entre sí, *carácter estable* y *tiempo indefinido*. De hecho ambas expresiones van enlazadas mediante la disyuntiva “o”, dando a entender que lógicamente una implica a la otra, toda vez que sólo se puede ser estable en el tiempo. Sin embargo, el elemento al que ahora nos referimos no está exento de problemas. El primero de ellos, es el relativo a la compatibilidad entre la estabilidad de la formación que demanda el articulado, y la nota de fungibilidad que ha venido demandando la jurisprudencia y doctrina en la interpretación de los tipos cualificados por la pertenencia a una organización. Dicha fungibilidad se refería a la capacidad de la propia organización para sustituir a sus propios integrantes una vez dejaran de formar parte de la misma. La estabilidad que demanda el artículo 570 bis puede asumir perfectamente la idea de fungibilidad, al revés, de alguna manera la estabilidad es deudora de esa capacidad de regeneración que asegura la supervivencia del proyecto criminal. Luego la estabilidad debe referirse a la pervivencia del organigrama de la organización, con independencia de las personas concretas que lo forman.

Más complejo resulta ofrecer una explicación convincente de la necesidad de que la formación lo sea por tiempo indefinido, y ello por dos motivos. En primer lugar, por razones de orden probatorio. Resulta difícil acreditar que los miembros de una organización no habían pactado disolverse en una fecha determinada o tras la realización de uno o varios hechos delictivos. En segundo lugar, resulta ciertamente complejo argumentar, en términos de tratamiento equitativo, el hecho de que una agrupación cuyos miembros han señalado una fecha de disolución de la misma lejana en el tiempo, no pueda ser calificada por esta circunstancia como organización criminal a los efectos previstos en el artículo 570 *bis* del Código Penal y, por el contrario, sí lo pueda ser otra agrupación de incluso menor trayectoria delictiva que la anterior.

complejidad organizativa y vocación de permanencia (representado por los requisitos de constitución con carácter estable o por tiempo indefinido, o de reparto de tareas o funciones), el de un número significativo de integrantes, bastando como veremos sólo tres para la configuración de una organización criminal...”

Es cierto que la prolongación en el tiempo de una organización es un dato relevante a la hora de valorar su contenido de injusto, pero no es menos cierto que la pervivencia de la organización criminal, y por ende de su proyecto delictivo, por un espacio prolongado de tiempo, permiten equiparar la organización (por su potencialidad lesiva) a aquellas de duración indefinida. Por esta circunstancia, soy partidario de utilizar otra técnica legislativa para tratar el elemento temporal de las categorías colectivas, consistente, o bien en excluir expresamente del ámbito de aplicación del repetido 570 *bis* a aquellas agrupaciones constituidas para la comisión de un solo delito, o bien en exigir objetivamente un tiempo mínimo de pervivencia de la organización, o, alternativamente, la acreditación de un número mínimo de delitos en un espacio de tiempo.

Por otra parte, la exigencia de un *tiempo indefinido* como un requisito propio de las organizaciones ex artículo 570 *bis*, crea una cierta ruptura en el seno del sistema, habida cuenta de que algunos tipos cualificados siguen admitiendo la organización de *carácter transitorio*¹¹¹, cuestión que trataré en el Capítulo siguiente.

3.1.1.3 El elemento normativo interno. Especial referencia al carácter jerárquico de las organizaciones ex artículo 570 *bis* del Código Penal.

Entiendo que el elemento normativo interno viene dado por la exigencia de la repartición *de manera concertada y coordinada* de *diversas tareas o funciones*. Se corresponde con una nota ya exigida por la jurisprudencia en la interpretación del concepto de organización de los tipos cualificados, y que atiende, en definitiva, a la especialización de cada uno de los miembros de la organización en un cometido particular. Sin lugar a dudas constituye un elemento fundamental en la configuración del concepto de toda organización criminal, pues representa uno de los exponentes más claros para explicar la mayor potencialidad lesiva que le es propia. En todo caso, la fórmula utilizada por nuestro legislador merece tres consideraciones.

La primera, se refiere a su aspecto modal. Se exige que la repartición de tareas y funciones, se realice *de manera concertada y coordinada*. Obsérvese que, en sede del artículo 570 *bis*, el concierto y coordinación no se refieren a la

¹¹¹ Así los artículos 271 c); 276 c); 318 *bis* y 386 del Código Penal.

forma de ejecutar el delito, sino a la manera de repartir las tareas y funciones. Entiendo que esta circunstancia no puede pasar desapercibida, puesto que implica la exigencia de concierto y coordinación en una esfera superior a la de mera ejecución del delito concreto, al modo que podríamos encontrar, por ejemplo, en una situación de coautoría. La organización criminal, según creo, exige algo distinto, exige que su funcionamiento interno la convierta en un instrumento idóneo para la preparación de hechos delictivos, ejecución material de los mismos, procuración de impunidad para sus miembros y disfrute de los beneficios materiales obtenidos mediante la actividad ilícita. Y ello exige que el concierto y coordinación puedan predicarse en una esfera superior a la de la mera ejecución del hecho delictivo concreto.

La segunda cuestión suscitada por la actual redacción del artículo 370 *bis*, es la de considerar si los términos *tareas* y *funciones* deben considerarse como sinónimos o no. En el lenguaje común, los dos vocablos son prácticamente idénticos. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la voz *tarea* como *obra o trabajo*, y la voz *función* como *tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas*. Podría pensarse que existe un pequeño matiz entre un vocablo y otro, según el cual por área deberíamos entender la realización de actuaciones concretas y materiales, y por función el *rol* desempeñado por cada uno de los miembros del grupo, de donde sería posible introducir la idea de jerarquía, desde el momento en que pudieran determinarse funciones de jefes con capacidad de decisión, de coordinadores con capacidad de gestión, de meros ejecutores sujetos a obediencia etc. De esta forma, estaríamos dotando a cada uno de los términos de un contenido propio, según las normas de la buena exégesis. Sin embargo, existen algunas dificultades para adoptar este criterio de distinción entre ambos términos. La primera, es que ambos se encuentran enlazados, según ya se ha dicho, por la disyuntiva “o”. Luego la sola presencia alternativa de una u otra circunstancia, es decir, del [reparto concertado y coordinado de tareas] o del [reparto concertado o coordinado de funciones], ya cumplimentaría el elemento funcional de la organización. El problema reside en que el reparto de funciones llevará siempre parejo por lo común el reparto de tareas, de donde la proposición [reparto concertado y coordinado de funciones] acabaría siendo nuevamente prescindible. La segunda cuestión que dificulta adoptar la tesis que he expuesto anteriormente deriva de la constatación de que en el derecho penal Español, las notas de *reparto de tareas y funciones* y *estructura jerárquica* han recibido un comportamiento acumulativo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, circunstancia que el legislador en absoluto puede desconocer. Nunca en la jurisprudencia anterior se ha pretendido que una

implicara a la otra, antes al contrario han recibido ambas una mención autónoma en el listado de requisitos necesarios para poder considerar una agrupación como una organización con relevancia penal.

Con todo, me parece una condición implícita al concepto mismo de organización, y ello por dos motivos. En primer lugar, porque el legislador de 2010 no parte de un vacío conceptual cuando adopta el término *organización*, sino de un concepto ya forjado –según hemos visto– en una larga jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha entendido –junto a la doctrina– que la nota de jerarquía le era intrínseca. En segundo lugar, porque el referente metajurídico del término, es decir, las organizaciones criminales que existen en la realidad social, son efectivamente jerárquicas, tal como nos muestra la criminología y expondré en su momento.

3.1.1.4 El elemento teleológico.

El elemento finalístico viene dado por la exigencia de que la agrupación tenga *el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*.

Como puede observarse, el elemento teleológico coincide en gran parte con el previsto para la asociación ilícita ex artículo 515 1º del Código Penal: [...] *tenga por objeto cometer algún delito, o después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada*. La falta de previsión de que promuevan delitos después de su constitución está, en mi opinión, plenamente justificada, habida cuenta del referente criminológico que se describe en el apartado XXVIII de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, donde se afirma que *Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad*, de donde no tiene ningún sentido, y así lo demuestra la práctica forense, pretender que una organización (o grupo criminal) haya podido tener en su origen una finalidad lícita. También me parece correcto el haber prescindido de la exigencia expresa de que la comisión de faltas sea organizada y coordinada, pues tales características parecen intrínsecas al actuar de una organización.

El único problema que presenta, a mi juicio, la configuración legal del objeto de la organización, es la equiparación, conocida ya en sede de

asociación ilícita, entre la *comisión de delitos* y la *perpetración reiterada de faltas*, máxime si tenemos en cuenta que el principio de fragmentariedad al que atendían los instrumentos normativos de la Unión Europea a los que ya me he referido, reservaban la organización para aquellas agrupaciones cuya actividad se circunscribía en la esfera de los delitos graves. En este sentido, nos recuerdan Martell Pérez-Alcalde y Quintero García¹¹², que *la inclusión de las faltas en el ámbito objetivo de la definición aprobada desborda el marco convencional transnacional, que quedaba constreñido a los delitos graves, y responde a la lucha de una específica criminalidad que azota al turismo de las grandes ciudades [...]*. La equiparación a la que nos estamos refiriendo merece una reflexión sobre dos particulares. En primer lugar, sobre cuándo debe entenderse que la perpetración de faltas ha sido *reiterada*. Entiendo que una interpretación sistemática del término *reiterada* nos debe conducir a otro supuesto en que el legislador penal ha establecido una equivalencia entre la comisión de varias faltas y la comisión de un delito. Me refiero al artículo 234 del vigente Código Penal, donde se tipifica la figura del hurto, y en cuyo párrafo segundo se establece que se castigará con la pena correspondiente al delito *al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura de delito*. Luego entiendo que se considerará por reiteración la comisión de al menos tres faltas en un año.

3.1.2 Las circunstancias que cualifican a determinadas organizaciones criminales.

El apartado 2 del artículo 570 bis de constante referencia, establece tres circunstancias cuya concurrencia constituye un tipo cualificado, con los efectos de imponer las penas señaladas en su apartado 1 en su mitad superior cuando concurriera una sola de ellas, y la respectiva superior en grado cuando concurrieran dos o más.

El apartado 3, por su parte, establece otro tipo cualificado por razón de la naturaleza del delito al que se dedique la organización criminal, con el efecto

¹¹² MARTELL PÉREZ-ALCALDE; QUINTERO GARCÍA. *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Aranzadi. Navarra. 2010. Pag. 361.

de ordenar la imposición de la pena superior en grado a la que correspondiera de la aplicación de los apartados 1 y 2 del precepto de constante referencia.

A continuación me detendré brevemente sobre cada una de estas circunstancias.

3.1.2.1 Elevado número de personas.

El elevado número de personas constituye la primera de las circunstancias prevista en el apartado 2 del artículo 570 bis. En este caso, el número de personas se ha tomado como exponente de la potencialidad lesiva de la organización. Como quiera que el delito de promover una organización criminal constituye un tipo autónomo, en el sentido de que el mismo puede ser enjuiciado con total independencia de que se haya cometido algún hecho delictivo de los que conforman el objeto de la organización, el legislador, a mi juicio con buen criterio, ha optado por elegir un indicador indirecto de su capacidad operativa. Luego esta circunstancia sería equivalente a la notoria importancia señalada prevista en el artículo 369 3ª del Código Penal. Efectivamente, en sede de delitos contra la salud pública, al tenerse en consideración la existencia de una organización mediante la previsión de un tipo agravado, ya es posible tener un parámetro claro y directo de la potencialidad lesiva de un determinado grupo, su volumen de negocio ilícito, dado por la cantidad de drogas o sustancias estupefacientes. Me parece igualmente acertado no fijar un número de personas como indicativo de un volumen de negocio ilícito merecedor de una mayor pena, puesto que el término normativo *elevado* merece una ponderación judicial en cada caso concreto, ya que su determinación numérica dependerá, en gran medida, de la actividad delictiva a la que se dedique la organización.

3.1.2.2 Disposición de armas o instrumentos peligrosos.

La segunda de las circunstancias previstas tiene su fundamento en la mayor peligrosidad que reviste la organización para la vida y la integridad de las personas. Contrariamente a la configuración de otros tipos cualificados¹¹³, la circunstancia no exige *hacer uso*, sino únicamente disponer, presentándose como un tipo cualificado de peligro abstracto.

¹¹³ Arts. 242.3 y 552.1ª del Código Penal.

En aquellos casos en los que las armas de las que disponga la organización carezcan de las licencias y permisos necesarios, deberemos plantearnos cómo armonizar el tipo cualificado que ahora tratamos y el delito de tenencia ilícita de armas ex artículo 564 del Código Penal. Desde luego la aplicación del tipo cualificado por disponer de armas la organización no implica en absoluto la realización del tipo previsto en el señalado artículo 564. Es perfectamente posible que un miembro de cualquier organización abarque con su dolo la circunstancia de que la organización a la que pertenece disponga de armas, pero, de hecho, las mismas no se encuentren ni a su concreta disposición ni material alcance. Luego el conflicto podrá darse únicamente en aquellos casos en los que a un determinado individuo, en función de su cargo en el seno de la organización o de la tarea que el mismo desempeñe, se le haya entregado un arma, de tal manera que ostente una disposición inmediata sobre la misma, si bien, en último extremo, la disposición mediata recaiga en la organización.

3.1.2.3 Disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Al igual que ocurre en la anterior circunstancia, se exige que la disposición de medios tecnológicos avanzados haya sido abarcadas por el dolo del acusado, es decir, que éste conociera y asumiera su concurrencia, aunque no sea necesario que esa disposición pueda predicarse concretamente de la persona enjuiciada; basta que conozca que la organización dispone de ellas, aunque no se encuentren al alcance del acusado.

Los principales problemas exegéticos que presenta esta circunstancia específica consisten, a mi juicio, en determinar como entender el verbo *disponer* y la expresión *medios tecnológicos avanzados*.

En cuanto al verbo *disponer*, la cuestión reside en si debe entenderse en sentido estricto, es decir, como facultad inherente al derecho de propiedad, o en un sentido amplio, como mera posibilidad de utilización. En este sentido, debemos tener en cuenta que el artículo 370 del Código Penal, en su ordinal 3º, al describir circunstancia de extrema gravedad en el ámbito de los delitos

contra la salud pública, atiende a que se *hayan utilizado buques, embarcaciones*¹¹⁴ o aeronaves como medio de transporte específico.

¹¹⁴ La incorporación al tipo cualificado del término <<embarcaciones>> cierra definitivamente la cuestión de si tales embarcaciones debían considerarse o no incluidas en el término <<buque>> utilizado en la formulación del artículo 370.3 del Código Penal, si bien abre el problema de la equiparación punitiva por la utilización de medios de diverso potencial lesivo. En este sentido, no me resisto a citar la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2011**: *"En principio -decíamos en la STS. 577/2008 de 1.12 (RJ 2009, 1534) es adecuado el razonamiento que, en sentido vulgar, el Diccionario asocia la palabra "buque" con "barco con cubierta, que por su tamaño, solidez y fuerza, es adecuado para navegaciones o empresas marítimas de importancia, distinguiéndole del término "barco", esto es "el vaso de madera, hierro u otra materia, que flota y que impulsado y dirigido por un artificio adecuado, puede transportar por el agua, personas, animales o cosas".*

Pero no consideramos correcto -como señaló la STS. 909/2007 de 3.10 (RJ 2007, 9270) -, ampliar ese concepto en base a determinadas normas de derecho privado, como el Reglamento del Registro Mercantil o de derecho fiscal, como las referidas al Impuesto del Valor añadido -anexo Ley 37/92 de 28.12 (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) - que tienen su específico ámbito de aplicación y cuya referencia a los efectos que estamos examinando contraria al principio de legalidad penal, que impide esta clase de interpretaciones extensivas para los conceptos que delimitan los tipos penales.

Por ello se debe acudir a un concepto propio e independiente del ámbito penal que integre criterios teleológicos en su definición. Se trata, en definitiva, de indagar el sentido de la agravante para reducirla a los términos estrictos que reclaman los criterios usuales de interpretación de las normas penales. En este sentido, del conjunto de circunstancias que se describen en el Art. 370.3 para agravar la conducta típica, lo que destaca es la disposición de una gran infraestructura delictiva por parte de los autores del delito de la que inferir una potencialidad criminógena mucho mayor de la ordinaria e incluso tanto la previa realización de otros actos similares como la posibilidad de que a su través se puedan continuar realizando actividades delictivas pese al parcial desmantelamiento de la ORGANIZACIÓN que la sustenta: tales medios son, sin duda, necesarios, para transportar.

En efecto lo relevante es que el buque, entendido como embarcación con determinadas características y una relativa capacidad de carga, sea el medio específico de transporte. Es decir, que buque será un barco tanto con aptitud para cargas grandes de cantidades de sustancia como especialmente idóneo para cometer el delito y, no solo eso, que además ha de ser especialmente idóneo para evitar su descubrimiento. Esta última nota se pone de manifiesto a través de la interpretación de tanto aquello que dice el Art. 370 CP ., como lo que no dice.

Efectivamente, si observamos el contenido del precepto, vemos que equipara el uso de buques con el uso de aeronaves, cuando a través del uso de este último medio de transporte sería especialmente fácil cometer el delito y especialmente difícil descubrir su comisión. Y sin embargo, no recoge el uso de otros medios de transporte como es el de camiones de mediano o gran tonelaje, cuando son aptos para cargar grandes cantidades y cometer el delito. Sin embargo, el camión carece de una capacidad que sí tienen los buques o aeronaves: su aptitud para llegar hasta lugares en los que el control policial, fiscal o aduanero es defectuoso. Esto es, su aptitud para facilitar la distribución y evitar el descubrimiento de los hechos.

En definitiva el buque, desde un punto de vista jurídico, es una embarcación que debe reunir las siguientes notas:

Sin lugar a dudas, la razón de ser de la circunstancia que nos ocupa es la de presumir el legislador una mayor capacidad lesiva de las organizaciones que cuentan con medios tecnológicos avanzados, en la medida en que presupone una mayor adecuación de las mismas para llevar a término sus proyectos delictivos. Y en tanto que indicador de mayor capacidad, exige, a mi juicio, que el verbo disponer sea entendido en un sentido más estricto, puesto que en los países occidentales no tendría sentido cualificar una organización por la mera utilización, por ejemplo, de un avión de línea regular de pasajeros. Ciertamente sería un medio tecnológico avanzado de transporte, pero no se podría predicar de él su disposición, sino su mera utilización como cualquier otro usuario del mismo. Luego no dispondría de él en el sentido propugnado, a mi entender, por el artículo 570 bis, porque no podría adecuar el plan de vuelo de la aeronave de que se trate, simplemente la organización podría adherirse a unas rutas y a unos horarios preestablecidos.

1º) Es una embarcación que tiene cubierta (definida esta por la Real Academia Española como "cada uno de los pisos de un navío situados a diferente altura y especialmente el superior"); cuenta con medios de propulsión propios y es adecuada para navegaciones o empresas marítimas de importancia.

2º) Es una embarcación que tiene una capacidad de carga relativamente grande.

3º) Es una embarcación que se usa como medio específico de "transporte" de la sustancia.

Ello supone que la agravación deriva de la utilización de dicho medio con el fin concreto de transportar la sustancia, aunque sea bajo la apariencia de un transporte lícito, quedando al margen de la agravación los casos en que el imputado para realizar el viaje, lleva la sustancia consigo y se sirve de estos sistemas como forma de transporte público.

4º) Es una embarcación apta para realizar con mayor facilidad el transporte de la sustancia, mediante la realización de una travesía de cierta entidad, incluyéndose la utilización en vía fluvial.

5º) Es una embarcación apta para fondear a una distancia de la costa o arribar a un punto determinado de ella, eludiendo los puertos y, por tanto, los controles policiales y fiscales que en ellos se establecen.

Siendo así no parece que embarcaciones como lanchas motoras, semirrígidas o zodiacs puedan ser consideradas buques a tales efectos, porque no puedan ser consideradas como tales desde un punto de vista gramatical y no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad, sin perjuicio de que el uso de estas embarcaciones pueda dar lugar (en su caso, a la aplicación de la circunstancia de extrema gravedad en atención a la cantidad de sustancia incautada).

Criterio éste que ha sido aceptado en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 25 de noviembre de 2.008, que adoptó el acuerdo de que: " a los efectos del Art. 370.3 CP . no cabe considerar que toda embarcación es un buque . Lo será aquella embarcación que reúna una serie de elementos constructivos -cubierta- con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías marítimas o fluviales, de entidad, excluyéndose expresamente las lanchas motoras, semirrígidas o zodiacs".

Pero ciertamente esa disposición no tiene por qué implicar estrictamente la propiedad del medio tecnológico que se utilice. De hecho esta titularidad dominical no podrá darse en los numerosísimos casos en los que la organización criminal no tiene personalidad jurídica.

En definitiva, entiendo que podremos afirmar la disposición de medios tecnológicos por parte de una organización, a los efectos que ahora nos ocupan, cuando dicha organización tenga la potestad de adaptar la utilización de dichos medios a la conveniencia de sus planes delictivos. Por el contrario, no podremos afirmar dicha disposición cuando sean los planes delictivos los que deban adaptarse a la utilización de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. Considero válido este mismo criterio para discernir cuándo va a ser de aplicación la antes referida circunstancia de extraordinaria gravedad en sede de delitos contra la salud pública, en virtud del matiz introducido por la exigencia de que el medio de transporte utilizado sea *específico*.

La segunda cuestión que merece un especial detenimiento es, según ya he indicado, determinar qué debe entenderse por medios tecnológicamente avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. El problema que entraña esta circunstancia es que los medios tecnológicamente avanzados de comunicación son prácticamente todos los medios que se utilizan de ordinario en la vida corriente, y que prácticamente están al alcance de cualquier ciudadano. Ello conduciría a aplicar el tipo cualificado por la circunstancia que nos ocupa a la inmensa mayoría de supuestos, pues muy difícil resulta concebir una organización en la que sus miembros no hagan uso habitual, como cualquier otro ciudadano, de la telefonía móvil, mensajería instantánea o correo electrónico. No resulta fácil tampoco determinar cuándo un medio de transporte puede ser calificado como tecnológicamente avanzado. Una interpretación literal de esta circunstancia podría conducir igualmente a una aplicación indiscriminada del tipo cualificado, en todos aquellos casos en los que se utilizara, por ejemplo, un vehículo de reciente adquisición. Ni que decir tiene que ni el empleo de ese vehículo o de la telefonía móvil, por ejemplo, implican de por sí un aumento de la capacidad lesiva sobre cualquier otra organización, pues lo que cabe esperar es que en el tráfico ilícito se utilicen los medios tecnológicos que ordinariamente se utilizan en la vida cotidiana y en un momento y lugar determinado. Luego pienso que la clave interpretativa debe buscarse en la exigencia de que tales medios resulten especialmente aptos para la ejecución de los delitos e impunidad de los delincuentes, estableciendo una oposición entre aquellos medios de uso

ordinario que pueden facilitar la ejecución del delito e impunidad de los delincuentes, y aquellos otros medios que son especialmente aptos en sentido estricto. Se entiende por estos últimos los medios tecnológicos que, o bien no son de uso corriente, generalmente debido a su elevado precio, o bien han sido creados o modificados expresamente para la finalidad exigida en la circunstancia que nos ocupa, o bien se les ha dado un uso distinto del habitual. Entiendo que sólo así pueden aportar un plus de antijuricidad que justifique la configuración de un tipo cualificado.

3.1.3 Consecuencias penológicas previstas en el artículo 570 bis del Código Penal.

El apartado 1 del artículo 570 *bis* articula la determinación de la pena a imponer combinando dos criterios, el comportamiento típico del autor y la gravedad del delito. Así establece:

- a- Cuando el comportamiento del autor consistiera en promover, constituir, organizar, coordinar, o dirigir una organización criminal que tuviera por objeto la comisión de delitos graves, impone la pena de prisión de cuatro a ocho años.
- b- Cuando el comportamiento del autor consistiera en promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización que tuviera por objeto la comisión de delitos menos graves o la comisión reiterada de faltas, impone la pena de prisión de tres a seis años.
- c- Cuando el comportamiento del autor consistiera en participar activamente en la organización, formar parte de ella o de cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la misma, y ésta tuviera por objeto la comisión de delitos graves, impone la pena de prisión de dos a cinco años.
- d- Cuando el comportamiento del autor consistiera en participar activamente en la organización, formar parte de ella o de cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la misma, y ésta tuviera por objeto la comisión de delitos menos graves o la comisión reiterada de faltas, impone la pena de prisión de uno a tres años.

El apartado 2 del precepto de constante referencia, por su parte, contiene una doble previsión penológica, según concurren una o más de las circunstancias que tipifica, resultando lo siguiente:

- a- Si concurre una sola de las circunstancias previstas para la cualificación de los tipos descritos en el apartado 1, respectivamente se impondrá la pena en su mitad superior.
- b- Si concurren dos o más de las circunstancias previstas para la cualificación de los tipos descritos en el apartado 1, respectivamente la pena superior en grado.

Finalmente, el apartado 3, establece otra previsión según la cual las penas resultantes de aplicar las reglas contenidas en los apartados 1 y 2, deberán imponerse respectivamente en su mitad superior en función del tipo de delito, cuando la organización tuviera por objeto un delito contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Este último apartado merece dos consideraciones. En primer lugar, resulta obvia la imposibilidad de aplicar esta previsión en los casos en los que la organización tenga por objeto la perpetración reiterada de faltas, pese a caer este supuesto formalmente dentro de su ámbito de aplicación. En segundo lugar, es preciso advertir como plantea este apartado un problema de índole sistemática, puesto que prevé expresamente la posible aplicación del artículo 370 bis a dos supuestos (inducción a la prostitución ex artículo 187, trata de seres humanos ex artículo 318bis) que cuentan con un tipo cualificado por la pertenencia del culpable a una organización, dándose la circunstancia, además, de que ambos artículos han sido modificados por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Volveré sobre este particular al tratar de las relaciones entre el tipo autónomo de promoción de una organización criminal y los distintos tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización.

3.2 El comportamiento típico previsto en el artículo 570 *ter* del Código Penal.

El nuevo artículo 570 *ter* del Código Penal, utiliza tres verbos para describir los comportamientos típicos respecto a un grupo criminal: quienes *constituyeren, financiaren o integraren* un grupo criminal.

Lo más llamativo de esta configuración de los comportamientos penalmente relevantes, es su discordancia con la configuración establecida en el artículo anterior, relativo a las organizaciones criminales. En primer lugar, ya no aparecen dos grupos de comportamientos distintos a los que se aparejan distintas penas. Se equiparan indistintamente actos de constituir, financiar e integrar, recibiendo todos los comportamientos igual tratamiento penológico. Por otra parte, hay comportamientos típicos en sede de organizaciones criminales, cuya previsión típica no encontramos en sede de grupos criminales, a saber, los de *promover, organizar, coordinar, dirigir o de cooperar* de cualquier otro modo distinto al de la financiación. Entiendo que esta omisión de comportamientos típicos tendría sentido si los mismos, por definición, no pudieran darse en sede de grupos criminales, pero ello no es así. Cabría la posibilidad de que la característica de la organización criminal que no reuniera el grupo fuera, por ejemplo, la de tiempo indefinido, de tal manera que se hubiera pactado su disolución en un plazo determinado. En este supuesto, sería factible encontrar un grupo con una estructura jerárquica, en la que aparecieran quienes la *organizaren, coordinaren o dirigieren*, aunque a todos debería aplicárseles por igual la pena prevista para quienes constituyeren o integraren el grupo criminal. De esta manera, y por utilizar un argumento *a fortiori*, el marco penológico del jefe de un grupo criminal de estructura jerárquica que dispusiera de armas y de medios tecnológico avanzados sería exactamente igual que el de un cooperador que se hubiera limitado a realizar un acto de financiación.

Tampoco me parece apropiado el haber penalizado exclusivamente una forma de cooperación, la financiación, sin tener en cuenta otras formas que pueden resultar igualmente merecedoras de sanción penal.

3.2.1 Descripción normativa del término *grupo criminal*.

El concepto legal de *grupo criminal* no está exento de problemas derivados, a mi entender, de su propia configuración residual con respecto a la figura de *organización criminal*. La posibilidad de incluir en este orden la unión

de más de dos personas que no reúnan *alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior*, nos abre un abanico de posibilidades demasiado amplio, que obliga a equiparar aquellas uniones en las que no concurre ninguna característica de las señaladas en el artículo 570 bis, con aquellas en las que concurre alguna de las mismas, sin considerar tampoco que no todas las características citadas merecen una misma valoración jurídica.

A los efectos analíticos, me referiré por separado a las circunstancias necesarias cuya concurrencia determina ya la existencia de un grupo criminal elemental, y a aquellas otras circunstancias que son accidentales y pueden concurrir o no junto a las necesarias.

3.2.1.1 Elementos necesarios. El elemento personal y el elemento teleológico.

Los elementos necesarios para la existencia de un grupo criminal ex artículo 570 ter del Código Penal, son el personal, consistente en *la unión de más de dos personas*, y el elemento teleológico, consistente en que *tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada de faltas*.

Entiendo que muy difícilmente podría introducirse algún matiz entre los términos *agrupación* utilizado en el artículo 570 bis, y el de *unión*. En mi opinión no existe ninguna razón por la cual no deban considerarse como equivalentes a los efectos de descripción típica, si bien hubiera sido mucho más razonable y adecuado a los usos de una correcta técnica legislativa utilizar el mismo vocablo en ambas descripciones típicas. En términos numéricos, el elemento personal viene cumplimentado, al igual que en la figura de *organización criminal* con un mínimo de tres personas.

Por el contrario y en relación a la configuración de los respectivos elementos teleológicos, considero que sí existen algunas diferencias importantes entre las figuras de *organización* y *grupo criminal*. Efectivamente, en el primer caso, la exigencia de concierto no se refiere a la perpetración de delitos o faltas, tal como se exige para cumplimentar un grupo criminal, sino al reparto de tareas o funciones: *Que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones*. Es decir, se exige, a mi juicio, un concierto o coordinación distinto y anterior al que pueda concurrir en fase de ejecución del concreto hecho delictivo. Lo importante no es que se perpetren delitos o faltas de forma concertada, sino que haya existido un previo reparto

genérico (con abstracción de los futuros hechos delictivos que se lleven a término) de tareas o funciones.

En mi opinión este matiz resulta importante, pues de él depende el que se pueda predicar o no de la agrupación una estructura, elemento a mi juicio irrenunciable para dotar de sentido a la figura de organización criminal en el seno del sistema.

3.2.1.2 Elementos accidentales. El elemento temporal y el elemento normativo.

Junto a los dos elementos que he expuesto en el párrafo anterior pueden concurrir, con carácter puramente accidental, el elemento temporal o el elemento funcional, lo cual nos permite referirnos a una tipología variada de *grupos criminales*, según sea la circunstancia que concurra en cada caso concreto. De esta manera podemos referirnos a:

- Grupos criminales básicos:
 - *Unión de más de dos personas que tenga por objeto la perpetración concertada de delitos.*
 - *Unión de más de dos personas que tenga por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas.*
- Grupos criminales estables:
 - *Unión de más de dos personas con carácter estable que tenga por objeto la perpetración concertada de delitos.*
 - *Unión de más de dos personas con carácter estable que tenga por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas.*
- Grupos criminales de duración indefinida:
 - :
 - *Unión de más de dos personas por tiempo indefinido que tenga por objeto la perpetración concertada de delitos.*
 - *Unión de más de dos personas por tiempo indefinido que tenga por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas.*

- Grupos criminales estables de duración indefinida:
 - *Unión de más de dos personas con carácter estable y duración indefinida que tenga por objeto la perpetración concertada de delitos.*
 - *Unión de más de dos personas con carácter estable y duración indefinida que tenga por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas.*
- Grupos criminales con reparto concertado y coordinado de tareas o funciones:
 - *Unión de más de dos personas que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones y tienen por objeto la perpetración concertada de delitos.*
 - *Unión de más de dos personas que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones y tienen por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas.*
- Grupos criminales estables con reparto concertado y coordinada de tareas y funciones:
 - *Unión estable de más de dos personas que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones y tienen por objeto la perpetración concertada de delitos.*
 - *Unión estable de más de dos personas que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones y tienen por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas.*
- Grupos criminales de duración indefinida con reparto concertada y coordinada de tareas y funciones:
 - *Unión de duración indefinida de más de dos personas que de manera concertada y coordinada se reparten diversas*

tareas o funciones y tengan por objeto la perpetración concertada de delitos.

- *Unión de duración indefinida de más de dos personas que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones y tengan por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas.*

La descripción detallada de los distintos tipos de *grupos criminales* suscita dos problemas de difícil solución. El primero consiste en la evidencia de que damos un tratamiento unitario a figuras colectivas de diversa significación antijurídica. No resulta fácil argumentar por qué merece una misma consideración penológica la *unión de más de dos personas que tenga por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas* y la *unión estable de más de dos personas que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones y tengan por objeto la perpetración concertada de delitos*. El segundo es un problema de índole sistemático, que parcialmente incide también sobre la figura de *organización*, pero que de una manera especial lo hace sobre la figura de *grupo* que ahora tratamos. Este problema consiste en la delimitación sistemática entre estas nuevas categorías colectivas de nuevo cuño y las figuras de conspiración en sede de actos preparatorios y de coautoría. Me detendré sobre este particular en el Capítulo siguiente.

4 La introducción de nuevos tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización.

Es llamativo que la introducción del Capítulo IV “*De las organizaciones y grupos criminales*” no haya supuesto la eliminación de los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización; antes al contrario, ha supuesto la introducción de nuevos tipos de esta naturaleza mediante inclusión de los artículos 177 *bis*¹¹⁵ y 399 *bis*¹¹⁶, y la modificación de los artículos 183¹¹⁷, 187¹¹⁸ y 188¹¹⁹ del Código Penal.

¹¹⁵ Artículo 177 *bis* 1 del Código Penal: “Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad

o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiére, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.*
- c) La extracción de sus órganos corporales.*

Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;*
- b) la víctima sea menor de edad;*
- c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.*

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.”

¹¹⁶ Art. 399 bis 1 del Código Penal: “El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años.”

¹¹⁷ Artículo 183. 1 Del Código Penal: “El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

El nuevo panorama legislativo presenta tres particulares que resultan difícilmente explicables, a saber:

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.”

¹¹⁸ Art. 187. 1 del Código Penal: “El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u

obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.

2. El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

3. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces.”

¹¹⁹ Art. 188 del Código Penal: “1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.

3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b) Cuando el culpable pertenezca a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.”

- a- Que no sólo se mantenga en los tipos cualificados la equiparación entre “*organización o asociación*”, tras las consideraciones que realizadas por el legislador en torno a la inoperancia de la figura de la asociación ilícita, sino que, además, utilice dicha fórmula en la introducción de un tipo cualificado de nueva promulgación, como es el contenido en el apartado 6 del artículo 177 *bis*.
- b- Que pese a las definiciones de *organización criminal* y *grupo criminal*, ofrecidas respectivamente en los artículos 570 *bis* y 570 *ter*, insista el legislador en admitir en sede de tipos cualificados la posibilidad de organizaciones de *carácter transitorio*, obviando los requisitos de *estabilidad* y *tiempo indefinido*.
- c- La disparidad de criterios utilizada en la construcción de los tipos cualificados introducidos por la misma Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, en aspectos fundamentales:
 - En la determinación del nexo típico entre el hecho penalmente relevante y la organización. Así, mientras en el artículo 177 *bis* este nexo consiste en la circunstancia de que *el culpable perteneciera a una organización*, en el nuevo apartado 4, letra f) del artículo 183, consiste en que *la infracción se haya cometido en el seno de una organización*; y en el artículo 399 *bis*, por su parte, *en que los hechos se cometan en el marco de una organización*.
 - En la equiparación punitiva de la organización criminal a una asociación, con omisión de cualquier referencia a los grupos criminales, como ocurre en el artículo 177 *bis*; o a un grupo criminal, con omisión de cualquier referencia a una asociación, como ocurre en el artículo 183, apartado 4, letra f), o refiriéndose exclusivamente a una organización criminal con omisión de cualquier referencia tanto a las asociaciones como a los grupos criminales, tal como ocurre en el artículo 399 *bis*.
 - En las consecuencias penológicas derivadas de la concurrencia del nexo típico entre el hecho penalmente relevante y la organización, así, mientras en los artículos 177 *bis* y 187.4. se prevé por tal circunstancia la aplicación de la pena superior en grado, en los artículos 183.4.f), 188 y 399 *bis* se prevé la aplicación de la pena en su mitad superior.

4.1 Análisis comparativo de los tipos cualificados en el vigente Código Penal.

Vistos en el Capítulo II los tipos cualificados introducidos por las reformas que siguieron a la promulgación del Código Penal de 1995, y señalados los nuevos tipos penales que prevén la cualificación por la pertenencia a una organización, introducidos por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, voy a detenerme ahora en un análisis comparativo de todos ellos, que centraré en tres aspectos: el sistemático, el descriptivo y el penológico.

4.1.1 Análisis comparativo sistemático.

En este primer apartado, me interesan exclusivamente los aspectos formales, reparando la ubicación sistemática del tipo cualificado en relación al tipo básico, para resaltar como en el seno del Código Penal no existe una unidad formal en la configuración de los distintos tipos cualificados de esta misma clase. Además, resulta imposible establecer un criterio razonable que explique esa falta de unidad formal, pues la misma parece motivada, antes que por razones de técnica legislativa, por una superposición de modelos resultante de haber seguido cada una de las reformas emprendidas un criterio propio. El legislador parece no haber considerado en cada una de dichas reformas cuales eran los criterios sistemáticos anteriormente seguidos. Así puede establecerse la siguiente combinatoria¹²⁰:

¹²⁰ Este panorama es bastante similar al que encontrábamos antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el que podía establecerse la siguiente combinatoria:

- a- El tipo básico y el cualificado aparecen tipificados en un mismo precepto y apartado únicamente en el artículo 386 del Código Penal.
- b- El tipo básico y el cualificado aparecen en un mismo precepto pero en distintos apartados en los artículos 187, 189, 262, 318 *bis*, 371 y 445 del Código Penal, así como en el artículo 3 de la Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando.
- c- El tipo básico y el cualificado aparecen tipificados en preceptos distintos en los artículos 271, 276, 302 y 369 del Código Penal.
- d- Los tipos cualificados de primer y segundo orden aparecen tipificados en un mismo precepto y apartado en los artículos 302, 318 *bis* y 371 del Código Penal.

- 1- El tipo básico y el tipo cualificado aparecen en un mismo título y apartado, v.g. art. 399 *bis*1.
- 2- El tipo básico y el tipo cualificado aparecen en un mismo artículo pero en distintos apartados, v.g. art177 *bis*1, 183.1, 187.1, 188.1., 318 *bis* y 371.1
- 3- El tipo básico y el cualificado aparecen tipificados en artículos distintos, v.g. art 274/275, 301 y 369 *bis*.
- 4- Los tipos cualificados de primer y segundo orden aparecen tipificados en un mismo artículo y apartado, v.g. art 177 bis 1, 301, 318 *bis* y 371.1

4.1.2 Análisis comparativo de la configuración típica.

Si la disparidad formal era ya de por sí notable, más resulta serlo la disparidad que constatamos en la configuración material de los tipos cualificados, donde ciertamente resulta difícil encontrar más de dos tipos de idénticas características, resultando de todo ello la siguiente combinatoria¹²¹:

-
- e- Los tipos cualificados de primer y segundo orden aparecen tipificados en preceptos distintos en el artículo 369.2º (370) del Código Penal.

¹²¹ También en este aspecto la situación creada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, es similar a la que se planteaba con anterioridad a la reforma:

- a- El tipo cualificado se refiere sólo a organizaciones en el artículo 302 del Código Penal.
- b- El tipo cualificado se refiere en un mismo precepto a organizaciones primero y a organizaciones y asociaciones después, en el artículo 371.2. del Código Penal.
- c- Se hace referencia a organizaciones y asociaciones en los artículos 187, 189.3.e), 271, 276, 318 *bis*, 369 2º y 371 del Código Penal.
- d- Se hace referencia a organizaciones, sociedades y asociaciones en los artículos 189.2, 262, 386 y 445 del Código Penal.
- e- No incluyen a las organizaciones de carácter transitorio los artículos 302 y 371 del Código Penal.
- f- Incluyen las organizaciones de carácter transitorio los artículos 187, 189, 262, 271, 276, 318 *bis*, 386 y 445 del Código Penal.
- g- No incluyen a las organizaciones de actividad ocasional los artículos 187, 189, 262, 271, 276, 302, 318 *bis*, 371, 386 y 445 del Código Penal.

- 1- Se refieren sólo a las organizaciones los artículos 302 y 371 Código Penal
- 2- Se refieren a organizaciones y asociaciones los artículos 271, 276, 369 *bis*, Código Penal
- 3- Se refieren a organizaciones, sociedades y asociaciones los artículos 386 y 445 Código Penal
- 4- No comprenden las organizaciones de carácter transitorio los artículos 302, 371 y 369 *bis* Código Penal
- 5- Comprende a las organizaciones de carácter transitorio los artículos 177 *bis*, 271, 276, 318 *bis*, 386 y 445 Código Penal

Obsérvese como tampoco en el aspecto descriptivo las distintas configuraciones materiales de los tipos pueden ser comprendidas desde criterios racionales. Así, por ejemplo, no es posible establecer un motivo, ni político criminal ni dogmático, capaz de dar razón de por qué en unos casos se ha optado por referirse sólo a organizaciones, y en otros a organizaciones y asociaciones; o de por qué en unos casos se ha optado por incluir a las organizaciones de carácter transitorio y en otros no.

Obsérvese también como esta falta de unidad material en la descripción de los tipos impide, como no puede ser de otro modo, un tratamiento dogmático unitario de la figura que tratamos, pues imposibilita la reducción de los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización a una categoría común que como tal pueda ser estudiada en el seno del ordenamiento jurídico penal, de tal manera que según sea el tipo cualificado en el que centremos nuestro estudio, podremos llegar a conclusiones distintas sobre cuestiones tan básicas como la relación que pueda establecerse entre las categorías de organización y asociación, o entre las de organización y conspiración.

h- Incluye tanto las organizaciones de carácter transitorio como las de actividad ocasional el artículo 369.2 del Código Penal.

4.1.3 Análisis comparativo de la previsión punitiva.

Me propongo ahora realizar una comparación directa de los tipos cualificados entre sí, a los efectos de comprobar si todos ellos encajan en un mismo modelo o si, por el contrario, coexisten diversas previsiones punitivas.

Es en el aspecto penológico donde la falta de unidad en la configuración de los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización alcanza su punto más álgido y alejado de una comprensión racional de la figura que tratamos.

Efectivamente, las distintas previsiones punitivas nos conducen irremediabilmente a una serie de disyuntivas insalvables de las cuales, por su relevancia dogmática –especialmente a la hora de valorar el contenido de injusto que aportaría la circunstancia cualificadora al tipo básico-, interesa formular las siguientes:

- 1- O bien la circunstancia de pertenecer el culpable a una organización debe tenerse por relevante a la hora de fijar la extensión de la pena, o bien debe tenerse por irrelevante. Lo que parece caer fuera del ámbito de lo razonable es que en unos casos se considere relevante y en otros irrelevante.
- 2- O bien la circunstancia de ser jefe, administrador o encargado de una organización es relevante a la hora de fijar la extensión de la pena, o bien debe tenerse por irrelevante. Lo que parece caer fuera del ámbito de lo razonable es que en unos casos se considere relevante y en otros irrelevante.

El contenido de antijuricidad o la necesidad político criminal aportada al tipo básico por cualquiera de las circunstancias señaladas en los puntos anteriores, debe mantenerse constante para cada tipo básico al que sirva de cualificación, por lo que el consecuente aumento de la pena debería ser igualmente constante, aunque proporcional a la pena del tipo básico. Lo que parece caer fuera del ámbito de lo razonable es que idéntica circunstancia en unos casos lleve pareja la imposición de la pena en su mitad superior y otras veces, por ejemplo, la imposición de la pena superior en dos grados.

Sin embargo, la situación que encontramos es muy distinta, resultando la siguiente casuística¹²²:

- a- Prevén la posibilidad de que la organización sea una persona jurídica, con las correspondientes consecuencias penales, los artículos, 177 *bis*, 262, 369 *bis* y 386.
- b- Prevén para el tipo cualificado de primer orden la pena en su mitad superior, los artículos 183, 188, 302 , 371 y 399 *bis* del Código Penal.
- c- Prevén para el tipo cualificado de primer orden la pena superior en grado, los artículos 177, 187, 318 *bis* del Código Penal.
- d- Prevén para el tipo cualificado de primer orden una pena específica, los artículos 189, 271, 276 y 369 *bis* del Código Penal.
- e- No distingue entre la pena a aplicar a los simples integrantes de la organización y sus jefes, administradores y encargados los artículos 177 *bis*, 187, 189, 262, 271 y 276 del Código Penal.
- f- Prevén para los jefes, administradores y encargados la pena superior en grado a la del tipo básico, los artículos 302 y 371 del Código Penal.

-
- a- ¹²² No prevén para el tipo básico ninguna pena agravada, sólo la adopción de una medida *ex* artículo 129 del Código Penal, los artículos 162, 262,386 y 445 del Código Penal.
 - b- Prevén expresamente, además de la imposición de la pena, la adopción de una de las medidas previstas *ex* artículo 129, los artículos 189, 302, 318 *bis*, 369 y 371 del Código Penal.
 - c- Prevén para el tipo cualificado de primer orden la pena en su mitad superior, los artículos 302 y 371 del Código Penal.
 - d- Prevén para el tipo cualificado de primer orden la pena superior en grado, los artículos 187, 318 *bis* y 369.2º del Código Penal.
 - e- Prevén para el tipo cualificado de primer orden una pena específica, los artículos 189, 271 y 276 del Código Penal.
 - f- No distingue entre la pena a aplicar a los simples integrantes de la organización y sus jefes, administradores y encargados los artículos 187, 189, 262, 271 y 276 del Código Penal.
 - g- Prevén para los jefes, administradores y encargados la pena superior en grado a la del tipo básico, los artículos 302 y 371 del Código Penal.
 - h- Prevé para los jefes, administradores y encargados la pena del tipo cualificado de primer orden en su mitad superior o, potestativamente, la pena superior en grado, el artículo 318 *bis* del Código Penal.

- g- Prevé para los jefes, administradores y encargados la pena del tipo cualificado de primer orden en su mitad superior o, potestativamente, la pena superior en grado, el artículo 318 *bis* del Código Penal.
- h- Prevé para los jefes, administradores o encargados la pena del tipo cualificado de primer orden en su mitad superior o, potestativamente, la superior en grado, los artículos 318 *bis* y 177 *bis*.
- i- Establecen una vinculación objetiva entre el delito y la organización, los artículos 183 (en el seno de una organización) y 389 (en el marco de una organización)

Como inmediatamente se verá, la falta de coherencia sistemática en este primer aspecto de la comparación punitiva, tendrá una repercusión importante a la hora de estudiar el aspecto sistemático de las figuras de organización criminal y grupo criminal, dificultando en gran manera que podamos definir unas relaciones armónicas en el seno del sistema penal entre las distintas categorías colectivas.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS NUEVOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

1 La organización criminal ex artículo 570 *bis* versus las organizaciones integrantes de algunos tipos cualificados del Código Penal.

La concurrencia de dos técnicas legislativas diferentes –creación, por una parte, del delito autónomo de pertenencia a una organización y, por otra, de diversos tipos cualificados- ha originado una notable disfunción en el seno del sistema penal.

El problema radica en que nos encontramos ante tipos cualificados por la pertenencia a una organización que, en principio –y por aplicación del principio de especialidad-, deberían desplazar la solución concursal entre el tipo básico de que se trate y el delito autónomo previsto en el artículo 570 *bis*. Cabría esperar que los tipos cualificados implicaran una mayor extensión de la pena, resultante de un *plus* de antijuricidad originado en la fusión de una determinada actividad ilícita (la prevista en el tipo básico) y un determinado modo de llevar a término dicha actividad (en el marco de una organización).

Pero ello no es así. Ni la aplicación de todos los tipos cualificados posibilita siempre penas de mayor extensión, ni es de aplicación la regla 1ª del artículo 8 del Código Penal, sino la regla especial contenida en el artículo 570 *quater* del código punitivo, que prefiere la aplicación de la regla 4ª del citado artículo 8.

Esta circunstancia, -tal como ocurrirá también en sede de grupos criminales ex artículo 570 *ter* del Código Penal-, supone una dificultad importante a la hora de comparar el contenido de antijuricidad de las organizaciones ex artículo 570 *bis* respecto a las organizaciones a que se refieren los distintos tipos cualificados.

Luego es necesario determinar si los tipos cualificados por la pertenencia del culpable a una organización realizan alguna aportación genuina al ordenamiento penal o, lo que es lo mismo, establecer que especiales consecuencias penológicas se derivan de la aplicación directa de estos tipos, con respecto a la solución concursal, real o ideal, entre los respectivos tipos básicos y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* del Código Penal.

Dada la cantidad de variables que deberemos tener en cuenta a la hora de realizar este análisis comparativo, propongo seguir la siguiente sistemática:

1. Analizaré exclusivamente las penas privativas de libertad, prescindiendo de las penas de multa y de inhabilitación, por considerar que es la pena privativa de libertad la más onerosa y, por tanto, la más significativa a los afectos que ahora nos ocupan. Por otra parte, debemos tener en cuenta que las cuantías de las multas pueden no resultar comparables en abstracto, toda vez que coexisten dos sistemas distintos de determinación de cuantías, el de días multa, y el de múltiplos del valor de lo intervenido.
2. Compararé la pena prevista para cada uno de los tipos cualificados con la resultante de aplicar un concurso real primero y un concurso medial después, entre los respectivos tipos básicos y el delito de organización criminal *ex* artículo 570 *bis* del Código Penal
3. Compararé por separado los supuestos de meros miembros o integrantes de la organización, con los supuestos de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.
4. Compararé por separado tanto el límite inferior de las penas resultantes en cada caso, como el límite superior de las mismas.

A fin de facilitar una percepción rápida y cómoda, presento las distintas penas resultantes mediante la inserción de dos tablas. La Tabla I, muestra los límites inferiores y superiores de la pena resultante de aplicar directamente el tipo cualificado. La Tabla II, por su parte, muestra los límites superior e inferior de las penas resultantes de aplicar un concurso real o ideal entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* Código Penal

	TABLA I	Art 177 bis.6.	Art 183.4.f)	Art 187.4	Art 188.4.b)	Art 189.3.e)	Art 276 c)	Art 302.1	Art 318 bis.4.	Art 369 bis	Art 369 bis	Art 371.2	Art 399 bis.1.
Límite superior de la pena	Jefes	15a	6a	7a6m	4a	9a	4a	9a	18a	18a	15a	9a	8a
	Miembros	12a	6a	7a6m	4a	9a	4a	6a	12a	12a	10a	6a	8a
Límite inferior de la pena	Jefes	10a	4a	5a	3a	5a	1a	6a	10a	12a	10a	6a	6a
	Miembros	8a	4a	5a	3a	5a	1a	3a3m	8a	9a	4a6m	4a6m	6a

		TABLA II	Art 177 bis.1	Art 183. 1	Art 187. 1	Art 188. 1	Art 189. 1	Art 274 275	Art 301	Art 318 bis	Art 368	Art 368	Art 371 .1	Art 399 bis. 1.
Límite superior de la pena	Concurso real de delitos	Jefe	16a	14a	11a	10a	10a	8a	14a	16a	14a	9a	14a	16a
		Miembro	13a	11a	8a	7a	8a	5a	11a	13a	11a	6a	11a	13a
	Concurso ideal de delitos	Jefe	8	8a	6a	6a	6a	6a	8a	8a	8a	6a	8a	8a
		Miembro	8	6a	5a	4a	5a	3a	6a	8a	6a	3a	6a	8a
Límite inferior de la pena	Concurso real de delitos	Jefe	9a	6a	4a	5a	4a	3a 6m	4a 6m	8a	7a	4a	7a	8a
		Miembro	7a	4a	2a	3a	2a	1a 6m	2a 6m	6a	5a	2a	5a	6a
	Concurso ideal de delitos	Jefe	6a 6m	6a	4a 6m	4a 6m	4a 6m	4a 6m	6a	6a	6a	4a 6m	6a	6a
		Miembro	6a 6m	4a	3a	3a	3a	2a	3a 3m	6a	4a 6m	2a	4a 6m	6a

Según ya he dicho cabría esperar la existencia de una constante entre la aplicación de los tipos cualificados y el concurso establecido entre los distintos tipos básicos y la figura de la organización *ex artículo 570 bis*, de forma y manera que o bien el tipo cualificado o bien el tipo autónomo, aportaran un *plus* de antijuricidad, manifestado en una mayor extensión de la pena resultante, tanto en su límite inferior como en el superior.

Constato que ello no es así. Fijándonos en la extensión de la pena, resulta imposible afirmar cuál de las opciones (aplicación directa del tipo cualificado o tipo autónomo en aplicación concursal) implica un mayor contenido de injusto.

Veamos la casuística que arrojan las anteriores tablas:

- 1- Existen supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado es igual al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* Código Penal, *v.g.* artículo 183 (para simples miembros).
- 2- Existen supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado es menor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, únicamente cuando se trate de jefes, administradores o encargados, *v.g.* artículo 183, 171.1 y 399 *bis* 1.
- 3- Existen supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado es mayor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, tanto si se trata de meros miembros como de jefes, administradores o encargados: *v.g.* 177 *bis* 1, 187.1, 189.1, 301 y 368.
- 4- Existen supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado es igual al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, *v.g.* 399 *bis* 1 (para simples miembros).
- 5- Existen supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado es menor al límite superior de la

- pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, v.g. art. 274, 275 Código Penal
- 6- Existen supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado es mayor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, v.g. 189.1 Código Penal
 - 7- No existen supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado es igual al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* Código Penal
 - 8- Existen supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado es menor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, v.g. art. 177 *bis* 1.
 - 9- Existen supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado es mayor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, v.g. art. 368 Código Penal
 - 10- Existen supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado es igual al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, v.g. art. 399 *bis* 1.
 - 11- Existen supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado es menor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, v.g. art. 187.1 (para jefes)
 - 12- Existe un supuesto en el que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado es superior al límite superior de la

pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el tipo previsto y penado en el artículo 570 *bis* C.P, v.g. art. 177 *bis* 1.

Esta situación de absoluta disparidad de penas resultantes, que posibilita, incluso, que un mismo tipo cualificado pueda desplegar efectos agravatorios para los jefes, administradores o encargados, y no para los simples miembros, ya la encontrábamos en la situación anterior a la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio¹²³. Como se comprenderá, ello supone un

¹²³ Antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, existía un grado de disparidad semejante al actual en cuanto a la extensión de las penas resultantes:

- a- Existía un supuesto en el que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado era exactamente igual al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de administradores, jefes o encargados: art. 189.
- b- No existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trate de meros miembros de dichas asociaciones.
- c- Existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado era mayor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, y, sin embargo, el límite superior es menor, tanto si se trata de meros miembros como de jefes, administradores o encargados: 369 y 371.
- d- Existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado era menor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, tanto si se trata de meros miembros como de los jefes, directivos o encargados: artículo 274.
- e- No existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trate de meros miembros de dichas asociaciones.
- f- No existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trate de jefes, administradores o encargados.
- g- Existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado era mayor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, tanto si se trata de meros miembros como de jefes, administradores o encargados: artículos 187.1, 187.2, 189, 302, 318 *bis*, 368 y 371.
- h- No existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera igual al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, cuando se únicamente

trate de meros miembros de dichas asociaciones, o únicamente de jefes, administradores o encargados, o de ambos conjuntamente.

- i- Existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado era menor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, tanto si se trata de meros miembros como de los jefes, directivos o encargados: artículo 274.
- j- Existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado era mayor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, tanto si se trata de meros miembros como de jefes, administradores o encargados: artículos 187.1, 189, 302, 318 *bis*, 368 y 371.
- k- No existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trate de meros miembros de dichas asociaciones.
- l- Existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado era menor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trate de jefes, administradores o encargados, así, por ejemplo: artículo 187.2.
- m- No existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera igual al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, cuando únicamente se trate de meros miembros de dichas asociaciones, o únicamente de jefes, administradores o encargados, o de ambos conjuntamente.
- n- Existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado era menor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, tanto si se trata de miembros como jefes, administradores o encargados: 187.1, 187.2, 368, 371.
- o- No existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de meros miembros de dichas asociaciones.
- p- No existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de jefes, administradores o encargados de dichas asociaciones.
- q- No existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera igual al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de meros miembros de dichas asociaciones, o de estos y jefes, administradores o encargados.
- r- Existía un supuesto en el que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado era exactamente igual al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudir a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de administradores, jefes o encargados: art. 189.

quebranto tal del sistema que dificulta enormemente cualquier síntesis doctrinal que quiera realizarse sobre la finalidad político criminal de los tipos cualificados. En mi opinión, dicho quebranto responde a un defecto de orden técnico legislativo antes que a cualquier otra cosa. No se entiende que si se crea un delito autónomo de organización criminal *ex artículo 570 bis* del Código Penal, precisamente como un instrumento normativo de prevención y control de

- s- Existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado era mayor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso real entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, tanto si se trata de meros miembros de dichas asociaciones, o de sus jefes, administradores o encargados: 318 y 368(1). En ambos casos llama la atención lo significativo del aumento penológico, llegando a ser, en el supuesto del artículo 368 (1), de 13 años y 6 meses a 20 años y 3 meses.
- t- No existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, tanto si se trata de miembros como jefes, administradores o encargados.
- u- No existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de meros miembros de dichas asociaciones.
- v- No existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera menor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de jefes, administradores o encargados de dichas asociaciones.
- w- Existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado fuera igual al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de meros miembros de dichas asociaciones: 302 y 371.
- x- Existía un supuesto en el que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado era exactamente igual al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, únicamente cuando se trata de administradores, jefes o encargados: art. 274.
- y- Existían supuestos en los que el límite superior de la pena correspondiente al tipo cualificado era mayor al límite superior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, tanto si se trata de meros miembros de dichas asociaciones, o de sus jefes, administradores o encargados: 187.1, 187.2, 189, 318 y 368. En estos casos nos llama nuevamente la atención lo significativo del aumento penológico, siendo en algunos casos moderado (2 años de diferencia) y en otros elevado (7 años y 6 meses de diferencia).
- z- Existían supuestos en los que el límite inferior de la pena correspondiente al tipo cualificado era mayor al límite inferior de la pena que sería de aplicación de acudirse a un concurso medial entre el tipo básico y el delito de asociación ilícita, y sin embargo, el límite superior era menor, tanto si se trata de meros miembros como de jefes, administradores o encargados: 369 y 371.

la delincuencia organizada, al mismo tiempo se vayan creando –o conservando- tipos cualificados que comprenden prácticamente todas las actividades a las que se dedica tradicionalmente este tipo de delincuencia¹²⁴.

¹²⁴ La Fiscalía General del Estado, en su Circular 3/2011, *sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores*, en su apartado 3.3. ofrece un interesante estudio sobre las disfunciones originadas por la concurrencia del artículo 369 *bis* –subtipo agravado en los delitos de tráfico de drogas- y el repetido artículo 570 *bis*, estableciendo las tablas que, por su incuestionable interés, reproduzco a continuación:

CUADRO PENOLÓGICO COMPARATIVO (ART. 570 BIS – ART 369 BIS)
DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS REALIZADO A TRAVÉS DE UNA
ORGANIZACIÓN CRIMINAL (III)

**) Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración*

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN DELITO GRAVE Art. 570 bis.1 +	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4
ORGANIZACIÓN DELITO NO GRAVE 570 bis.1 +	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	TRÁFICO DROGAS (no grave daño) 368	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis) + DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN DELITO GRAVE Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño salud) 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 03.01.00 04.06.00 y multa de 2 a 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CONCURRENDO UNA CIRCUNSTANCIA DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NUMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa de tanto al 3	18.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	12.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON UNA CIRCUNSTANCIA DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave no daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NUMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	21.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	16.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave no daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

Existe un segundo problema al que me quería referir en este apartado. Se trata de la relación existente entre el tipo cualificado previsto y penado en el artículo 370 3º, en su modalidad *de utilización de buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico*, y el previsto y penado en el artículo 570 bis c) en su modalidad de aquellas organizaciones que *dispongan de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables*. Nuevamente la aplicación del artículo 570 quater nos conduce a unos resultados manifiestamente contrarios al equilibrio normativo que cabría esperar de un ordenamiento mínimamente sistemático, obligándonos unas veces a aplicar tipos cualificados, y otras soluciones concursales¹²⁵.

¹²⁵ La casuística viene perfectamente desglosada en la ya referida circular 3/2011, de la Fiscalía General del Estado, de donde reproduzco las siguientes tablas:

TRÁFICO DE DROGAS CAUSANTES DE GRAVE DAÑO A LA SALUD (TIPO BASICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa del tanto al triplo	18.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa del tanto al triplo	13.06.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00

TRÁFICO DE DROGAS CON SUSTANCIAS NO CAUSANTES DE GRAVE DAÑO EN LA SALUD DEL ART. 368 (TIPO BASICO), EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURIENDO UNA Y/O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) nº elevado personas, armas, medios avanzados. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tto al 2	09.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tto al 2	06.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. nº elevado personas, armas, medios av. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	12.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	07.06.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

TRÁFICO DE DROGAS CAUSANTES DE GRAVE DAÑO, CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRIENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) nº elevado personas, armas, medios avanzados + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. nº elevado personas, armas, medios avanzados + TRAFICO DROGAS (grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	21.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	16.06.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00

2 La organización criminal ex artículo 570 bis, versus la figura de asociación ex artículo 515 1º del Código Penal.

Muñoz Cuesta¹²⁶ se ha pronunciado recientemente sobre la difícil distinción entre las figuras de organización y de asociación ilícita, y la

TRÁFICO DE DROGAS NO CAUSANTES DE GRAVE DAÑO, CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRIENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) nº elevado personas,, medios avanzados. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	10.06.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	07.06.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST: nº elevado personas, medios avanzados. + TRAFICO DROGAS (no grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	13.06.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	09.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

¹²⁶ MUÑOZ CUESTA. <<Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia.>>. "Revista Aranzadi Doctrinal". Num. 1/2011. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2011. "Después de leído el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio (RCL 2010, 1658) y la definición que hace de organización criminal el art. 570 bis 1 párrafo 2ºCP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), se nos plantean serios problemas de diferenciación de una y otra, cuando parecía lógico que la introducción

especial complejidad que supone dirimir tal deslinde a la luz de lo establecido en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Efectivamente, siguiendo al citado autor, parece claro –según ya tuve ocasión de afirmar–, que el preámbulo de la citada norma obliga a considerar como *tertium genus* la figura de la asociación ilícita frente a las de organización y grupo criminal.

Las alternativas que presenta Muñoz Cuesta son dos. La Primera, iniciar la labor exegética de deslinde a partir del bien jurídico protegido

de la organización criminal como un tipo delictivo en el Código Penal ya iba a colmar las exigencias punitivas en esta modalidad criminal, pero nada más lejos de la realidad puesto que es el propio Preámbulo citado el que expone que la poca aplicación del delito de asociación ilícita previsto en el art. 515.1ºCP queda vigente por ser diferente a la organización criminal, extrayéndose de esa norma las organizaciones terroristas que tienen un tratamiento específico en el art. 571CP, cuya distinción es clara por el tipo de delitos concretos que pretendan cometer, recogidos en los artículos siguientes al citado en último lugar. La asociación ilícita participa de las mismas notas que la organización criminal en cuanto se refiere a número de miembros, estabilidad, reparto de funciones, concierto entre sus componentes y finalidad de cometer delitos o de faltas de forma reiterada, pudiendo faltar alguna o algunas de estas características en los grupos criminales, por ello la diferenciación sólo será necesario realizar entre asociación y organización. Pudieran diferenciarse por su ubicación sistemática en el Código Penal que alerta sobre el bien jurídico protegido en cada una de ellas. Así en la asociación ilícita se pretende preservar el correcto ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y en la organización criminal el orden público, que pretende proteger la seguridad de la comunidad o la seguridad ciudadana, por tanto desde este punto de vista teórico puede hallarse una distinción, que en realidad no aporta nada práctico a la hora de decantarse por uno u otro, a no ser que quede patente la finalidad delictiva de la asociación o la organización. Posiblemente donde pueda hallarse la distinción entre ambas modalidades delictivas es en la forma de su constitución, siéndolo la asociación ilícita al amparo del art. 22CE (RCL 1978, 2836) que establece el derecho de asociación y por tanto teniendo una forma jurídica que se desvía de esa finalidad lícita desde su origen o bien posteriormente y en cambio la organización criminal, dice el Preámbulo de la LO 5/2010, tiene una naturaleza originaria intrínsecamente delictiva, carente de forma jurídica o si la tiene lo es sólo con el propósito criminal. Abundando más en la cuestión podríamos diferenciarlas en que las primeras tienen forma jurídica y además de la finalidad delictiva originaria o sobrevinida tienen otras actividades lícitas y en cambio la organización criminal puede no tener esa forma constitutiva conforme a derecho y su exclusivo fin es la perpetración de delitos o la reiterada comisión de faltas, sin actividad lícita. En cualquier caso, y sería un fracaso por parte del intérprete del supuesto de hecho a calificar, si no se hallase la diferencia entre una u otra figura y hubiera que acudir a la fórmula de cierre que establece el art. 570 quáter 2 párrafo 2CP, que dispone que cuando las conductas previstas en los artículos relativos a la organización o grupo criminal estuviesen previstos en otros preceptos del Código Penal se aplicará en todo caso la regla 4ª del art. 8CP, apreciándose la norma que mayor pena disponga, dejando bien claro el legislador de la reforma que tratamos que esa situación puede ocurrir y que si se plantea esta es la solución del concurso de normas creado, supuesto que vistas las dificultades de diferenciación de la organización con la asociación ilegal así debería solventarse la cuestión cuando no fuere posible decantarse por una norma u otra, lo que sucederá también en otros supuestos al expresado de distinción con la asociación ilícita.”

establecido en la Sección Primera del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código Penal –*De los delitos cometidos con ocasión de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución*. Siguiendo esta línea, reservaríamos la aplicación de la figura de la asociación ilícita para aquellos supuestos de categorías colectivas que expresamente afectaran a los derechos y libertades fundamentales, en una línea próxima –lo veremos en su momento- a la mantenida por Quintero Olivares. La segunda, consistiría en centrar la exégesis del precepto en una concepción civilista del término *asociación*, de tal manera que se reservara la aplicación de tal categoría, exclusivamente para aquellos casos en los que la organización criminal se hubiera constituido, formalmente, como una asociación civil.

Resulta evidente que ninguna de tales vías puede considerarse plenamente satisfactoria, toda vez que, a mi entender, no existe –en la esfera de la antijuricidad material- ningún motivo que pueda justificar un tratamiento diferenciado, especialmente en el segundo supuesto, pues resulta a todas luces irrelevante que una organización criminal, pueda o no ser considerada a los efectos civiles, como una asociación.

Ya he manifestado que me parecía poco razonable que el legislador no hubiera incluido el ordinal 1º del artículo 515 del Código Penal, -al menos en la modalidad de asociaciones ilícitas que tengan por objeto cometer algún delito o que, después de constituidas, promuevan su comisión-, en el artículo Único de la Ley Orgánica 5/2010, de modificación del Código Penal, a fin de que corriera la misma suerte que del antiguo ordinal 2º del mismo precepto penal.

Y ello por un motivo evidente. Asumida la equiparación sustancial de las figuras de asociación y organización, y de sus respectivos sujetos activos (fundadores, directores, presidentes y miembros activos por una parte; y promotores, constituyentes, organizadores, coordinadores, directores y participantes activos, por otra), y vista la literalidad del artículo 570 *quáter*¹²⁷ 2. del Código Penal, resulta más que notorio que la figura de

¹²⁷ Art. 570 *quáter* del Código Penal: “1. Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del artículo 31 bis de este Código.

2. Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades

asociación ilícita no podrá aplicarse nunca, pues de darse hechos subsumibles en el tipo, deberá aplicarse el 570 *bis* al ser éste el precepto penal más grave, y excluir la aplicación del 515, por castigar el hecho con pena menor.

En este sentido, repito, podemos hablar de una verdadera derogación tácita del ordinal 1º del repetido artículo 515, en posición compartida por la Fiscalía General del Estado¹²⁸.

económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8.

3. Las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero.

4. Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.”

¹²⁸ La circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, en su apartado V. A., -Relación concursal con el delito de asociación ilícita del art. 515 del Código Penal- mantiene lo siguiente: “En consecuencia, en los supuestos en que se plantee un conflicto de normas entre los artículos 515.1 y 570 *bis* CP, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 *quáter* CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el art. 570 *bis*. Así, la pena prevista en el art. 517 CP para los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones es la de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. La pena prevista en el art. 570 *bis* para los responsables de las organizaciones criminales que tengan por finalidad la comisión de delitos graves es prisión de cuatro a ocho años y prisión de tres a seis años en los demás casos, a la que hay que añadir la pena de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización criminal, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, por lo que si bien no se prevé la imposición de una pena de multa, las penas previstas para los responsables de la organización criminal son más graves que las previstas para las asociaciones ilícitas. Cabe señalar que aún cuando no coinciden plenamente en su denominación literal las personas que pueden ser responsables en ambos tipos, puede considerarse que se trata de las mismas conductas, en definitiva los responsables de poner en marcha y dirigir la asociación u organización. Lo mismo cabe concluir en relación a la responsabilidad de los miembros activos, pues incluso en el supuesto de los miembros

En cualquier caso, profundizaré más sobre esta cuestión en el Capítulo VIII, al referirme a la función político criminal de la figura de la asociación ilícita en el vigente sistema normativo.

3 La organización criminal ex artículo 570 bis versus la conspiración.

Las relaciones entre las figuras de conspiración y de organización pueden articularse desde una doble perspectiva, la ontológica y la funcional.

Desde una perspectiva ontológica, cabría considerar la conspiración como una suerte de tipo autónomo plurisubjetivo de convergencia, mediante el que se tipifica la conducta de quien resuelve junto a otros cometer un ilícito penal, de tal manera que bien podría considerarse como un delito barrera.

Desde una perspectiva funcional, frente a la universal imposición de la pena cuando el culpable sea considerado un sujeto activo previsto en el 570 bis, se exige para la punición del acto preparatorio que la conspiración esté expresamente prevista para el delito proyectado. Por otra parte, una vez iniciada la ejecución del delito, el principio de consunción excluye la aplicación de la pena prevista para la conspiración, mientras que para el caso de la organización, subsiste la pena, bien en forma de incremento punitivo del tipo básico, bien en relación concursal.

No conozco ninguna sentencia en la que el Tribunal Supremo haya intentado delimitar la figura de la conspiración de la figura de la organización, pero sí de la figura de la asociación ilícita, en una jurisprudencia –por todas, **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 1993**¹²⁹ - que

activos de una organización que no tuviera por finalidad la comisión de delitos graves, la pena de prisión a imponer -de uno a tres años, coincide con la pena de prisión a imponer a los miembros activos de una asociación ilícita conforme al art. 517. 2º CP, a la que hay que añadir en el caso de los miembros activos de la organización criminal la pena de inhabilitación especial prevista en el art. 570 quáter, que en cualquier caso es más grave que la pena de multa prevista en el supuesto de los miembros activos de una asociación ilícita.”

¹²⁹ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 1993:** “Si tomamos como punto de partida la citada resolución de 24 de junio de 1993 para el análisis que nos ocupa, cabría afirmar que la diferencia entre la conspiración y la organización a la que se refieren los tipos cualificados, debe articularse conforme a dos criterios: el de la estabilidad y el de la determinación de las infracciones a cometer, a los que añadiré, a los efectos puramente especulativos, los criterios del grado de organización alcanzado para la ejecución del delito y de la intensidad del peligro dimanante de la pérdida de autonomía de la voluntad.”

entiendo perfectamente extrapolable al supuesto que he planteado. Me detendré a continuación sobre cada uno de los criterios de delimitación señalados en la referida sentencia, aplicándolos *mutatis mutandis* a la figura de la organización.

3.1 El criterio de mayor estabilidad.

La estabilidad es una magnitud graduable y cuantitativa. En consecuencia, la delimitación conforme a este criterio de las figuras de conspiración y organización no podrá ser jamás nítida y precisa, pues la valoración del *quantum* de la estabilidad dependerá, en última instancia, de una apreciación subjetiva del jurista, que pasará de valorar el *quantum* de la organización a valorar el *quantum* de la estabilidad.

Por otra parte, no podemos olvidar que la jurisprudencia ha utilizado también el criterio de la estabilidad para marcar el límite inferior de la conspiración, aquel que le separa de los actos irrelevantes a los efectos punitivos, exigiendo una cierta estabilidad temporal, así, *v.g.*, en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 26 de octubre de 2001**¹³⁰, siguiendo doctrina del Tribunal Supremo.

Es cierta la objeción de que en realidad ese requisito (destacado en negrilla en la nota 128 a pie de página), no es tanto un elemento definidor de la

¹³⁰ **Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 26 de octubre 2001:** “Con arreglo al artículo 17 del Código Penal, la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Es una forma de los actos preparatorios del delito que no pertenece aun a la ejecución. Su concepto es desarrollado en las SS 1. 10. 1990 y 30. 6. 1995, a sus requisitos se refieren las de 24. 9 1996 y 9. 3 1998, destacan las de 10. 3 y 18. 10 de 2.000 las notas de concierto previo y firme resolución, y perfila sus presupuestos con exactitud la de 16. 12. 1998 al mencionar: a- el concurso de dos o más personas, que reúnan las condiciones necesarias para poder ser autoras del delito proyectado; b- el concierto de voluntades entre ellas o el “*pactum sceleris*”; c- la resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas, o decisión sobre la efectividad de lo proyectado, *resolutio finis*; d- que dicha resolución tenga por objeto un delito concreto, que sea de aquellos que el legislador ha considerado especialmente merecedores del adelantamiento de la barrera de protección penal, sancionando expresamente los actos de conspiración; e- **que exista un lapso de tiempo relevante entre el acuerdo y la realización, entre el proyecto y la acción directa, que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que no puede calificarse como conspiración el mutuo acuerdo surgido espontáneamente y de repente, cuando se aprecia la posibilidad inmediata de realización de un hecho delictivo, sin reflexión alguna.** Como elemento negativo, la sanción por conspiración requiere que no haya dado comienzo la ejecución delictiva.”

conspiración, como una forma concreta de acreditar esa mínima firmeza en la resolución a la que se refiere la citada sentencia. El problema es que la firmeza en la resolución no se puede valorar desligada de la perseverancia de los conspiradores en la misma, y ello representa no poderse zafar del elemento temporal en la delimitación conceptual de la conspiración.

Por si este panorama no fuera lo suficientemente desalentador, no podemos olvidar tampoco que determinadas circunstancias accesorias de la clase que tratamos, prevén expresamente la posibilidad de que la organización tenga un carácter transitorio. Tal como planteamos al comentar la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en Materia de Tráfico ilegal de drogas, esta circunstancia supone tanto como equiparar los conceptos de conspiración y organización desde la perspectiva del criterio estrictamente temporal que ahora nos ocupa. De esta forma y en primera instancia, cabría definir el recurso legal a los tipos cualificados por la pertenencia a una organización de carácter transitorio, como verdaderas conspiraciones para las que se ha excluido la aplicación del principio de consunción.

De lo argumentado en este epígrafe y a la luz de nuestro vigente derecho positivo, entiendo inidóneo el criterio de la estabilidad temporal como delimitador entre las figuras de conspiración y organización.

3.2 El criterio de determinación/indeterminación de las infracciones a cometer.

La conspiración es siempre un acto preparatorio que, como tal, necesariamente irá referido a un concreto hecho delictivo en particular. De ahí que pudiéramos pensar en la determinación o indeterminación de las infracciones a cometer como criterio de distinción entre ambas figuras. De este modo, si el delito proyectado fuera uno y conocido estaríamos ante un acto preparatorio, y si fueran varios y numéricamente indefinidos estaríamos ante una organización y, en consecuencia, podríamos aplicar el tipo agravado en grado de tentativa.

Sin embargo, fuera del ámbito del artículo 570 *bis*, que expresamente utiliza el plural para referirse al objeto de la organización (*cometer delitos, así como llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*), la cuestión no es tan sencilla. Ni que decirse tiene, que antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, este criterio podría chocar, en principio, con el

propio derecho positivo, en concreto con el tipo cualificado contenido en el artículo 369, que preveía expresamente la posibilidad de que la organización actúe *aún de modo ocasional*, pues ese *modo ocasional* podía implicar –entre otros supuestos- aquellos casos en los que la organización hubiera actuado una sola vez, siendo condenados sus miembros, como tantas veces hemos visto en la práctica forense, por una sola operación constitutiva de un tipo agravado.

Con todo, la adopción de este criterio nos adentraría en el peligrosísimo terreno de no distinguir cualitativamente la figura de la conspiración de la figura de la organización, puesto que el deslinde entre una y otra dependería, exclusivamente, del número de delitos proyectados.

En la práctica supondría no poder apreciar, con respecto a un mismo grupo de personas, la figura de la conspiración para la comisión de un determinado delito, cuando las mismas ya hubieran sido condenadas por el tipo básico, puesto que automáticamente sería de aplicación el tipo cualificado, al concurrir más de un hecho delictivo: el proyectado y el que ya fue objeto de una primera condena. Por similar razonamiento, el principio *ne bis in idem* impediría la concurrencia de una condena por el delito cualificado y otras condenas por conspiración para la comisión de un hecho delictivo incardinable en el tipo básico, pues ese contenido de injusto ya se comprendería en el tipo cualificado.

En definitiva, la adopción de la determinación / indeterminación de los delitos a cometer como criterio de distinción entre la conspiración y la organización es una falacia, puesto que en realidad toma como premisa la identidad cualitativa de las dos categorías que pretende distinguir.

Ni que decirse tiene que tampoco nos podría ser de utilidad para delimitar la conspiración de la organización el criterio de la determinación, si en lugar de entender la determinación en un sentido numérico (cuántos hechos delictivos se ha proyectado cometer) la entendiéramos en sentido cualitativo, es decir como grado de concreción que el hecho delictivo debe alcanzar para poder apreciar la conspiración, toda vez que resulta obvio que el delito intentado o consumado que abriría la puerta a la aplicación del tipo cualificado, está necesariamente concretado antes de iniciarse su ejecución concertada.

3.3 El criterio del grado de organización alcanzado para la ejecución del delito.

Según esta tesis, la diferenciación entre la conspiración y la organización que cualifica determinados tipos recaería en la mayor complejidad del delito proyectado y ejecutado por la organización que en el proyectado por la simple conspiración.

De esta manera podría argumentarse que la organización reviste mayor peligrosidad que la simple conspiración, dada su mayor capacidad e idoneidad *ex ante* para cometer delitos complejos.

Sin embargo esta tesis no encuentra respaldo alguno en nuestro derecho positivo ni en la jurisprudencia que lo interpreta. Tampoco parece que pueda ser respaldado desde un análisis dogmático más detenido, y ello por varios motivos.

Es cierto que este criterio explicaría el mayor injusto de la organización con respecto a la simple conspiración, y que esta distinción se haría recaer, precisamente, sobre un rasgo de mayor consenso entre los juristas: la especial complejidad que revisten las operaciones delictivas operadas a través de organizaciones.

Pero la cuestión radica en determinar si existe algún motivo por el cual la conspiración sea incompatible con la complejidad ejecutiva del delito principal del que depende, y esta cuestión, a mi entender, sólo puede responderse de forma negativa.

Efectivamente, son varios los argumentos que me inclinan a excluir la incompatibilidad que planteaba como hipótesis en el párrafo anterior. El primero de ellos resulta obvio: no podría justificarse que en algunos delitos para los que está prevista la conspiración no estuviera a su vez prevista el tipo cualificado de organización pues estaríamos dando un tratamiento penológico unitario a dos realidades diferenciadas: la conspiración (en aquellos supuestos en los que no se apreciara una especial complejidad en la ejecución del delito proyectado) y lo que materialmente debería ser una organización (por revestir la ejecución del delito proyectado una especial complejidad.)

Por otro lado, esta tesis sólo podría ser atendida en aquellos casos en los que la mayor complejidad viniera objetivamente vinculada a un juicio de mayor eficacia en la comisión del delito, pues en realidad es del aumento de eficacia *ex ante* de donde emana un incremento objetivo del riesgo para el bien

jurídico protegido en el delito proyectado. Luego sólo tendría valor esta tesis en la medida en que se diera una relación necesaria entre la complejidad del *modus operandi* y el juicio de eficacia que el mismo merecería, de tal manera que pudiera afirmarse la siguiente concatenación de ideas:

+ complejidad \Rightarrow + eficacia \Rightarrow + garantía de éxito del propósito criminal \Rightarrow + peligro para el bien jurídico protegido.

No obstante, esta teoría nos podría llevar a un resultado materialmente injusto, aunque perfectamente posible en nuestro derecho positivo: el de aplicar el tipo cualificado en grado de tentativa. Si se hace radicar el fundamento de la organización en definitiva, al juicio *ex ante* del incremento de la garantía del propósito criminal, sería un contrasentido aplicar el tipo cualificado a aquellos casos en los que precisamente el propósito criminal ha fracasado por causas independientes a la voluntad de los autores, esto es, en los supuestos de tentativa. En estos supuestos, descontado el fundamento propio de la pena impuesta a los delitos intentados, no revestirían mayor peligro para el bien jurídico protegido en la figura básica que el propio de una conspiración merecedora de un juicio *ex ante* de viabilidad.

Existe un último inconveniente de esta teoría al que me quiero referir; es el de supeditar la calidad de *conspiración* o de *organización* al grado de elaboración del concreto plan delictivo, por lo que la distinción entre una y otra categoría podría no residir en lo que son en si mismas cada una de ellas, sino en la etapa de planificación de su propósito criminal.

En síntesis considero que este criterio debe ser rechazado por confundir dos esferas diferentes. Una cosa es que desde la criminología podamos constatar que las organizaciones criminales lleven a término operaciones delictivas cada vez más complejas, por su sofisticación técnica, material y humana, y otra que en la esfera normativa en la que ahora nos movemos ese dato deba ser relevante, pues en la esfera normativa no podremos definir una categoría en función de las acciones que lleva a término, sino de la función que cumple en el seno del sistema y de su relación con las figuras afines al mismo.

3.4 El criterio de la intensidad del peligro dimanante de la pérdida de autonomía de la voluntad.

El contenido de injusto de la conspiración, por expresarnos de algún modo, consistiría en el riesgo para el bien jurídico protegido dimanante de la concurrencia de varias voluntades resueltas a cometer un determinado delito.

No existe ningún inconveniente en que este primer estadio de la intensidad del peligro también sea común al propio de una organización: en ella también concurren una serie de voluntades dispuestas a cometer un determinado delito.

Ahora bien, en mi opinión, la diferencia entre la conspiración y la organización debe centrarse en aquellos elementos aportados por la organización que, objetivamente, pueden ser considerados como un aumento del riesgo adicional al propio de la conspiración.

Podría decirse que el riesgo propio de la conspiración consiste en el aumento de las probabilidades *ex ante* de que el contenido de injusto del tipo básico llegue efectivamente a realizarse, precisamente por esa pérdida parcial de control del proyecto criminal que sufre cada una de las voluntades concurrentes. En definitiva, y en términos psicológicos podríamos explicar, principalmente, por qué cada una de las voluntades interactúa con las otras reforzándose mutuamente, de forma y manera que existe una pérdida de la autonomía necesaria que en otras circunstancias podrían llevar al abandono del proyecto criminal individual. Esta pérdida de autonomía, se produce, y esto es lo importante, por la simple concurrencia de factores psicológicos propios de la dinámica de las relaciones interpersonales.

Pues bien, podría argumentarse que en el seno de una organización, esa pérdida de control del proyecto criminal se produce con una intensidad muchísimo mayor, debido a la concurrencia de dos características que la definen: la jerarquía de mando¹³¹ y la fungibilidad de sus miembros.

En la conspiración los futuros coautores se encuentran en una situación de igualdad, todos ellos han decidido llevar a término el proyecto criminal desde su propia libertad de decisión. La pérdida de control sobre ese proyecto

¹³¹ Esta posición implica, lógicamente, admitir la estructura jerárquica de la organización como inherente a la misma, aunque no se exija tal condición de forma explícita en su definición legal.

criminal, se explica, según ya hemos visto, en la concurrencia de factores de naturaleza estrictamente psicológica.

En la organización, sin embargo, se produce un cambio cualitativo. Los miembros de la misma ya no se encuentran en una situación de igualdad, de hecho, el propio derecho positivo contempla un agravante de segundo orden para los jefes, directores y administradores de las mismas. De esta manera, los integrantes se ven vinculados al proyecto criminal desde un doble vínculo: su propia decisión personal (al menos para colmar las exigencias del principio de culpabilidad), y la obediencia a los jefes, directores y administradores de los escalafones superiores de la organización criminal.

Por ello la pérdida de control del proyecto criminal de quien ha decidido integrarse en la estructura de una organización, no sólo responde a los genéricos factores de naturaleza estrictamente psicológica a los que me refería antes, sino también al hecho de estar integrados en una estructura jerárquica y, en consecuencia, regida por los principios de obediencia y coacción interna como ideas inherentes al concepto de jerarquía.

De igual modo, la fungibilidad de los miembros de la organización supone un obstáculo añadido para poder afirmar el efectivo control del proyecto criminal de aquellos. Efectivamente, así como la renuncia de uno de los conspiradores al proyecto criminal puede suponer la inviabilidad del mismo o, cuando menos, una dificultad sobrevenida de suficiente entidad como para que el resto de los mismos se plantee si vale la pena o no proseguir con el proyecto delictivo, en la organización el abandono de uno de sus miembros no tiene más efecto que la sustitución del mismo por un nuevo individuo.

En definitiva, desde la perspectiva del injusto, puede afirmarse que la organización aumenta en un grado el riesgo propio de la conspiración, si bien ambos traen causa de la misma circunstancia: la pérdida de control sobre el proyecto criminal en la que cae el individuo, de menor intensidad en la conspiración, y de mayor en la organización.

Aparentemente podría pensarse que la admisión de esta tesis sigue siendo incapaz de explicar por sí sola que la pertenencia a una organización pueda ser configurada como una circunstancia cualificadora del tipo básico, pues en modo alguno resiste los rigores del principio de consunción.

Veámoslo con detenimiento. Si la conspiración deviene irrelevante a los efectos punitivos cuando se ha dado inicio a la ejecución del delito, es porque el peligro concreto que representaba para el bien jurídico protegido o bien ha

experimentado un cambio cualitativo, al haberse intentado el delito, o bien se ha materializado en una lesión (delitos de resultado) o puesta en peligro con relevancia penal (delitos de peligro).

Pues bien, si la única diferencia entre la conspiración y la organización fuera la distinta intensidad del peligro al que se somete el bien jurídico protegido antes de darse inicio a su ejecución, estaríamos hablando en realidad de una conspiración cualificada, es decir, de un peligro anterior a la fase ejecutiva que, por tanto y en virtud del citado principio de consunción, debería considerarse en todo caso absorbido o bien por el peligro propio de la tentativa o bien por el quebrantamiento del bien jurídico causado por la consumación del delito proyectado.

Sin embargo ello no es así, puesto que el peligro cualificado que supondría la organización, debe considerarse de por sí provisto de una entidad antijurídica propia, independiente del concreto delito proyectado.

3.5 Toma de posición.

Para poder afirmar la viabilidad dogmática de los tipos que tratamos, necesariamente ha de pervivir su contenido de injusto a la consumación del delito proyectado; sólo de esta manera podrá sumarse dicho contenido al propio del tipo básico.

He mantenido la insuficiencia de los criterios de mayor estabilidad, indeterminación cuantitativa y cualitativa de los delitos proyectados, del grado de organización alcanzado para la ejecución del delito y de la mayor intensidad del peligro dimanante de la pérdida de autonomía de la voluntad para delimitar las figuras que nos ocupan.

Aún así creo que pueden mantenerse algunas reglas de delimitación conceptual entre ambas figuras, a saber:

- a. Con respecto a la figura de la organización tipificada en el artículo 570 *bis* del Código Penal.
 - Existirá necesariamente conspiración en aquellos casos en los que concurren sólo dos personas.

- Existirá organización siempre que concurren los requisitos personal, temporal y funcional previstos en el artículo 570 bis, y configuren el elemento teleológico una pluralidad de hechos y no un solo hecho concreto.
 - Consecuencia de lo mantenido hasta aquí es que, de faltar algún elemento al hecho enjuiciado para poder ser calificado de organización, necesariamente estaremos equiparando las figuras de grupo criminal y conspiración.
- b. Con respecto a la figura de la organización prevista en los tipos cualificados que admiten la cualidad de transitorias y/o de actuación ocasional.

Entiendo que sería posible armonizar ambas figuras en el seno del sistema, a condición, eso sí, de que se reinterpretara de forma restrictiva el calificativo de “transitoria”. Dicha cualidad debería entenderse como su auto-limitación temporal, es decir, como la decisión de sus jefes o directivos de que la misma permanezca operativa durante un cierto espacio temporal, transcurrido el cual será desarticulada. Durante el tiempo en que la misma se encuentre operativa estará, al menos en términos genéricos, abierta a la posibilidad de realizar distintos hechos concretos constitutivos del delito previsto en el tipo básico de que se trate. Por el contrario, la transitoriedad que puede predicarse de la conspiración, se referirá necesariamente al delito proyectado, será transitoria en la medida en que, por su propia naturaleza, la conspiración se extinguirá en cuanto se dé inicio a la ejecución del delito proyectado. Interpretadas en estos términos, ambas ideas de transitoriedad no serían en absoluto excluyentes, podrían concurrir perfectamente en un mismo supuesto, de tal manera que sería perfectamente posible condenar a un reo por una conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública, cualificado por la pertenencia del culpable a una organización de carácter transitorio.

Sólo a partir de este marco teórico y de lo dicho en el epígrafe anterior, entiendo que es posible otorgar carta de naturaleza propia a la organización, tal como se configura en los tipos cualificados de referencia, frente a la conspiración.

4 La organización *versus* la coautoría.

En numerosísima y reiterada jurisprudencia¹³², la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha intentado explicar el concepto de organización por oposición a lo que denomina *simple coautoría*.

Entiendo que desde el punto de vista sistemático tal equiparación –la organización como una suerte de coautoría cualificada– es inadecuada, pues opone figuras heterogéneas de muy distinta ubicación sistemática e introduce elementos que pueden aportar más confusión que claridad a una cuestión ya de por sí compleja, máxime atendidos los postulados teóricos desde los que configura y explica la Sala Segunda la categoría de la coautoría.

Efectivamente, no podemos perder de vista que cuando oponemos la coautoría a la organización estamos oponiendo un título de imputación a una figura de la parte especial. La insistencia en definir la segunda a partir de la primera, puede inducir al error de considerar que la sola pertenencia a una organización ya implica necesariamente que todos los integrantes que hayan tomado parte en la ejecución del tipo básico, responderán en calidad de autor, prescindiendo de las reglas generales de la participación en el delito. Ello, evidentemente, choca con los principios más básicos de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Lo cierto es que las categorías de *organización* y *coautoría* ni se incluyen ni se excluyen necesariamente. Guardan, a mi juicio, una plena autonomía entre sí, pues en relación a un concreto hecho delictivo, puede predicarse que

¹³² Por todas, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2004**: “ En doctrina que parte ya de la STS de 25 de septiembre de 1985, no ha de identificarse con la mera coparticipación o codelinencia al ser varias las personas que participen, y colaboren, en la ejecución del delito contra la salud pública, sino que requiere, además, que esté suficientemente acreditada la intervención de un conjunto de personas que dispongan de medios idóneos y desarrollen un plan previamente concertado y con una cierta permanencia, a pesar de la transitoriedad a que se refiere el propio precepto, y jerarquización, con distribución, más o menos definida entre ellos, de funciones”; En igual sentido la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de julio de 2010**: “ Por ello como el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, ni que la organización u organización se haya creado formalmente, sino que habitualmente serán organizaciones de facto sin cobertura jurídico formal, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos y otros.”

los sujetos pertenezcan o formen una organización con total independencia que se es le impute el hecho a título de autor o partícipe. Y esto evidentemente será así, siempre que se conciba la autoría desde la teoría positiva, objetiva y formal de la realización del hecho, según la cual, y siguiendo a Cobo del Rosal¹³³, se considerará autor a quien *realiza el hecho, es decir, el que lleva a cabo aquella conducta (acción u omisión) a la que cabe atribuir el sentido de acción que se desprende del injusto tipificado por la Ley.*

A diferente conclusión llegaríamos si propugnáramos una redición de la teoría del acuerdo previo para la distinción entre autor y partícipe que, como sabemos, unifica ambas figuras con total independencia de la aportación real de cada una, a condición de que exista un acuerdo previo en relación a la comisión del hecho, preconizando, en consecuencia, un concepto unitario de autor. Es cierto que el Tribunal Supremo parece haber abandonado esta doctrina a partir de la década de 1970 para acercarse a postulados más cercanos a la denominada teoría del dominio del hecho. Sin embargo, la jurisprudencia que hemos citado, supone –a mi juicio– un retorno a la tesis negativa del concepto unitario de autor, pues bajo esta afirmación implícita de la autoría como único título de imputación que sería aplicable a los miembros de una determinada organización subyace, en último extremo, la misma posición doctrinal del acuerdo previo como presupuesto de la imputación recíproca. Cambia únicamente que en el caso de la pertenencia a una organización la función del acuerdo previo vendría sustituida, precisamente, por esa pertenencia, que aparecería como presupuesto legitimador de la imputación recíproca.

Con mayor propiedad, cabría hablar en realidad de una modificación substancial del objeto del mutuo acuerdo, aunque su función sería la misma. Se pasaría de acordar las coordenadas generales del hecho delictivo a acordar una adhesión genérica a las directrices de los jefes o directores de la organización, en cuanto a la realización de ese hecho delictivo se refiere.

Tampoco podríamos mantener la autonomía entre organización y autoría, si nos adherimos a la teoría positiva, objetiva y material del dominio del hecho, en virtud de la cual se fundamenta la distinción del autor en la peculiaridad de que este es el que realmente tiene el dominio del hecho, es

¹³³ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON. *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. Pag. 675.

decir, y en palabras de Muñoz Conde¹³⁴, quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el qué y el cómo de su realización. Sin miedo a equivocarnos, podemos afirmar que hoy por hoy es ésta la tesis dominante en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El problema es que su aplicación en el ámbito de los tipos cualificados por la pertenencia a una organización haría prácticamente imposible la imputación a título de autor de cualquiera de los integrantes que no fuera jefe, directivo o administrador de aquélla, pues al ser la jerarquía (y consiguiente sujeción por obediencia) un aspecto esencial del injusto propio de este tipo de entidades no podríamos predicar nunca de los simples pertenecientes un dominio del hecho, máxime si unimos a ello su condición de fungibilidad, por lo que aun realizando el hecho, responderían en calidad de partícipes.

Cuestión distinta a la que ahora trato, aunque de indudable relación directa con la misma, es la de la configuración del título de imputación de los jefes y directores de la organización que no han tomado parte directa en la ejecución material del hecho. Siguiendo a Muñoz Conde¹³⁵, podemos afirmar que *la diferenciación conceptual entre las diversas formas de autoría y entre éstas y las diversas formas de participación en el delito se hace más difícil de realizar, e incluso a veces puede quedar gravemente comprometida, cuando el delito es cometido, no ya por varias personas cada una con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas integradas en grupos u organizaciones en cuyo seno se ha diseñado –por otros miembros- un plan conjunto o decidido la realización de esas acciones.*

Desde el Congreso sobre Criminalidad Organizada convocado por la Universidad de Huelva¹³⁶, son varios los autores que desde nuestro país han tratado esta cuestión, partiendo básicamente de las distintas posiciones

¹³⁴ MUÑOZ CONDE. *Teoría general del delito*. Tirant lo Blanch. Cuarta edición. Valencia. 2007. Pag. 197.

¹³⁵ MUÑOZ CONDE. *Op. cit.* 2007. Pag. 212.

¹³⁶ FERRÉ OLIVÉ, ANARTE BORRALLA. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

propuestas desde la doctrina alemana para solventar el problema de imputación de los jefes de los denominados *aparatos organizados de poder*¹³⁷.

Tanto Jakobs como Jescheck, el primero –en expresión de Faraldo Cabana¹³⁸- básicamente por no considerar necesaria para la coautoría la realización común del hecho en el estadio de ejecución y, el segundo, por entender que *el carácter común de la decisión respecto a la realización del hecho viene dado por la pertenencia a la organización*¹³⁹, se han inclinado por considerar a los jefes o directores de los aparatos organizados de poder como coautores, condición que compartirían con el resto de los miembros de la organización que llevaron a término la ejecución material del concreto hecho delictivo. De esta forma, ambos autores se separan de la doctrina mayoritaria que, siguiendo la inicial propuesta de Roxin, se ha decantado por una forma *sui generis* de autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder.

Efectivamente, la idea original de Roxin gravita esencialmente en la posibilidad de que en un supuesto de autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder concorra, junto a ese dominio de la voluntad que ejerce *el hombre de atrás*, la responsabilidad penal de la persona que ejecuta directamente el hecho delictivo, no siendo esencial para la apreciación de la autoría mediata, en definitiva, que el autor inmediato sea un simple instrumento neutro de la ejecución de un delito cuyo contenido de injusto no es abarcado dolosamente por el mismo:

*“[...] no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible.”*¹⁴⁰

¹³⁷ En expresión de ROXIN. (ROXIN. “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” *in Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. Huelva. 1999. Pag. 192 *in fine*.)

¹³⁸ FARALDO CABANA. *Op. cit.* Pag. 143.

¹³⁹ JESCHECK. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Cuarta edición. Granada. Comares. 1993. Pag. 611.

¹⁴⁰ ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de la séptima edición alemana. Marcial Pons. Madrid/Barcelona. 2000. Pag. 271.

El problema, no obstante, consiste en averiguar si cualquiera de estos razonamientos puede integrarse correctamente en el seno de nuestro ordenamiento penal; en definitiva, en determinar si es posible una coautoría en la cual la intervención de la persona que ha dado la orden se ha agotado en una fase anterior, no sólo al inicio de la realización material del delito, sino incluso, a la concreta planificación del mismo, o si es posible hablar de una autoría mediata cuando el ejecutor ha actuado con pleno conocimiento y voluntad de cometer el hecho delictivo.

Me inclino por pensar que la aceptación entre nosotros de cualquiera de estas vías es claramente imposible, entre otros motivos, por no contar con el necesario soporte en derecho positivo.

También me parece imposible abrazar una tercera vía de aceptación más minoritaria que las anteriores, la teoría de la inducción¹⁴¹, puesto que no puede decirse exactamente que quien da la orden en el seno de una organización jerárquica induzca a cometer un delito, pues el elemento subjetivo de la pertenencia, en su dimensión volitiva, ya presupone el *animus* de cometer los hechos delictivos a que se refiere la figura básica.

Desde el momento en que el coautor ha ejecutado el hecho constitutivo del tipo básico con pleno conocimiento de su alcance antijurídico y con perfecta voluntad de realizar el injusto propio del tipo, y que el nacimiento de esa voluntad no ha sido debida a la inducción de un tercero, el que ha emitido la orden a aquel que ya estaba predispuesto a la comisión del delito por su adhesión voluntaria a la organización y asunción a sus reglas internas, sólo puede ser calificado como partícipe en un hecho ajeno. Esa participación será necesaria si para la ejecución del hecho delictivo ha tenido que poner en funcionamiento los elementos personales y materiales de la organización que dirija, pues para que cada uno de los coautores puedan cometer el delito, es necesario que se ponga en marcha de forma coordinada el resto de la organización. Y ello sólo lo puede hacer el jefe o director, de ahí el carácter necesario de su participación.

De esta manera, puede afirmarse que una cosa es que el legislador haya querido dar un tratamiento punitivo más grave a cada uno de los propios coautores del tipo básico a los jefes o directores de la organización y otra que

¹⁴¹ Defendida, entre otros, por GIMBERNAT ORDEIG. (GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplices en derecho penal*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense. Madrid. 1996.).

ese incremento punitivo suponga una mutación de su naturaleza jurídica; siguen siendo, a mi juicio, partícipes (necesarios) en un hecho ajeno.

Podría pensarse que lo afirmado en el párrafo anterior contraviene de forma patente el principio de accesoriedad del partícipe, según el cual éste no podría recibir una pena más alta que la del autor, pues de otro modo llegaríamos a la contradicción de penar más gravemente el hecho ajeno que el propio.

Sin embargo, tal argumentación olvidaría que estamos ante una organización, entidad colectiva por naturaleza, de tal manera que el incremento de la pena del jefe, director o administrador no debe compararse tomando como segundo término la pena de cada uno de los autores directos por separado, sino la suma de las mismas, como índice, en último extremo, de la peligrosidad inherente a la organización. De esta manera podemos justificar que la suma de la reprochabilidad que merece el jefe, director o administrador por su cooperación necesaria en una serie de hechos ajenos (tantos como coautores), pueda superar el reproche que merece cada uno de los coautores por su hecho propio, máxime si el legislador ya ha equiparado el reproche merecido por el autor al merecido por el cooperador necesario.

En síntesis, de todo lo expuesto anteriormente pueden derivarse cuatro conclusiones, a saber.

1. Pese a la insistencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las categorías de organización y coautoría no son limítrofes y, en consecuencia, una no puede definirse por oposición a la otra.
2. La teoría del concepto unitario de autor que implícitamente parece sustentar la posición jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la organización como una autoría cualificada, y que, en definitiva, no es más que una reformulación *ad hoc* de la teoría del acuerdo mutuo, nos aboca irremediablemente a considerar autor a todo aquel que pertenezca a la organización y haya tomado parte en la ejecución del hecho, lo cual supone tratar de forma igualitaria aportaciones de distinta entidad y naturaleza, con desconocimiento del principio de accesoriedad y, en definitiva, del principio de igualdad.
3. La teoría del dominio del hecho presentaba especiales dificultades aplicativas en el ámbito de la organización criminal, pues si por dominio del hecho, siguiendo a Muñoz Conde debemos entender que es *autor*

*quien domina finalmente el hecho, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización*¹⁴², está claro que en el seno de la organización jerárquica esa facultad compete exclusivamente al jefe o director, sin que, *stricto sensu*, pueda predicarse de ningún otro de sus integrantes.

4. Si optamos, como lo hago, por la denominada teoría de la realización del hecho, queda claro que la misma puede ser aplicada con total independencia de que el ejecutor pertenezca o no a la organización. Con total independencia también del lugar que ocupe en su escalafón, de tal manera que, en el plano teórico, no existirá impedimento alguno para que cada uno de los culpables pueda ser considerado autor, cooperador necesario o cómplice con independencia de que pertenezca o no a la organización, o sea miembro, jefe, director o administrador de la misma. Debemos descartar, en consecuencia, que pueda configurarse la organización como un tipo cualificado de coautoría.

5 El grupo criminal ex artículo 570 *ter* versus las organizaciones transitorias integrantes de algunos tipos cualificados.

La relación entre la figura de grupo criminal y las organizaciones transitorias o de actuación ocasional a que se refieren algunos tipos cualificados del Código Penal constituye, sin lugar a dudas, uno de los puntos más deficientes de la actual regulación normativa de las categorías colectivas.

En primer lugar porque, con independencia de su *nomen iuris*, ese tipo de organizaciones son materialmente grupos, según la definición residual contenida en el artículo 570 *ter*. Luego lo correcto habría sido que la propia Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, hubiera modificado los tipos cualificados de constante referencia, sustituyendo la expresión *organización o asociación, incluso de carácter transitorio*, por la expresión *organización o grupo criminal*.

En segundo lugar, porque no se entiende que en sede de delitos autónomos se de un tratamiento punitivo diferenciado a las organizaciones y a los grupos criminales, mientras que en sede de delitos cualificados la pena prevista sea idéntica, de tal manera que devenga irrelevante el hecho de que

¹⁴² MUÑOZ CONDE. *Op. cit.* 2007. Pag. 197.

que la organización transitoria no reúna alguna o alguna de las características de la organización criminal, por seguir la literalidad del artículo 570 *ter*.

En mi opinión tal incongruencia –una vez más- sólo puede ser salvada en la práctica forense mediante la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2. *in fine* del artículo 570 *quáter* , que nos obliga –por remisión normativa a la regla 4º del artículo 8 del Código Penal- a aplicar el precepto penal más grave. Ésta deberá ser la regla a aplicar cuando concurra un conflicto de normas, es decir, cuando el tipo agravado contemple la organización transitoria.

Por el contrario, cuando el tipo agravado contemple únicamente la pertenencia a una organización, deberemos entender que existe un concurso real de delitos, entre el tipo básico y el previsto en el artículo 570 *ter*¹⁴³.

Evidentemente la aplicación de una cláusula de cierre como debe considerarse la contenida en la regla 4ª del artículo 8, no resuelve la antinomia a la que me he referido, que subsiste y precisa de rectificación, pero nos permite, cuando menos, solventar de forma razonable la cuestión que he planteado.

6 El grupo criminal versus la conspiración.

Contra la actual redacción del artículo 370 *ter* se presentaron en fase de tramitación parlamentaria tres enmiendas ¹⁴⁴ , dos de modificación, las

¹⁴³ En este sentido, me adhiero una vez más a lo dispuesto por la Fiscalía General del Estado en su circular 3/2011, apartado 3.4: *“El delito de tráfico ilegal de drogas ejecutado a través de un grupo criminal. Según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, la estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.*

Sin embargo, tal similitud en el esquema de la regulación de las organizaciones y los grupos criminales sufre cierta alteración en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, toda vez que el legislador ha previsto en el Capítulo dedicado a estos delitos una agravación específica en el art. 369 bis CP por razón de la pertenencia a una organización criminal, que no afecta a los supuestos de ejecución de dichos delitos a través de un grupo criminal. Por tanto, en los supuestos en los que el infractor realiza el delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal no se produce un concurso de normas, sino un concurso real de delitos.”

enmiendas número 40¹⁴⁵ y 307¹⁴⁶, y una de sustitución, la 139¹⁴⁷. Todas estas enmiendas, que incomprensiblemente no fueron atendidas, exponían en sus

¹⁴⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A: Proyectos de Ley. 18 de marzo de 2010. Nº. 52-9. Enmiendas e índice de enmiendas al Articulado. 121/000052. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

¹⁴⁵ **“ENMIENDA NÚM. 40. FIRMANTE:** Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds

De modificación.

Se modifica parcialmente el apartado centésimo décimo noveno del artículo único:

Se elimina el párrafo final del apartado 1 del artículo 570 ter del proyecto desde «A los efectos de este código [...] hasta «[...] la comisión concertada y reiterada de faltas».

MOTIVACIÓN

Se debe recuperar el concepto original de delincuencia organizada: En el proyecto de reforma sufre un proceso de ampliación conceptual y generalización en su aplicación que no está justificado criminológicamente ni en virtud de las exigencias internacionales.

No procede incluir el concepto de grupo, que supone insertar en el discurso de la delincuencia organizada meros supuestos de acuerdo ocasional o transitorio para delinquir, característicos de toda codelincuencia.

Ello contradice todo análisis criminológico de lo que es delincuencia organizada. Las consecuencias de este endurecimiento punitivo serán enormes, con capacidad para desestabilizar el sistema de ejecución de penas en su conjunto.”

¹⁴⁶ **“ENMIENDA NÚM. 307. FIRMANTE:** Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana- Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds

Al artículo único, apartado centésimo décimo noveno

De modificación.

Se suprime el párrafo segundo de la letra c) del apartado 1 del artículo 570 ter.

JUSTIFICACIÓN

Se debe recuperar el concepto original de delincuencia organizada: en el proyecto de reforma sufre un proceso de ampliación conceptual y generalización en su aplicación que no está justificado criminológicamente ni en virtud de las exigencias internacionales.

No procede incluir el concepto de grupo, que supone insertar en el discurso de la delincuencia organizada meros supuestos de acuerdo ocasional o transitorio para delinquir, característicos de toda codelincuencia. Arts. 36.2 p.2 b), 127.1 p.2, 183, 188, 197, 570 ter.1 p. último.

Ello contradice todo análisis criminológico de lo que es delincuencia organizada. Las consecuencias de este endurecimiento punitivo serán enormes, con capacidad para desestabilizar el sistema de ejecución de penas en su conjunto.”

¹⁴⁷ **“ENMIENDA NÚM. 139. FIRMANTE:** Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo único, número centésimo decimonoveno, que añade el artículo 570 ter

De sustitución.

respectivas justificaciones dos ideas similares. Por una parte, la constatación de que la figura de *grupo criminal* se alejaba, y mucho, del ámbito fenomenológico de la delincuencia organizada, al que, sin embargo, aparecía expresamente ligada en la exposición de motivos del entonces proyecto de Ley. Por otra, y por cuanto ahora interesa, auguraban los problemas de delimitación que tal figura planteaba en relación a la coautoría y, caso de no haberse dado inicio a la ejecución del delito, respecto a la conspiración. Sobre este particular la doctrina se encuentra ciertamente dividida en dos posiciones. La primera, admitiría una suerte de identidad material entre la coautoría o conspiración y el grupo criminal, estableciendo la distinción única y exclusivamente en el hecho de que la conspiración vendría necesariamente referida a un único y concreto hecho delictivo, mientras el grupo criminal vendría referido de forma genérica a varios hechos delictivos. En este sentido, podemos citar nuevamente a Gómez Tomillo¹⁴⁸:

“Como el caso anterior, ello excluye del tipo penal la concertación para la comisión de un único delito, lo que diferencia también esa figura de la mera conspiración para delinquir o de la codelincuencia.”

La segunda posición doctrinal, se mostraría crítica con la utilización del número de delitos proyectados (uno o varios) como criterio de delimitación entre las figuras de grupo y conspiración, manteniendo, en consecuencia, que existe un indeseable solapamiento material entre ambas figuras. En este sentido se pronuncian Martell Pérez-Alcalde y Quintero García¹⁴⁹:

Congreso 18 de marzo de 2010.—Serie A. Núm. 52-9 62

Se propone sustituir el apartado 1 del artículo 570, ter. con el siguiente tenor literal:

«1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren una organización criminal delictiva serán castigados:»

JUSTIFICACIÓN

Se debe recuperar el concepto original de delincuencia organizada: en el Proyecto de reforma este concepto sufre un proceso de ampliación conceptual y generalización en su aplicación que no está justificado criminológicamente ni en virtud de las exigencias internacionales.

No procede incluir el concepto de grupo, que supone insertar en el discurso de la delincuencia organizada meros supuestos de acuerdo ocasional o transitorio.”

¹⁴⁸ GOMEZ TOMILLO. *Op. cit.* Pag. 1930.

¹⁴⁹ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, QUINTERO GARCÍA. *Op. cit.* Pag. 364.

“Permítasenos una obviedad: caso de cometerse un delito concreto a través de esa unión no estable o sin reparto de cometidos, su represión habrá de encontrarse en la tipicidad de referencia o delito cometido y a través de la coautoría y otras formas de participación. Si esa unión no aboca a la ejecución de actos típicos, ofrece como respuesta el Código Penal los actos preparatorios punibles y, de entre ellos, la conspiración para delinquir. No se alcanza a comprender con facilidad un ámbito de desvalor propio o para qué supuestos distintos a las fórmulas tradicionales expresadas deba de acudir a esta novedosa figura del grupo criminal.

En efecto, el precepto eleva a categoría de tipicidad autónoma el conjunto y la totalidad de supuestos de simple coautoría, duplicando el castigo. Y para aquellos supuestos de falta de ejecución efectiva de otros delitos, construye de una suerte de conspiración para delinquir no acotada a <<numerus clausus>>.”

Suscribo plenamente la segunda posición doctrinal. Me parece imposible poder distinguir la figura criminal tipificada en el artículo 370 ter del Código Penal de la figura de la conspiración para delinquir, en aquellos casos en los que no se ha dado inicio a la ejecución del delito. Me parece igualmente imposible atribuir un contenido de antijuricidad propio al grupo criminal distinto al que pueda implicar una conspiración ex artículo 17. 1. del código Punitivo, por lo que su equiparación material a un acto preparatorio o a una concurrencia de partícipes, según sea el caso, me parece insalvable.

CAPÍTULO VI

BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LAS FIGURAS PENALES COLECTIVAS EN DERECHO COMPARADO

1 Introducción.

El panorama normativo reflejado en los capítulos anteriores, no dista mucho del que presentan países de nuestro entorno geográfico y similar cultura jurídica. Muchos de ellos, especialmente durante las tres últimas décadas, han dotado a sus respectivos ordenamientos jurídicos de figuras penales colectivas¹⁵⁰ tendentes a controlar las nuevas formas de delincuencia. Y lo han hecho sobre las bases de tratados internacionales firmados tanto en la esfera de la ONU¹⁵¹, como de la Unión Europea¹⁵².

¹⁵⁰ En este capítulo, al tratar cuestiones de derecho comparado, me referiré al término categorías colectivas en un sentido más amplio del que he establecido anteriormente e incluiré, en general, cualquier categoría que implique la concurrencia de una pluralidad de personas y a las que se les da una especial relevancia en el derecho penal, frente a las figuras de configuración individual.

¹⁵¹ En el marco de la ONU, cabe citar la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2004**. En el artículo 2 de su ANEXO I se fijaron toda una serie de definiciones tendentes a armonizar los distintos ordenamientos jurídicos: “Artículo 2. Definiciones Para los fines de la presente Convención:

a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un 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 presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;

d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

f) Por “embargo preventivo” o “incautación” se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;

g) Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;

h) Por “delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el

artículo 6 de la presente Convención;

i) Por “entrega vigilada” se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;

j) Por “organización regional de integración económica” se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los “Estados Parte” con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.”

¹⁵² En el marco de la Unión Europea, cabe citar la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (Diario Oficial n° L 300 de 11/11/2008 p. 0042 - 0045), que venía a sustituir la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y en la que, tras establecer las definiciones de “organización delictiva y “asociación estructurada” en su artículo 1, (A los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por: 1) "organización delictiva": una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; 2) "asociación estructurada": una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada.) establecía la obligación de los Estados miembros de tipificar las conductas más graves relacionadas con la organización delictiva (Artículo 2. Delitos relativos a la participación en una organización delictiva. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito a uno o ambos de los siguientes tipos de conducta relacionados con una organización delictiva:

a) la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización;

b) la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad.)

A continuación establecía un sistema común de sanciones (artículo 3), con un sistema de *circunstancias especiales* para los denominados *arrepentidos* (artículo 4) y un marco de responsabilidad de las personas jurídicas. (artículo 5).

Salvo raras excepciones, como pueda ser el caso de Portugal¹⁵³, las distintas asambleas legislativas han comprendido que la fenomenología encerrada detrás de las figuras colectivas no podían reducirse a una categoría común, por lo que era menester, en aplicación del principio de fragmentariedad, establecer varios tipos penales (organizaciones, asociaciones, etc...) de diferente significado antijurídico, a los efectos de poder aplicar distintas penas a cada uno de los comportamientos antijurídicos, en aplicación del principio de proporcionalidad.

En líneas generales, la calidad de la técnica legislativa utilizada en la introducción de los nuevos tipos en los diferentes ordenamientos, ha sido deficiente, provocando duplicidades innecesarias y antinómicas en los respectivos sistemas penales. Ello sin duda por haberse introducido los preceptos mediante sucesivas reformas, no siempre precedidas de la suficiente reflexión dogmática.

Ciertamente son muchos los aspectos que podrían compararse en esta materia. Pero me interesa centrarme en aquellos que, de alguna forma, pueden ser útiles a los fines de esta memoria, por subrayar problemas o proponer alternativas que ayudan a entender mejor nuestra propia regulación.

¹⁵³ “Artigo 299.º Associação criminosa

1 — Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 — Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 — Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

4 — As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

5 — Para os efeitos do presente artigo, considera -se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.”

2 La categoría colectiva como acto preparatorio. Especial referencia al derecho penal suizo y francés.

En la mayoría de los ordenamientos, la pertenencia o el actuar en el seno de una organización criminal constituye un tipo autónomo e independiente de los concretos delitos que en tal condición se cometan. Así se establece un concurso entre el delito de pertenencia a una organización y las infracciones penales cometidas por la misma, cerrando las puertas a la aplicación del principio de consunción.

Ello es así porque se considera que la pertenencia a una categoría colectiva es algo más que un acto preparatorio, cuya antijuricidad se realizaría desde el momento en que se da inicio a la ejecución del delito.

Esta regla general presenta dos excepciones. Una absoluta, por concebirse la categoría colectiva como un verdadero acto preparatorio y aplicarse, en consecuencia, el principio de consunción. La otra relativa, por concebirse la categoría colectiva como un acto preparatorio, si bien en concurrencia con la ejecución del delito proyectado dará lugar a una doble sanción.

Así, el derecho penal suizo no sólo configura y entiende la figura de *organisation criminelle*¹⁵⁴ como un acto preparatorio, sino que, además, aplica

¹⁵⁴ Hasta fechas relativamente tardías, concretamente hasta el primero de agosto de 1994, Suiza no contó con una figura penal colectiva fuera del ámbito de los crímenes y delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, es decir, distinto al artículo 275 ter del Código Penal Suizo (CPS), excepción hecha de la figura de bande utilizada en la descripción de la circunstancia cualificadora de los delitos de hurto y robo previstos respectivamente en los artículos 139 y 140 del CPS., y la figura colectiva simple de attroupement (tumulto) prevista en el artículo 260 CPS en la descripción del delito de Emeute (motín). La figura de la *organisation criminelle* aparece hoy recogida en el artículo 260 ter del Código Penal Suizo con la siguiente literalidad :

« Art. 260 ter. *Organisation criminelle*

1. *Celui qui aura participé à une organisation qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels,*

celui qui aura soutenu une telle organisation dans son activité criminelle,

sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. *Le juge pourra atténuer librement la peine (art. 48a) à l'égard de celui qui se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation.*

el principio de consunción entre la figura de pertenencia a una organización y aquellos delitos cometidos en el seno de la misma, de tal manera que si estos últimos son concretos y conocidos, únicamente son penados estos pero no se impone la pena prevista en el artículo 260 *ter*. Cabe decir que el CPS configura los actos preparatorios por una parte como actos eminentemente individuales, y por otra como un verdadero delito con carta de naturaleza propia, incardinado, precisamente, en el mismo título trece al que pertenece el artículo 260 *ter*. De hecho, la figura de los *actes préparatoires délictueux* se encuentra tipificada en el artículo inmediatamente anterior, el 260 bis, considerándose que ambos comparten el mismo bien objeto de protección: la paz pública. Se entenderá entonces que, pese a alguna voz discrepante de la doctrina y jurisprudencia menor, la figura de la *organisation criminelle* se haya configurado –según afirmó el propio Consejo Federal– como una norma subsidiaria, de tal manera que cuando se conocen los delitos cometidos por la organización y estos son concretos, se pena al reo por los mismos y no cabe el concurso real de delitos, en la medida en que la actividad del autor no supere el cuadro de esas infracciones particulares.

En el ordenamiento punitivo francés, por su parte, se configuran materialmente las figuras de *bande organisée*¹⁵⁵ y *association de malfaiteurs*¹⁵⁶

3. *Est également punissable celui qui aura commis l'infraction à l'étranger si l'organisation exerce ou doit exercer son activité criminelle en tout ou en partie en Suisse. L'art. 3, al. 2, est applicable.*"

El artículo 260 *ter* nació con clara vocación de ser un instrumento normativo para el control de la denominada delincuencia organizada, de hecho, el epígrafe del delito es el de *organisation criminelle*; de allí que su ámbito de aplicación fue pensado específicamente para dejar fuera aquellas realidades sociales que tiene por objeto la comisión de delitos pero que no pueden ser enmarcadas dentro del ámbito de la delincuencia organizada, no existiendo un tipo de recogida para penar de forma autónoma a los integrantes de dichas realidades.

¹⁵⁵ El concepto jurídico penal de *bande organisée* aparece descrito en la Section III -De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines-, del Capítulo II titulado Du régime des peines, concretamente en el artículo 132-71:

"Art. 132-71 Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions."

Para comprender el alcance de este precepto, es muy importante analizar la Circular de 14 de mayo de 1993, titulada Comentario de disposiciones legislativas del Código Penal, en concreto el apartado dedicado a la *Définition de certaines circonstances aggravantes*, donde se refiere expresamente al concepto de *Bande Organisée*:

como un verdadero acto preparatorio¹⁵⁷, tal como indican sus respectivas definiciones legales con la expresión *en vue de la préparation*, si bien no se aplica finalmente el principio de consunción entre las respectivas figuras y los delitos cometidos en el seno de la *bande* o de la *association*.

“L’article 132.71 définit la bande organisée comme un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d’une ou de plusieurs infractions. Cette définition évoque celle de l’actuel article 385 du Code pénal qui ne vise toutefois que le groupement formé en vue de la commission de vols aggravés.

[...] Cette circonstance aggravante peut s’analyser comme la prise en compte, après la commission de l’infraction, de l’existence d’une association de malfaiteurs que était destinée à commettre cette infraction (association dont la définition donnée par l’article 450-1 est similaire à celle de l’article 131-71). Elle ne doit pas être confondue avec la circonstance aggravante de la réunion, qui est d’ailleurs également prévue pour nombre des infractions précitées.

[...] La bande organisée suppose en effet, à la différence de la réunion, que les auteurs de l’infraction ont préparé, par des moyens matériels qui sous-entendent l’existence d’une certaine organisation, la commission du crime ou du délit, ce qui signifie donc qu’il y a eu préméditation.”

Luego el concepto legal de *organisation criminelle* es configurado materialmente como un acto preparatorio, es decir, su definición no hace referencia a la fase ejecutiva del delito, sino a una fase anterior: es un grupo formado o un acuerdo establecido en vistas a la preparación de uno o más delitos, con la peculiaridad de que en esa fase preparatoria ya se han llevado a término algunos hechos materiales que han trascendido la voluntad interna de los intervinientes.

¹⁵⁶*“Art. 450-1. Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d’un ou plusieurs crimes ou d’un ou plusieurs délits punis d’au moins cinq ans d’emprisonnement.*

Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d’emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d’emprisonnement et de 150000 euros d’amende.

Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d’au moins cinq ans d’emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d’emprisonnement et de 75000 euros d’amende. »

¹⁵⁷ Esta opción conceptual como acto preparatorio, parece no casar del todo con la opción funcional de circunstancia agravante propia de la figura de *bande organisée* tipificada en el artículo 132.71 del Código Penal Francés, pues quizás hubiera encajado mejor con la creación de un tipo autónomo, como el de *association de malfaiteurs* recogido en el artículo 450.1, pues parece lógico pensar que si se aplica el tipo cualificado, es que el tipo básico ha sido al menos intentado, y, en consecuencia, huelga exigir la exteriorización de la voluntad de los integrantes con uno o varios hechos materiales en la fase anterior a la ejecutiva.

3 La concurrencia de tipos autónomos y cualificados. Especial referencia al derecho penal alemán y francés.

Ya advertí en su momento que los tipos autónomos de pertenencia a una categoría colectiva y los tipos cualificados por el mismo motivo, podrían coexistir en la parte especial del derecho penal, siempre y cuando la figura autónoma jugara estrictamente el papel propio de un tipo de recogida. Pero ya vimos que, en la práctica, introducía importantes e injustificadas distorsiones en cuanto a la extensión de la pena resultante de la aplicación directa del tipo cualificado o del concurso –real o medial- entre la figura básica y el delito concreto.

Pues bien, tal como expondré a continuación, el problema que denuncié en relación al derecho penal español, aparece también en otros ordenamientos punitivos.

El StGB, tipifica en el parágrafo §.129¹⁵⁸ la figura de grupo criminal.

¹⁵⁸“ § 129 Bildung krimineller Vereinigungen

(1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt oder sie unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden,

1. wenn die Vereinigung eine politische Partei ist, die das Bundesverfassungsgericht nicht für verfassungswidrig erklärt hat,

2. wenn die Begehung von Straftaten nur ein Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist oder

3. soweit die Zwecke oder die Tätigkeit der Vereinigung Straftaten nach den §§ 84 bis 87 betreffen.

(3) Der Versuch, eine in Absatz 1 bezeichnete Vereinigung zu gründen, ist strafbar.

(4) Gehört der Täter zu den Rädelsführern oder Hintermännern oder liegt sonst ein besonders schwerer Fall vor, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen; auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn der Zweck oder die Tätigkeit der kriminellen Vereinigung darauf gerichtet ist, in § 100c Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a, c, d, e und g mit Ausnahme von Straftaten nach § 239a oder § 239b, Buchstabe h bis m, Nr. 2 bis 5 und 7 der Strafprozessordnung genannte Straftaten zu begehen.

(5) Das Gericht kann bei Beteiligten, deren Schuld gering und deren Mitwirkung von untergeordneter Bedeutung ist, von einer Bestrafung nach den Absätzen 1 und 3 absehen.

(6) Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter

En Alemania, la figura de grupo (*Bandenbildung*) es configurada como un delito asociativo y de peligro abstracto, en el seno de un tipo penal que cumple una doble función, la propia de los delitos barrera –por lo que cabrá el concurso real- y la de engarce con un derecho procesal de excepción, vinculado principalmente al control de la denominada delincuencia organizada, y caracterizado, por una disminución de las garantías procesales.

Siguiendo a Klaus Volk¹⁵⁹, los elementos constitutivos del grupo criminal serían los siguientes:

- Una asociación, entendiéndose por tal una agrupación de cierta duración temporal dotada de una estructura organizada y formada por al menos tres personas, situada en el ámbito geográfico de aplicación de la Ley Fundamental, que persiguen los mismos objetivos delictivos o ejercen la misma actividad delictiva, supeditando la voluntad de cada uno de ellos a la del grupo.
- Una finalidad delictiva, que constituiría su elemento teleológico.
- La no inclusión en las asociaciones excluidas del tipo en virtud del apartado 2 del citado precepto, a saber :
 - Partidos Políticos no declarados inconstitucionales.
 - Organizaciones para las cuales cometer un delito sea un objetivo o actividad puntual de menor importancia.
 - Organizaciones cuyos objetivos o delitos sean encuadrables en los tipos previstos en los § 84 a 87 del StGB.

Pues bien, junto a la figura autónoma de *Bildung krimineller Vereinigungen* encontramos en el derecho penal alemán un gran número de

1. *sich freiwillig und ernsthaft bemüht, das Fortbestehen der Vereinigung oder die Begehung einer ihren Zielen entsprechenden Straftat zu verhindern, oder*

2. *freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, daß Straftaten, deren Planung er kennt, noch verhindert werden können;*

erreicht der Täter sein Ziel, das Fortbestehen der Vereinigung zu verhindern, oder wird es ohne sein Bemühen erreicht, so wird er nicht bestraft."

¹⁵⁹ Volk. « La riposte pénale contre les organisations criminelles en droit allemand. » in *L'infraction d'organisation criminelle en Europe*. Presses Universitaires de France. Paris. 2002. Pags. 24 y sigs.

tipos cualificados por su comisión en banda, tipos que han ido creándose progresivamente en sucesivas reformas.

Históricamente, el concepto de banda fue introducido en el derecho penal alemán como cualificación para el delito de robo, en el § 244, mediante la Ley de Reforma penal de 1969, para ampliarlo al caso de robo con violencia tipificado en el §. 250 I nº 5, mediante la Ley de Aplicación del StGB. En esas disposiciones aparece por primera vez el concepto –que no el término- de banda, aplicable desde el momento en que varias personas se han implicado en un robo y se han propuesto cometer robos o robos con violencia.

La Ley de 15 de julio de 1992, relativa a la Criminalidad Organizada, introdujo expresamente el concepto de banda en los tipos cualificados de los delitos de robo en banda (§. 244 a StBG), receptación en banda (§ 260 AI 1 nº 2 StGB) ; receptación profesional en banda (§ 260 a StGB) ; blanqueo de capitales en banda (§ 261 al 4.2º StGB) ; y juegos de azar prohibidos en banda (§. 284 al 3 nº 2 StGB). De igual forma, el artículo 30 de la Ley de Estupefacientes preveía un tipo agravado cuando se había ejecutado el tipo básico en banda.

Desde entonces, sucesivas reformas han ido configurando, sólo en el seno del StGB, es decir, prescindiendo del llamado derecho penal accesorio, hasta 24 tipos cualificados por la actuación en banda, a saber en los § 146; 152 a; 184; 236; 244; 244 a; 250; 253; 255; 260; 260 a; 261; 263; 263 a; 264; 266; 267; 268; 269; 275; 276; 284; 300 y 335.

Situación similar es la que ofrece el derecho penal andorrano. En el capítulo tercero del Título XIX del Código Penal del principado, bajo el epígrafe de *Associacions il·lícites*, encontramos la tipificación del delito de asociación ilícita¹⁶⁰ y la previsión punitiva¹⁶¹. Junto a este tipo básico, encontramos una

¹⁶⁰ "Article 359

Concepte d'associació il·lícita.

És associació il·lícita el grup de persones organitzat en el qual concorre un dels requisits següents:

Que tingui com a finalitat cometre algún delictes o en promogui la comissió.

Que, tot i tenir como a objecte un fi lícit, recorri per aconseguir-lo a mitjans violents de caràcter delictiu.

Que promogui la discriminació o la violència contra persones, grups o associacions per raó del seu origen o de la seva pertinença nacional o ètnica, de la religió, de l'opinió filosòfica, política o sindical o qualsevol altra condició personal o social.

Als grups armats o terroristes els és aplicable alló que es disposa al capítol següent."

serie de tipos cualificados por razón de haberse cometido el delito base en el marco de una organización, así los artículos 121.3 en materia de *tràfic d'òrgans, teixits, cèl.lules o gàmetes humans*; 187 en materia de *descobriments i revelació de secrets*; 252 en materia de *tràfic de persones per la seva explotació laboral*; 253, en materia de *possessió il.lícita de material nuclear*; 283.f) en materia de *drogues*; 410 en materia de *blanqueig de diners o valors*; y 431 en materia de *falsedat de moneda*.

Especial atención merece el análisis de la cuestión que nos ocupa en el derecho penal francés. Ya hemos tenido ocasión de ver cómo dicho ordenamiento punitivo conoce dos figuras: la de *bande organisée* que opera formando tipos cualificados, y la de *association de malfaiteurs*, que opera como piedra angular del delito autónomo tipificado en el artículo 450.1.

Las definiciones de *association de malfaiteurs* y de *bande organisée* son prácticamente idénticas a la de banda organizada, reservándose la primera sólo para los casos en los que las infracciones cometidas sean constitutivas de crímenes o delitos con penas superiores a los 5 años de prisión.

En un principio, esto es, antes de la reforma introducida en el Código Penal Francés por la Ley de 15 de mayo de 2001, el legislador francés entendió que el peligro creado por la asociación de malhechores prevista en el artículo 450-1, debía configurarse conjuntamente por el mismo hecho asociativo y organizativo y por la gravedad de las infracciones proyectadas, de tal manera que de todas las infracciones seleccionó las más graves, es decir, los crímenes y los delitos con pena privativa de libertad de al menos diez años, dejando fuera los delitos con penas inferiores a diez años y las contravenciones.

Sin embargo, en el marco de la delincuencia organizada se detectaban una serie de delitos con penas inferiores a diez años cuya comisión en el seno

¹⁶¹ "Article 360

Penes per als membres d'associacions il.lícites.

Als promotors, dirigents o persones que exerceixen un poder de fet en l'associació els ha de ser imposada una pena de presó d'un a quatre anys. Als qui en siguin membres i hi exerceixin una activitat rellevant els ha de ser imposada una pena de presó de tres mesos a tres anys.

El tribunal pot reduir la pena d'acord amb el que preveu l'article 53 en cas que el culpable s'hagi esforçat a disminuir els efectes negatius de l'actuació de l'associació o que col.labori en el descobriment i l'evitació d'alguns dels plans de l'organització."

de organizaciones criminales suponía un *plus* de antijuricidad que no podía ser obviado por el sistema penal, en concreto, la extorsión, la receptación y el blanqueo de capitales. De ahí que tuviera sentido la concurrencia de dos sistemas que, al menos en principio, podrían considerarse alternativos: la creación de un tipo autónomo y la creación de tipos cualificados por la pertenencia, respectivamente, a una asociación de malhechores y a una banda organizada.

Al igual que ha ocurrido en España, el modelo de coexistencia originario entre ambas figuras se ha desdibujado al no haberse tenido en cuenta a la hora de aprobar sucesivas reformas. De esta manera se ha producido por una parte, una duplicidad innecesaria de mecanismos legales para incrementar la pena en los casos de delitos que llevan pareja cinco o más años de prisión; y, por la otra, las consecuencias de la agravación del tipo básico por haber sido cometido en banda organizada, no ha tenido el mismo efecto en todas las infracciones, de tal manera que:

- a- La mayoría de las infracciones cambian de naturaleza de delitos a crímenes ¹⁶², con las consecuencias de competencia y procedimiento que ello conlleva.
- b- El delito de estafa no cambia de naturaleza, continua siendo un delito.
- c- Otros delitos no cambian de naturaleza, por tener ya su tipo básico la condición de crimen, como es el caso de los delitos de secuestro o producción ilícita de estupefacientes.

Hoy, tras un proceso de expansión normativa muy similar al experimentado en el resto de países europeos, encontramos en el Código Penal Francés tipos cualificados por su comisión *en bande organisée* en los artículos 222-35 y 222-36 en materia de *stupéfiants*, 224-3 en materia de *séquestre*; 225-8 en materia de *proxénétisme*; 312-5 en materia de *extorsion*; 313-2 en materia de *escroquerie*; 321-2 en materia de *recel*; y 442-2 en materia de *falsification*.

Junto a estos tipos cualificados, encontramos otros en los que sin referirse expresamente a la *bande organisée*, se aplica de hecho la

¹⁶² Téngase en cuenta que el Código Penal Francés realiza una clasificación tripartita de las infracciones penales, en contravenciones, delitos y crímenes.

circunstancia cualificadora del tipo haciendo referencia a la descripción legal contenida en el artículo 132-7 del CPF, así en sede de crímenes contra la humanidad¹⁶³, en sede de delitos relativos a los sistemas de tratamiento automático de datos¹⁶⁴ y de terrorismo¹⁶⁵.

4 La configuración de la organización criminal como un tipo cualificado de asociación ilícita. Especial referencia al derecho penal belga e italiano.

Son muchos los ordenamientos penales que contemplan simultáneamente las figuras de asociación y de organización¹⁶⁶ (a la que

¹⁶³ “Art. 212-3 La participation à un **groupement** formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l'un des crimes définis par les articles 211-1, 212-1 et 212-2 est punie de la réclusion criminelle à perpétuité.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables au crime prévu au présent article.”

¹⁶⁴ “Art. 323 La participation à un **groupement** formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3-1 est punie des peines prévues pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée.”

¹⁶⁵ “Art. 421-2-1. Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un **groupement** formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents.”

¹⁶⁶ O en sentido similar, las categorías de grupo y organización, como es el caso del Código penal de la Federación Rusa: “Статья 35. Совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией)

1. Преступление признается совершенным группой лиц, если в его совершении совместно участвовали два или более исполнителя без предварительного сговора.

2. Преступление признается совершенным группой лиц по предварительному сговору, если в нем участвовали лица, заранее договорившиеся о совместном совершении преступления.

3. Преступление признается совершенным организованной группой, если оно совершено устойчивой группой лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений.

4. Преступление признается совершенным преступным сообществом (преступной организацией), если оно совершено структурированной организованной группой или объединением организованных групп, действующих под единым руководством, члены которых объединены в целях совместного совершения одного или нескольких тяжких либо особо тяжких преступлений для получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды.

(parte cuarta en red. del Federal Law of 03.11.2009 N 245-FZ)

5. Лицо, создавшее организованную группу или преступное сообщество (преступную организацию) либо руководившее ими, подлежит уголовной ответственности за их организацию и руководство ими в случаях, предусмотренных статьями 208, 209, 210 и 282.1 настоящего Кодекса, а также за все совершенные организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией) преступления, если они охватывались его умыслом. Другие участники организованной группы или преступного сообщества (преступной организации) несут уголовную ответственность за участие в них в случаях, предусмотренных статьями 208, 209, 210 и 282.1 настоящего Кодекса, а также за преступления, в подготовке или совершении которых они участвовали.

(в ред. Федерального закона от 03.11.2009 N 245-ФЗ)

6. Создание организованной группы в случаях, не предусмотренных статьями Особой части настоящего Кодекса, влечет уголовную ответственность за приготовление к тем преступлениям, для совершения которых она создана.

7. Совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией) влечет более строгое наказание на основании и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом."

(Artículo 35. Cometer un delito por un grupo, un grupo de personas previamente confabuladas, grupo organizado o una comunidad criminal (organización criminal)

1. El crimen se considera cometido por un grupo de personas, cuando en su comisión participaron conjuntamente dos o más autores, sin acuerdo previo.
2. El crimen se considera cometido por un grupo de personas previamente confabuladas, cuando en su comisión participaron personas que habían llegado a un acuerdo sobre la comisión conjunta del delito.
3. El delito se considera cometido por un grupo organizado, si es cometido por un grupo estable de personas para avanzar en la comisión de uno o más delitos.
4. El crimen se considera una asociación criminal (organización criminal), si es cometido por un grupo organizado, o grupos estructurados de asociaciones organizadas que operan bajo la dirección unificada, cuyos miembros están unidos con el fin de participar en la comisión de uno o más delitos violentos o graves para obtener financiación u otro beneficio de forma directa o indirecta.
5. La persona que creó un grupo organizado o comunidad criminal (organización criminal), o la que lo supervise, será penalmente responsable de su organización y administración en los casos previstos en los artículos 208, 209, 210 y 282.1 de este Código, y de todos los delitos cometidos por el grupo organizado o comunidad criminal (organización criminal), si están cubiertos por su intención. Los otros miembros de un grupo organizado o comunidad criminal (organización criminal), incurrirán en responsabilidad penal por la participación en los delitos cometidos, en los casos previstos en los artículos 208, 209, 210 y 282.1 de este Código, así como por delitos cometidos en la preparación o comisión de los delitos en los que participó.
6. Quien creara un grupo organizado en los casos no previstos por los artículos de la Parte Especial de este Código, será penalmente responsable de los delitos preparados en la misma.
7. Cometer un delito por un grupo, un grupo de personas previamente confabuladas, un grupo organizado o comunidad criminal (organización criminal), implica un castigo más severo sobre la base de y dentro de los límites establecidos por este Código.

equiparo ahora la figura de *associazione di tipo mafioso*). El problema reside en que en muchas ocasiones, su distinción conceptual resulta más bien difusa.

A mi entender, la manera más razonables de articular una y otra figura, es configurar a la segunda como un tipo cualificado de la primera aunque, como veremos, no siempre se consigue delimitar perfectamente sus respectivos espacios conceptuales.

El derecho penal belga distingue dos formas penales colectivas, *l'association* (prevista y penada respectivamente 322¹⁶⁷ y 323¹⁶⁸ del Código Penal) y *l'organisation criminelle*, (prevista y penada respectivamente en los artículos 224 *bis*¹⁶⁹ y 224 *ter*¹⁷⁰) configurada como un caso especial de asociación.

¹⁶⁷ « Art. 322. Toute association formée dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés est un crime ou un délit, qui existe par le seul fait de l'organisation de la bande. »

¹⁶⁸ « Art. 323. Si l'association a eu pour but la perpétration de crimes emportant la peine de réclusion à perpétuité ou la réclusion de dix ans à quinze ans ou un terme supérieur, les provocateurs de cette association, les chefs de cette bande et ceux qui y auront exercé un commandement quelconque, seront punis de la réclusion de cinq ans à dix ans.

Ils seront punis d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans, si l'association a été formée pour commettre d'autres crimes, et d'un emprisonnement de six mois à trois ans, si l'association a été formée pour commettre des délits. »

¹⁶⁹ « Art. 324 bis. Constitue une organisation criminelle l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée, des crimes et délits punissables d'un emprisonnement de trois ans ou d'une peine plus grave, pour obtenir, directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux.

Une organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime ne peut, en tant que telle, être considérée comme une organisation criminelle au sens de l'alinéa 1er. »

¹⁷⁰ « Art. 324 ter. § Lorsque l'organisation criminelle utilise l'intimidation, la menace, la violence, des manœuvres frauduleuses ou la corruption ou recourt à des structures commerciales ou autres pour dissimuler ou faciliter la réalisation des infractions, toute personne qui, sciemment et volontairement, en fait partie, est punie d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à cinq mille euros ou d'une de ces peines seulement, même si elle n'a pas l'intention de commettre une infraction dans le cadre de cette organisation ni de s'y associer d'une des manières prévues par les articles 66 à 69.

§ 2. Toute personne qui participe à la préparation ou à la réalisation de toute activité licite de cette organisation criminelle, alors qu'elle sait que sa participation contribue aux objectifs de celle-ci, tels qu'ils sont prévus à l'article 324bis, est punie d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent francs à cinq mille francs ou d'une de ces peines seulement.

§ 3. Toute personne qui participe à toute prise de décision dans le cadre des activités de l'organisation criminelle, alors qu'elle sait que sa participation contribue aux objectifs de celle-ci, tels qu'ils sont prévus

Podemos afirmar, en consecuencia, que las figuras de asociación y organización criminal se encuentran en una relación de género a especie, constituyendo ambas el núcleo de un tipo autónomo con su propio régimen punitivo, muy en línea con la tendencia mayoritaria de los sistemas penales de nuestro entorno, en la medida en que articulan las formas penales colectivas sobre una clasificación bipartita, es decir, mediante la definición de dos subcategorías colectivas merecedoras cada una de ellas de distinto reproche penal y, sobre todo, de un tratamiento político criminal diferenciado.

Tanto una como otra figura se incluyen en el Título IV del Código Penal Belga (CPB) bajo el título *Des crimes et des délits contre la securite publique*, unificadas en su Capítulo I, *De l'association formée dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés et de l'Organisation Criminelle*.

La asociación es configurada materialmente a partir de cuatro elementos, a saber: la existencia de un grupo de personas, sin que se determine legalmente un número mínimo de ellas ; una cierta organización interna del grupo¹⁷¹ ; la finalidad de atentar contra bienes o personas, en sentido amplio, es decir, más allá del marco relativo a los delitos contra las personas y propiedades inscritos respectivamente en los Títulos VIII y IX del CPB, y un elemento subjetivo, consiste en la *volonté délibérée d'être membre d'une association de malfaiteurs*, según viene señalando la Corte de Casación de forma constante¹⁷².

La organización criminal, por su parte, viene configurada a través de cinco elementos objetivos más otro adicional que servirá para cualificar la organización criminal en virtud de los medios utilizados. Estos elementos objetivos son los siguientes: una asociación estructurada¹⁷³, la concurrencia

à l'article 324bis, est punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d'une amende de cinq cent francs à cent mille francs ou d'une de ces peines seulement.

§ 4. Tout dirigeant de l'organisation criminelle est puni de la réclusion de dix ans à quinze ans et d'une amende de mille francs à deux cent mille francs ou d'une de ces peines seulement. »

¹⁷¹ Cour d'Appel de Bruxelles, 2 de Novembre 1987 : « *Que l'existence d'une association de malfaiteurs peut se déduire de différents indices tels qu'une répartition des tâches ou une spécialisation, des contacts réguliers et programmés, des liens non équivoques entre les différents membres, sans pour autant que l'un de ces critères soit en lui-même décisif.* »

¹⁷² Por todas, la Sentencia de Cass, de fecha 4 de diciembre de 1984.

¹⁷³ El legislador, en sede parlamentaria, se refirió a este primer elemento en los siguientes términos: « *Cette organisation peut ressortir de la présence d'une hiérarchie, d'une répartition de tâches, de l'existence de lieux de réunions fixes, de cahcettes, de réunions et de discussions régulières entre les*

mínima de más de dos personas, una cierta permanencia en el tiempo, aun cuando nazca con una expresa limitación temporal, la finalidad de cometer crímenes o delitos, y que tenga por fin último la obtención de ventajas patrimoniales directas o indirectas.

El elemento accidental del tipo que sirve para su cualificación hace referencia al desvalor de su *modus operandi*, castigándose más severamente los supuestos en los que la organización criminal ha utilizado la intimidación, la amenaza, la violencia, el fraude o la corrupción. También cuando ha recurrido para disimular o facilitar la comisión de sus crímenes o delitos, a estructuras comerciales o similares.

Obviamente, a estos cinco elementos objetivos debemos sumarle el elemento subjetivo propio del dolo específico de pertenencia a la organización criminal.

Como ya se habrá adivinado, a pesar de que se haya dotado de un *nomen iuris* propio a cada una de las asociaciones respectivamente descritas en los artículos 322 y 324 bis, lo cierto es que la delimitación conceptual entre una y otra es más bien difusa, pues es difícilmente imaginable que en una asociación dedicada, por ejemplo, al robo, no pueda apreciarse en mayor o menor grado alguno de los elementos señalados en el artículo 324 bis CPB, incluso en su modalidad agravada.

Este solapamiento conceptual ha dividido a la doctrina belga entre aquellos que defienden la necesidad del nuevo precepto y aquellos que entienden que la realidad que intenta describir podría ser perfectamente castigada reconduciéndola a la figura de asociación ilícita.

Es curioso observar como el legislador ha justificado la creación del tipo de organización criminal a través de dos argumentos contradictorios. El primero, acercando ópticamente la figura de la asociación ilícita a los actos preparatorios, insistiendo en que la figura de la asociación viene referida siempre a un hecho concreto (circunstancia que no se desprende del texto legal); y la otra señalando la necesidad de distinguir una realidad social merecedora de mayor reproche social e inscrita dentro lo que conocemos como delincuencia organizada:

membres de la bande. Aucun des éléments ci-dessus n'est toutefois déterminant en soi ou indispensable, et tous ne doivent pas non plus être réunis conjointement." Doc Parl. Senat. Session 1997-998. Nº 662/4. Pag. 3.

Les articles 322 et suivants du Code pénal concernant l'association de malfaiteurs sont principalement axés sur la réalisation d'infractions déterminées –la réalisation d'une seule infraction suffit d'ailleurs- tandis que les articles 342 et suivants proposés visent de façon directe les rouages de la structure criminelle elle-même¹⁷⁴.

La nouvelle prévention d'organisation criminelle permet dès lors de mieux cibler, et de réprimer de manière spécifique, et donc plus adéquate, les comportements les plus répréhensibles, ce que ne permet pas l'utilisation de la prévention d'association de malfaiteurs¹⁷⁵.

Similar solución técnico-legislativa encontramos en el derecho penal italiano. Se conciben dos figuras distintas: la *associazione per delinquere* ex art. 416¹⁷⁶, y la *associazione di tipo mafioso*¹⁷⁷. Siguiendo a Castaldo¹⁷⁸,

¹⁷⁴ Doc. Parl. Sénat, session 1997/1998, n° 662/4, pag. 50.

¹⁷⁵ Doc. Parl. Chambre, session 1996/1997, n° 954/6, pag.6.

¹⁷⁶ "Art.416. Associazione per delinquere.

Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori. Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie si applica la reclusione da cinque a quindici anni. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più. Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3 bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma."

¹⁷⁷ "Art. 416-bis. Associazione di tipo mafioso

Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni.

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da nove (4) a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

podemos afirmar que esta figura está constituida a partir de tres *éléments matériels* y por un *élément moral*, a saber:

- a- La capacidad intimidatoria. (*forza di intimidazione*). Este primer elemento del tipo se concibe como una característica predicable de la asociación. Se requiere que su sola evocación posea *per se* una tal fuerza intimidatoria, que –sin necesidad de realizar actos concretos de violencia o intimidación– ya resulte lo suficientemente disuasoria para oponerse a la misma o para colaborar en contra de sus intereses con las fuerzas del orden público¹⁷⁹.
- b- La sumisión de todos sus miembros al grupo y la *omertà*. (*condizione di assoggettamento e di omertà*).

Estos elementos del tipo se encuentran íntimamente entrelazados. Volviendo a Cretin, podemos afirmar que tanto la sumisión como la *omertà* son en gran parte el resultado querido y buscado por la propia organización, mediante los ritos iniciáticos¹⁸⁰ y la consecuente

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta (6) e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere (7), che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso."

¹⁷⁸ CASTALDO. <<La riposte pénale contre la criminalité organisée en droit italien.>> *In L'infraction d'organisation criminelle en Europe*. Preses universitaires de France. París. 2002. Pags. 191 y sigs.

¹⁷⁹ CASTALDO. *Op. cit.* Pag. 204. "La norme attire l'attention sur la caractéristique des associations mafieuses opérant de nos jours, à savoir la capacité de générer la crainte au sujet de leur seule existence, sur la base de la "renommée" acquise par des actes de violence ou de menace et de ce qui habituellement en découle..."

¹⁸⁰ CRETIN. *Op. cit.* Pag. 141. "L'initiation est le passage d'un état à un autre. Il s'agit de mourir à une vie pour naître à un l'autre qui annonce symboliquement un état supérieur, une distinction, une élection, une sélection. L'élu, le sélectionné rentré dans le cénacle de ceux qui sont différents du commun des mortels, de ceux qui se comprennent par des signes inconnus des autres. Il sont initiés dans le sens que ce

integración en la *familia*¹⁸¹. Tanto la sumisión como la *omertá* aportan un *plus* de peligrosidad a la organización, tal como expuse en el capítulo anterior, pues supone una fidelidad del individuo al grupo por encima de su interés particular.

- c- La finalidad delictiva. (*per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.*)

Además de la previsión genérica de que la asociación mafiosa tenga por finalidad la comisión de delitos, el artículo 416 *bis* del Código Penal Italiano prevé varias finalidades ilícitas directamente relacionadas con el fenómeno que comúnmente denominamos *corrupción*, y que afectan tanto a la esfera económica como policía del Estado, como ya he tenido ocasión de exponer. Estas finalidades son:

- Adquirir directa o indirectamente de una u otra manera el control de la gestión de las actividades económicas, concesiones, permisos, contratos y servicios públicos o para obtener beneficios o ventajas injustas para sí mismo u otros.
- Obstaculizar el libre ejercicio del voto o conseguir votos para sí mismos u otros en las elecciones.

Junto a estos tres elementos *matériels*, por seguir la nomenclatura de Castaldo, encontramos un cuarto elemento intencional, que consistiría en la voluntad de formar parte de la organización (elemento volitivo del dolo) y en el

mot a pris dans le langage commun. Ils sont instruits d'un secret, d'un art. Ils savent; les autres sont des profanes au sens étymologique du terme."

¹⁸¹ CRETIN. *Op. cit.* Pag. 146. "La famille mafieuse a la submission pour principe et la hiérarchie pour cadre. [...]. Une dernière observation sur cette conception de la famille dans l'esprit mafieux. Elle est entièrement tournée vers le sentiment d'appartenance et non vers la volonté d'association. Le mafieux initié n'a fait qu'exprimer un désir d'appartenance auquel il a été donné une suite favorable qui le lie."

conocimiento de sus características y finalidad (elemento intelectual del dolo)¹⁸².

La especial configuración social de la delincuencia en Italia exigía un tipo penal específico que pudiera dar una adecuada respuesta al fenómeno mafioso. Por ello, en derecho comparado el artículo 416 *bis* representa la única muestra –al menos en el ámbito de los países de nuestro entorno cultural y geográfico- de un tipo penal orientado *ad hoc* para la prevención y control del subtipo de categorías colectivas que he denominado complejas de tipo mafioso.

5 Las categorías penales colectivas en derecho comparado. Consideración final.

Advertí en la introducción a este capítulo sobre la deficiente técnica legislativa que –en general- presentaba la regulación de las categorías penales colectivas en los distintos ordenamientos jurídicos.

Esa deficiente técnica legislativa se manifiesta fundamentalmente, y según hemos visto, en tres aspectos. El primero, en la falta de la suficiente concreción y definición de las conductas punibles, tal como debería ser en orden al principio de taxatividad. El segundo, muy ligado al anterior, en la falta de la suficiente delimitación entre figuras colectivas próximas, excepción hecha de aquellos ordenamientos en los que unas figuras se han descrito como tipos cualificados de otras. Finalmente, en muchos ordenamientos se han superpuesto dos técnicas legislativas antagónicas: la creación de tipos autónomos junto a la creación de tipos cualificados, con el consiguiente efecto de desplazamiento de los primeros por parte de los segundos, en orden al principio de especialidad en la aplicación de la norma penal.

¹⁸² CASTALDO. *Op.cit.* pag. 207. “*En ce qui concerne l’élément psychologique du délit, il consiste dans la volonté de faire partie de l’association, ainsi que dans la connaissance de ses caractéristiques et de sa finalité.*”

CAPÍTULO VII

EL CONTENIDO DE ANTIJURICIDAD PROPIO DE LAS CATEGORÍAS SINÉRGICAS SIMPLES Y COMPLEJAS

1 Introducción.

Me propongo en este capítulo determinar cuáles son los bienes jurídicos tutelados por las categorías sinérgicas simples y por las categorías sinérgicas complejas, en qué modo son afectados y con qué intensidad.

Para ello atenderé especialmente a las posiciones doctrinales dominantes hasta la fecha. Es cierto que tradicionalmente la dogmática se ha referido al contenido de injusto de las categorías de *asociación ilícita* y de *organización*, sin consideración alguna a si las mismas pudieran ser consideradas como categorías colectivas simples o complejas. Pero en todo caso, constituye el análisis de los distintos pareceres un punto de partida idóneo para el propósito de este capítulo.

En aras a una mejor claridad expositiva, he considerado necesario analizar la cuestión sistematizando las distintas posiciones doctrinales en dos grandes grupos.

El criterio de inclusión establecido para el primer grupo, es el de haber abordado el estudio desde un marco teórico tradicional, es decir, asumiendo que el contenido de antijuricidad de las categorías penales colectivas puede establecerse perfectamente desde el mismo concepto de contenido de injusto consensuado por la doctrina para el estudio de los delitos de configuración individual.

El criterio de inclusión establecido para el segundo grupo, por el contrario, es el de haber abordado el estudio desde un marco teórico revisado, es decir, asumiendo que el contenido de antijuricidad, no puede establecerse desde las limitaciones propias de un concepto de contenido de injusto pensado a la medida de tipos penales de configuración individual, sino que precisa adecuar primero ese instrumento dogmático a las características intrínsecas de las categorías de configuración colectiva.

Conviene advertir ya una tendencia divergente entre las posiciones encuadradas en el marco teórico tradicional y las encuadradas en el revisado; me refiero a la tendencia de las posiciones tradicionales a asimilar el contenido de injusto de la figura de la pertenencia a una asociación ilícita con el de la pertenencia a una organización o, al menos, en establecer entre los mismos una relación de implicación jerárquica, de suerte que, a lo sumo, se entendería

el contenido de injusto de la organización como una modalidad agravada del que caracteriza a la asociación ilícita. De esta forma, no había diferencias cualitativas entre ambos, de tal manera que podría establecerse una relación de género a especie entre los mismos.¹⁸³

En este sentido, siguiendo a Brandariz García¹⁸⁴ podríamos afirmar que en general –y siempre en la doctrina establecida con anterioridad a la reforma operada por la Ley 5/2010, de 22 de junio- existía consenso en considerar que la relación entre la figura del artículo 515.1º del Código Penal y los correspondientes tipos cualificados era de concurso de normas, en el cual éstos constituían Leyes especiales, de donde cabría afirmar que la doctrina mayoritaria –y también la jurisprudencia- se inclinaba por aceptar la identidad material de ambas figuras. De esta manera, se entendía que el contenido de injusto del delito de asociación ilícita quedaba absorbido por el propio de la pertenencia a una organización, toda vez que el tipo cualificado aprehendía por completo la ofensividad de la asociación ilícita.

Por el contrario, las distintas aportaciones sobre el contenido de injusto de la pertenencia a una organización que nos ofrecen las posiciones que he englobado en un marco teórico revisado, nacen de una reflexión jurídica sobre el problema de la delincuencia organizada (incluso estatal), de tal manera que sus conclusiones parecen circunscribirse en ese estricto ámbito, distinto del que se corresponde con la figura de la asociación ilícita en su concepción más tradicional.

2 Aproximación al contenido de antijuricidad desde el marco teórico tradicional.

He apuntado ya cual es el criterio que he utilizado para distinguir entre un marco teórico tradicional y un marco teórico revisado. He indicado la correspondencia material que parecía haber - antes de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, insisto- en el ámbito del marco teórico tradicional, entre el contenido de injusto de la figura de asociación ilícita ex artículo 515.1º y el que

¹⁸³ Esta afirmación, como se verá, sólo es parcialmente cuestionada en aquellas posiciones doctrinales que propugnan la protección de bienes jurídicos colectivos como el propio de la asociación ilícita, si bien luego, en la práctica, entienden que la aplicación concurrente del delito de asociación ilícita y un tipo cualificado por la pertenencia del culpable a una organización, conculcaría el principio *ne bis in ídem*.

¹⁸⁴ BRANDARIZ GARCÍA. <<Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º del Código Penal y la nueva reforma penal>>. In *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*. Alvarez García (Dir.). Primera edición. Tirant Lo Blanch. Valencia 2009. Pags. 732 y sigs.

aporta la circunstancia de pertenencia a una organización en los distintos tipos cualificados que la contemplan.

Pues bien, considero que la posibilidad o no de equiparar el contenido de injusto de un tipo básico –en este caso, el de asociación ilícita- con el que pueda aportar una circunstancia específica del tipo cualificado merece, cuando menos, una cierta matización.

Sabido es que nuestro derecho penal conoce dos técnicas distintas para modificar la extensión de la pena impuesta a un determinado tipo de delito: la aplicación de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal y la creación de tipos derivados, mediante la adición de una circunstancia específica a un tipo básico, dando lugar a los denominados tipos privilegiados o cualificados, según sea la pena del tipo derivado inferior o superior a la prevista para el tipo básico.

Entre las circunstancias generales de modificación de la responsabilidad criminal y las circunstancias específicas utilizadas en la configuración de los tipos derivados, existen diferencias significativas de orden formal, funcional y material.

Desde una perspectiva formal, es decir, atendiendo a su ubicación sistemática, las diferencias entre circunstancias generales y específicas son obvias: mientras aquellas aparecen expresamente relacionadas en el Libro Primero del Código Penal, éstas aparecen descritas a lo largo y ancho del Libro Segundo. En consecuencia, mientras aquellas pueden concurrir con cualquier tipo de delito¹⁸⁵; éstas sólo pueden hacerlo con el tipo básico al que van referidas.

Desde una perspectiva funcional, es decir, atendiendo al modo en que operan, la distinción entre unas y otras tampoco reviste dificultad alguna. La concurrencia de circunstancias generales determina la imposición de la pena en la extensión que resulte de la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 66 del Código Penal; mientras la concurrencia de circunstancias específicas, determina la imposición de la pena en la extensión establecida directamente por el legislador para cada tipo derivado.

Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que, en algunos casos, encontramos reglas penológicas particulares para determinados tipos

¹⁸⁵ Siempre que sean materialmente compatibles y a excepción hecha de los dispuesto en el artículo 67 del Código Penal

derivados en previsión de que concurra más de una circunstancia específica, como es el caso de los artículos 140 y 250.2 del Código Penal.

Por último y desde una perspectiva material, es decir, atendiendo a su naturaleza, sólo las circunstancias generales modificativas de la responsabilidad criminal pueden tenerse como tales y encuadrarse en el ámbito de la pena; al ser en puridad las circunstancias específicas elementos accidentales del tipo¹⁸⁶, pertenecientes, por tanto, al ámbito de la antijuricidad.

Si ello es así, deberemos preguntarnos por el desvalor que aportan al tipo básico los elementos accidentales, o lo que es lo mismo, las relaciones que a nivel de antijuricidad mantienen los tipos básicos y sus correspondientes derivados o, adoptando la nomenclatura propuesta por Jeschek, variantes dependientes¹⁸⁷.

Siguiendo de cerca a Cobo del Rosal¹⁸⁸, podemos distinguir entre una relación de carácter formal, relativa a la formulación lingüística de los tipos, y otra de carácter material, relativa al tipo de injusto.

En general¹⁸⁹, podemos afirmar que la relación formal del tipo derivado con respecto al tipo básico es de dependencia y no de autonomía, pues la descripción del tipo derivado suele ser incompleta, reduciéndose a la descripción de la circunstancia específica, y conteniendo el precepto una remisión expresa a la descripción normativa del tipo básico.

Por el contrario, la relación material del tipo derivado con respecto al tipo básico -que es la que ahora nos interesa- es siempre de autonomía¹⁹⁰ y no de dependencia, pues el incremento de la pena no puede responder a simples

¹⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS. *Manual de derecho penal, parte general*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1999. Pag. 716.

¹⁸⁷ JESCHEK. *Op.cit.* Pág. 242.

¹⁸⁸ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN. *Op. cit.*. Págs. 303 y sig.

¹⁸⁹ Digo en general porque nada obsta a que el legislador describa de nuevo el tipo básico sumando al mismo las notas propias del derivado, si bien en la práctica, y por evidentes razones de técnica legislativa, el tipo cualificado describe simplemente estas últimas. Así ocurre, sin ir más lejos, entre los tipos descritos en los artículos 368 y 369 del Código Penal.

¹⁹⁰ Conviene justificar que hable de autonomía y no de independencia, dada la estrecha relación que sigue dándose entre los dos tipos de injusto. Efectivamente, si bien es cierto que la antijuricidad de las circunstancias específicas tiene una consistencia material propia que se agota en el elemento o elementos accidentales que la conforman, de tal manera que son susceptibles de una desvaloración por parte del legislador distinta y posterior a la que ha merecido la figura básica a la que se refieren, no lo es menos que su contenido de antijuricidad tiene como referente ineludible el contenido de antijuricidad de la figura básica, de tal manera que, en los tipos derivados, ambos contenidos de injustos son valorados –o deberían serlo- por el legislador como una sola unidad.

necesidades político criminales¹⁹¹; sino al hecho de que toda circunstancia específica aporta al tipo básico un *plus* de antijuricidad.

Esta autonomía, como magnitud relativa, admite distintos tipos de intensidad, siendo posible establecer dos clases distintas de relaciones materiales entre los respectivos contenidos de antijuricidad de la figura básica y de las figuras cualificadas, en función de cual sea la naturaleza del *plus* de antijuricidad que aportan al tipo básico:

a- *Plus* cuantitativo: cuando la circunstancia modificativa adopta el mismo o los mismos bienes jurídicos protegidos de la figura básica a la que se refieren, fundamentándose la agravación de la pena sólo en la mayor lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico protegido.

b- *Plus* cualitativo: cuando la circunstancia modificativa aporta uno o varios bienes jurídicos protegidos distintos a los protegidos por la figura básica, fundamentándose en su lesión o puesta en peligro la agravación de la pena.

Cabría, lógicamente, la posibilidad de un *plus* mixto de antijuricidad, en el que además de incrementarse la lesión o puesta en peligro del bien jurídico

¹⁹¹ La inadmisión de la relación de dependencia no es pacíficamente admitida por la doctrina, pues parte de ella entiende que admitir como fundamento del incremento de la pena una utilidad político criminal, supone conculcar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Supuesto paradigmático de esta polémica es el delito de asesinato, donde mientras unos admiten la identidad de contenidos de injusto con respecto al simple homicidio, otros estiman la necesidad de motivar un mayor contenido de injusto. Veámoslo:

COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN. *Op. cit.* Pág. 406. “Existen supuestos, como v.g., el asesinato del artículo 139 del Código Penal, en los que una figura obviamente derivada es autónoma desde el punto de vista de su formulación respecto del tipo básico de homicidio, pese a lo cual el contenido de injusto es cualitativamente idéntico en ambos: al igual que en el homicidio, el injusto de asesinato consiste en la “muerte del otro”, por lo que desde el punto de vista material, se trata de un tipo dependiente o no autónomo”

VIVES ANTÓN, BOIX REIG *et alii*. *Derecho penal parte especial*. (2ª Edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995). Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996. Pág. 59. “De ahí que, a nuestro juicio, las circunstancias que dan lugar al asesinato sólo pueden explicarse en base a que conllevan una mayor necesidad de tutela, y ésta, se traduce en una mayor necesidad de pena. Su explicación ha de buscarse, en consecuencia, al margen de las categorías centrales de la infracción, o sea, fuera del injusto y de la culpabilidad. “

QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS *et alii*. *Comentarios a la parte especial de derecho penal*. Aranzadi. Pamplona. 1999. Pág. 42. “Como anteriormente hemos expuesto, estimo que el criterio rector para la conformación de tipos agravados autónomos o de tipos agravados específicamente circunstanciados (por tanto sustraídos al régimen general de compensación de circunstancias agravantes y atenuantes) debe hallarse en la constatación de un incremento del contenido de injusto.”

protegido por la figura básica, se lesionaran o pusieran en peligro uno o varios bienes jurídicos nuevos¹⁹².

Por lo anteriormente expuesto, entiendo que sólo en términos generales es posible dar un tratamiento unitario al contenido de injusto de un tipo básico (*asociación ilícita*, o, tras la reforma, *organización criminal*) y al propio de una circunstancia específica del tipo cualificado, (pertenencia a una organización), pues el contenido de injusto de esa circunstancia específica siempre deberá ser matizado en relación al contenido de injusto propio del tipo básico al que acompaña y junto al que ha sido –o debería haber sido- unitariamente valorado por el legislador.

Advertido lo anterior, pasaré a detenerme sobre cada una de las distintas posiciones doctrinales englobadas en el primer grupo que he señalado.

2.1 Las distintas posiciones doctrinales en el seno del marco teórico tradicional.

Seguiré en este apartado el mismo esquema expositivo propuesto por Cancio Meliá¹⁹³ en la que me parece es, junto a las de Zúñiga¹⁹⁴ y Ziffer¹⁹⁵,

¹⁹² Llegados a este punto, me interesaría apuntar dos observaciones.

La primera, que el plus de injusto del que sea portador la circunstancia específica que configura el tipo cualificado, puede materializarse tanto en la lesión como en la puesta en peligro de un bien jurídico, con total independencia de que sea el tipo básico un delito de resultado o un delito de peligro.

La segunda, que en aquellos casos en los que el contenido de la agravante supone un plus cualitativo con respecto al de la figura básica, los bienes jurídicos llamados a cumplir con la denominada función exegética serán, por cuanto al tipo cualificado se refiere, los que integran ese plus cualitativo, y no los de la figura básica.

¹⁹³ CANCIO MELIA. <<El injusto de delitos de organización: peligro y significado>>. Iustel. “*Revista General de Derecho Penal*”. Nº 8. Madrid. Noviembre de 2007. Pags 9-10. “*En la bibliografía se han ensayado fundamentalmente tres vías de abordar el contenido de injusto de los delitos de organización. En primer lugar, de acuerdo con un punto de vista extendido sobre todo en la doctrina más antigua, el elemento esencial del injusto está en el ejercicio “abusivo” del derecho fundamental de asociación que supondría la constitución de la organización delictiva: de acuerdo con esta posición, el bien jurídico es el (recto) “ejercicio del derecho de asociación”. Un segundo sector doctrinal afirma que los delitos de asociación ilícita son ante todo supuestos de anticipación de la punibilidad (incluso antes de cualquier acto preparatorio concreto). Desde esta perspectiva, esta anticipación de la barrera de criminalización sólo puede ser justificada, a título excepcional, con base en la especial peligrosidad de las organizaciones aprehendidas por los tipos correspondientes. Finalmente, en tercer lugar, otro sector de la teoría, probablemente mayoritario tanto en la bibliografía española como alemana, ve en los delitos de organización ante todo un ataque a determinados bienes jurídicos colectivos: “orden público”; “seguridad interior”; “paz jurídica”, etc.”.*

¹⁹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Editorial Comares. Granada. 2009.

una de las aportaciones recientes más destacables sobre el tema que nos ocupa, refiriéndome a la protección del derecho constitucional de asociación, a la protección de bienes jurídicos individuales y a la protección de bienes jurídicos colectivos.

2.1.1 Protección del derecho constitucional de asociación.

Este antiguo y hoy minoritario parecer doctrinal, considera que el bien jurídico tutelado en el delito de asociación ilícita es el propio derecho constitucional de asociación, hoy recogido en el artículo 22.1 de nuestra Carta Magna, previniendo el abuso en su ejercicio que supondría el asociarse para la consecución de un fin ilícito.

Siguiendo a Cancio Meliá, podemos decir que afirmar el abuso en el ejercicio del derecho de asociación como bien jurídico tutelado, *no es aún una definición del contenido de injusto de asociación, sino sólo una referencia formal al modo de comisión previsto en el tipo*¹⁹⁶.

Parece evidente que, en puridad, no se lesiona el derecho fundamental de asociación, como sería el caso si de manera ilícita se restringiera o se privara del ejercicio del mismo, en cuyo caso si que evidentemente se produciría un agravio penalmente relevante, aunque contra un bien jurídico ya protegido en el delito de coacciones, pues, en realidad, lo que se vería afectado no sería el derecho abstracto en si mismo considerado, sino la libertad de los individuos a asociarse.

Difícilmente una extralimitación en el ejercicio del derecho de asociación puede entenderse como una limitación o puesta en peligro del derecho de asociación consagrado en el artículo 22.1 de la Constitución, en tanto que éste subsiste intacto con total independencia de la extralimitación antes señalada.

En este sentido, apunta la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en su apartado XXVIII, cuando afirma:

“En primer lugar -y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas- la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta Norma. El Texto Constitucional declara la ilegalidad

¹⁹⁵ ZIFFER. *El delito de asociación ilícita*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2005.

¹⁹⁶ CANCIO MELIÁ, SILVA SÁNCHEZ. *Delitos de organización*. Euros Editores SRL. Buenos Aires. 2008. Pag. 36.

de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva puede conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal.”

No obstante, el legislador de 2010 ni ha derogado el apartado 1º del artículo 515 del Código Penal, ni ha trasladado la figura de la asociación ilícita tipificada en dicho precepto, a la que sería su ubicación coherente, el Título XXII del libro II, dedicada a los delitos contra el orden público, conservando la figura de asociación ilícita, inexplicablemente y en patente contradicción con la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica, en el capítulo IV del Título XXI, bajo la rúbrica *De los Delitos Relativos al Ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*.

2.1.2 Protección de los bienes jurídicos protegidos en los delitos proyectados.

Esta segunda posición doctrinal parte de la denominada teoría de la anticipación, según la cual los bienes jurídicos protegidos serían los concretos que pudieran verse afectados por la comisión de los delitos que constituyen la finalidad ilícita de la asociación u organización, concibiéndose, en consecuencia, los delitos de asociación como delitos de peligro abstracto.

Siguiendo a Zúñiga¹⁹⁷, afirmaríamos esta posición doctrinal que los delitos que tratamos carecerían de ofensividad propia¹⁹⁸, en el sentido de que, simplemente, supondrían un adelanto de la barrera punitiva.

¹⁹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. <<Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de “participación en organización criminal”>>. In *El derecho penal ante la globalización*. Colex. Madrid. 2002. Pag. 601. “Sin embargo, desde una interpretación de lege ferenda, coincido con las posturas que consideran que no estamos frente a un delito con una ofensividad propia, es decir, es un ilícito carente de un bien jurídico propio. En los delitos de asociación para delinquir, participación en asociación criminal o también llamados simplemente de asociaciones ilícitas, no estamos contra ilícitos contra el orden público, la tranquilidad pública o cualquier bien jurídico colectivo o difuso que se pretenda instituir, sino ante un delito destinado a reprimir comportamientos criminógenos de peligro para otros bienes jurídicos. En realidad tutela los bienes jurídicos que protege el resto de los tipos penales de la parte especial.”

¹⁹⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. “Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”. In *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca. Cuenca. 2001. Pag. 674), trae a colación con gran acierto la expresión acuñada por SCHROEDER (SCHROEDER *Die Straftaten gegen das Strafrecht, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*. Berlin. 1985. Pags. 6 y sigs.) de *Delitos contra el Derecho Penal*: “Más que un delito contra el orden público, como suele aparecer caracterizado en la mayoría de los Códigos

En síntesis, las distintas críticas doctrinales que ha merecido este parecer convergen en la idea de que la asociación ilícita tendría *per se* carta de naturaleza propia en el ámbito de la antijuricidad, en la medida en que trascendería el desvalor propio de los diferentes delitos que podría llevar a término, de tal manera que su ofensividad no sería equivalente a la suma de los distintos y potenciales delitos que constituirían su objeto, sino superior a los mismos.

Otra objeción a esta teoría, la constituye la dificultad que entraña la misma para concretar el bien jurídico llamado a realizar la función exegética, toda vez que este podría aparecer como indeterminado, de donde debería configurarse o bien un solo concepto de asociación en función de un bien jurídico inicialmente desconocido, o bien varios conceptos de organización en función de cual fuera el bien jurídico tutelado por el delito proyectado.

No puedo compartir ni la primera ni la segunda de las objeciones expuestas. La primera porque, en realidad, la afirmación de que la asociación ilícita debe tener un contenido de injusto propio, no implica que éste no pueda consistir en un aumento cuantitativo del riesgo al que se vea afectado el bien jurídico protegido en el delito proyectado, de tal manera que en los delitos de asociación el contenido de injusto vendría caracterizado por un aumento del peligro a que se ve sometido el bien jurídico tutelado en el delito proyectado. Por otra parte no podemos olvidar que la pretensión de que el delito de asociación ilícita tenga una diferencia cualitativa con respecto a los delitos proyectados es más una premisa arbitraria que una conclusión deducida. Finalmente, tampoco podemos obviar que, en realidad, la afirmación de que la asociación ilícita represente un mayor peligro para los bienes jurídicos dignos de tutela penal, no es incompatible con la afirmación de que, además, afecte a otro bien jurídico específico de la figura que tratamos, configurándose como un tipo pluriofensivo.

Entiendo que tampoco merece ser atendida la segunda de las objeciones planteadas, toda vez que parte de una evidente inversión del razonamiento: no podemos determinar el bien jurídico en función de la mayor o menor dificultad que posteriormente se tenga para que el mismo cumpla su función exegética. Sería dar prioridad a criterios funcionales sobre criterios dogmáticos o, lo que

Penales, estamos ante un delito de los destinados a reprimir comportamientos criminógenos. Pertenecen a un grupo de delitos que no tienen un bien jurídico propio, sino que más bien protegen los bienes jurídicos que protegen el resto de los tipos de la Parte Especial –de ahí la denominación manejada por el autor, “delitos contra el Derecho Penal”.

es lo mismo, determinar el bien jurídico tutelado en función de cual sea el que menores dificultades presente al intérprete.

Mas acertada me parece la objeción formulada por Cancio Meliá¹⁹⁹, sobre el peligro que puede entrañar acentuar demasiado la previsión de hechos futuros como fundamento de la antijuricidad en los delitos de organización, desenfocando lo que es y significa la propia categoría colectiva desde el momento mismo de su formación.

Por otra parte, la afirmación de que el bien jurídico tutelado en los tipos derivados por la pertenencia del culpable a una organización, sea el mismo que el tutelado en los delitos proyectados, presenta diferencias significativas con respecto a la afirmación de que el bien jurídico tutelado en el tipo autónomo de pertenencia a una asociación u organización *ex artículo 570 bis* sean igualmente el de los delitos proyectados. Ello es así por la distinta naturaleza jurídica de los tipos independientes, a los que pertenecen las mencionadas figuras y los tipos derivados. Efectivamente, los tipos independientes son portadores de la totalidad del contenido de injusto, mientras que en los delitos derivados, el contenido de injusto del que es portador la circunstancia específica guarda –según ya hemos visto– una relación de autonomía con el contenido de injusto de la figura básica, de tal manera que necesariamente deberá ser explicado por referencia y en armonía con el mismo.

Afirmo lo anterior desde la premisa de que la creación de un tipo cualificado no es un mero recurso técnico-legislativo que afecte exclusivamente al aspecto formal de la descripción del tipo, supone –o debería suponer– también una opción axiológica, en el sentido de que el nuevo tipo debe aprehender el total significado antijurídico que comporte la nueva figura globalmente considerada.

Entiendo que esta es la especificidad concreta que aporta el tipo cualificado frente a la solución concursal.

Si ello es así, decae en sede de los tipos cualificados el principal argumento con el que se ha criticado la denominada teoría de la anticipación: la indeterminación del bien jurídico que pretende tutelarse mediante la organización.

¹⁹⁹ CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* Pag. “Además de esto, cabe constatar también que con carácter general, el predominio de aquello que puede ocurrir (y se pretende prevenir) frente a aquello que ya ha sucedido –al margen de las dudas sistemáticas que puede generar tal perspectiva⁴¹– puede conducir a que se subraye en exceso la fuente del peligro, es decir, el sujeto, en la definición del injusto, cayendo en consecuencia en una expansión incontrolable de lo aprehendido por la tipificación: “Quien... pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos.”

2.1.2.1 Especial referencia a la posición doctrinal de Zúñiga Rodríguez: la teoría de la doble imputación.

Especial detenimiento nos merece la aportación de Zúñiga Rodríguez. Ya hemos visto que su posición se incardina plenamente en la consideración de los delitos proyectados (y delitos medio) como bienes jurídicos protegidos en la figura de la asociación y organización, siguiendo los más ortodoxos cánones de la teoría de la anticipación.

Sin embargo, entiendo que aún en esta misma dirección, aporta una explicación más acabada de la antijuricidad propia de la organización: la teoría de la doble imputación, que pasa por reconocer la necesidad de crear un *injusto de organización* como una nueva categoría desde la que afrontar el problema de la antijuricidad de las organizaciones criminales.

Propone Zúñiga Rodríguez la concurrencia necesaria de dos tipos de injusto para abarcar completamente la antijuricidad material de los ilícitos cometidos en el contexto de una organización criminal, un injusto de organización, cuyo contenido sería la conformación de una estructura organizada idónea para delinquir, lo que supondría *per se* una situación objetiva de peligro. A este injusto, se le uniría el injusto propio del delito cometido al amparo de la organización, por lo que sobre el sujeto que tuviera algún tipo de participación en la comisión del delito, recaería una doble imputación, la correspondiente al injusto de organización y la correspondiente al injusto del delito cometido o intentado:

“El mayor desvalor de los delitos perpetrados a través de organización criminal sólo puede valorarse debidamente para la determinación de la responsabilidad penal independizando ambos injustos: el realizado por la conformación, creación o pertenencia a una organización criminal (injusto de organización criminal) y el realizado por la perpetración de los delitos concretos (delitos-fin, delitos-medio, delitos de encubrimiento, delitos de favorecimiento de la organización criminal, etc) (injusto personal). Ninguno de los dos por sí solos agotan el desvalor de lo que significa la perpetración del delito a través de la organización criminal. Por eso, debe afirmarse la existencia de un injusto de organización criminal, distinto y adicional al delito perpetrado por los miembros cuando actúan por la cobertura de la organización.”²⁰⁰

La única solución que veo como respetuosa de principios fundamentales del derecho penal y que conjuga una eficaz intervención colmando lagunas de punibilidad es una doble imputación. Al sujeto que realiza un delito a través de organización criminal se le imputan dos injustos distintos, pero interrelacionados: primero, un injusto penal por el delito concreto que cometa

²⁰⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Op. cit.*. 2002. Pag. 253.

(conforme a las reglas de autoría y participación) y, segundo, un injusto penal por participación en una organización criminal. Ya que uno sólo no agota el desvalor total del comportamiento complejo, se requiere dos desvalores que son apreciados conjuntamente: el desvalor del delito cometido concretamente y el desvalor de formar parte de una organización criminal dedicada a la comisión de esos delitos que el sujeto cometió, o que es medio para cometerlos.²⁰¹

En todo caso, considero que la aportación más interesante de Zúñiga, consiste no ya en apuntar la necesidad de compaginar dos injustos distintos para abarcar la totalidad del significado antijurídico de la figura colectiva, sino en explicar convincentemente la naturaleza del injusto de organización, en términos que me han sido muy sugerentes (potencialidad lesiva, idoneidad...) a la hora de posicionarme sobre este particular:

“El desvalor de la conducta organizada consiste, según creo, en la conformación de una estructura organizada idónea para delinquir, que demuestra una especial peligrosidad o riesgo para bienes jurídicos. La potencialidad lesiva para bienes jurídicos que representa la organización criminal, en tanto estructura diseñada con medios personales y materiales para delinquir, sería el fundamento de la punición autónoma. La dinámica que se genera en las organizaciones criminales favorece no sólo la comisión de los delitos programados, sino también de otros delitos más como son los delitos-medio, los delitos de encubrimiento, etc. Se trata, por tanto, de un injusto de peligro.²⁰²

2.1.2.2 Breve referencia a la posición del Tribunal Supremo con respecto a los bienes jurídicos de los delitos proyectados como objeto de tutela en el delito de asociación ilícita y de organización.

Digo de entrada que, en relación al delito de asociación ilícita, sería un error atribuir una determinada posición doctrinal al Tribunal Supremo con exclusión de otras. Ni contamos con un cuerpo doctrinal lo suficientemente amplio para que sus aseveraciones al respecto sean significativas y concluyentes, ni las resoluciones dictadas por la Sala Segunda están exentas de contradicciones internas en su fundamento, siendo que la mayoría de las veces se limita a recoger en sus fundamentos jurídicos el *status questionis* sin

²⁰¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Op. cit.* 2002. Pag. 260-261.

²⁰² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Op. cit.* 2002. Pag. 265.

mostrar luego claras preferencias doctrinales ni por una ni por otra posición jurídica²⁰³.

Sin embargo, en el ámbito del fundamento de la agravante específica de pertenencia a una organización, el Tribunal Supremo no ha sido ajeno a la posición doctrinal que tratamos en este apartado, manteniendo en una línea jurisprudencial²⁰⁴ ciertamente mayoritaria un fundamento de esta agravante específica en idéntico sentido y parecida literalidad a la que pudimos leer en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988 que, como vimos, introducía la idea de una *mayor capacidad lesiva de los bienes jurídicos objeto de tutela penal de las organizaciones dedicadas al narcotráfico* como fundamento del tipo cualificado:

Junto a este primer *plus* cuantitativo de antijuricidad que la circunstancia aportaría a la figura básica, en cuanto supondría una mayor puesta en peligro de los bienes jurídicos por ella tutelados, podría pensarse que una cierta línea jurisprudencial mantiene la aportación de un *plus* cualitativo, en cuanto que la figura básica aportaría también la puesta en peligro de un bien jurídico distinto al ya protegido, que se identificaría con la administración de justicia:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de junio de 1991: *“La más reciente jurisprudencia del T.S. estima que el concepto de organización que da lugar a una forma agravada del tráfico de drogas se diferencia de otras formas de participación por el grado alcanzado por la acción para neutralizar la actuación de la justicia”.*

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre 1997: *“...destacando que el elemento característico de la organización se debe vincular con la especial aptitud de la acción concertada para neutralizar la actuación de la justicia...”*

²⁰³ En este sentido, CANCIO MELIÁ (CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* Pag. 10. *“La jurisprudencia -en lo que se refiere, al menos, a España y Alemania- es poco clara y cambiante en lo que se refiere a la definición del injusto o del objeto de protección de estas infracciones. Puede afirmarse que el Tribunal Supremo español muestra un desinterés especialmente pronunciado por esta cuestión. En ocasiones incluso llega a combinar términos que representan -como después se mostrará- opciones divergentes (incluso: antitéticas) de definición del bien jurídico.”*

²⁰⁴ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 1995:** *“...aumentando al mismo tiempo el daño posible causado...”*; **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 1988:** *“... La organización implica así una multiplicación de los efectos gravísimamente nocivos de esta delincuencia”*; **Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio 1995; 13de octubre de 1997; 20 de noviembre 1997; 6 de abril de 1998 y 13 de julio de 1998:** *“...que ha merecido por parte del legislador más grave sanción en razón de la superior capacidad de agresión al bien jurídico de la salud pública por la posibilidad de la supervivencia del propósito criminal que la organización representa...”*.

Adviértase, no obstante, que el Tribunal Supremo establece en realidad una relación lógica entre ambos fundamentos, en una peculiar concatenación de secuencias que podríamos sintetizar como sigue:

- La organización supone un incremento de la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la figura básica.
- Ese incremento del peligro se explica por la *supervivencia del propósito criminal que la organización representa*, es decir, que no supone tanto un incremento de la intensidad del peligro al que sometemos el bien jurídico protegido, como un incremento del tiempo al que ese bien jurídico está sometido a peligro.
- Ese incremento del tiempo al que el bien jurídico está sometido a peligro, sería consecuencia directa de la capacidad de la organización para *neutralizar la actuación de la justicia*.
- Y, finalmente, esa capacidad para neutralizar la actuación de la justicia, se explicaría a partir de dos factores:

- La independencia de la organización con respecto a las personas concretas que en un determinado momento la integran, lo que permite sustituir unas por otras cuando las primeras han sido detenidas (carácter fungible de los integrantes):

Sentencia del Tribunal Supremo. de fecha 19 de enero 1.995: *“La organización que opera como agravante del delito del artículo 344 Código Penal requiere, ante todo, que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de remplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado”.*

- Su misma estructura jerárquica, que dificulta la imputación de los delitos cometidos, especialmente a los miembros situados en sus escalafones más altos:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 1991: *“La aplicación de la circunstancia agravante en el artículo 344 bis b Código Penal presupone que los autores del delito formaban parte de una organización en los términos del artículo 344 bis a 6º Código Penal, organización que requiere, básicamente, un grado de centralización de decisiones y de jerarquías ejecutivas capaces de dificultar de manera extraordinaria la persecución del hecho y de la misma forma aumentar la potencialidad de daño del delito”.*

En síntesis, afirma el Tribunal Supremo que el incremento del peligro inherente a una organización, podría explicarse desde una doble vía: porque su propia idiosincrasia la hace potencialmente más idónea para la ejecución de delitos de mayor entidad, esto es, que ofendan más gravemente al bien jurídico tutelado en la figura básica.; y porque su propia idiosincrasia la hace más idónea para permanecer en el tiempo, esto es, para incrementar el espacio cronológico en el que perdura el peligro para el bien jurídico tutelado en la figura básica.

2.1.3 Protección de bienes jurídicos colectivos.

Cuenta esta opción con un amplio respaldo en el seno de la doctrina española, aunque a este inicial consenso sobre la naturaleza del bien, no le siga un acuerdo sobre la determinación concreta de su contenido específico.

Por ello me centraré sólo en los dos bienes que tradicionalmente han merecido mayor atención: el poder del Estado y el orden público.

Pero antes de adentrarme en el análisis particular de uno y otro, conviene advertir tres cuestiones:

La primera, que los defensores de la tutela de un bien jurídico colectivo en el delito de asociación ilícita, entienden generalmente que la lesión o puesta en peligro de éste agota el contenido de antijuricidad del tipo, por lo que, desde un punto de vista axiológico, conciben al mismo como un delito uniofensivo. En consecuencia, entienden incompatible esta posición con la descrita en el apartado anterior.

La segunda, que, en general, existe una indeterminación sobre si la lesión o puesta en peligro se predica únicamente en el plano ideal, es decir, por la significación intrínsecamente contraria al bien jurídico colectivo que necesariamente conlleva la asociación ilícita por su mera existencia, o en el plano fáctico, es decir, por la capacidad real de la asociación u organización ilícita de modificar la realidad social y/o política.

Paradójicamente, y también en términos generales, la aceptación del bien jurídico colectivo como objeto de protección en sede de asociaciones ilícitas, no se reproduce en sede de tipos cualificados por la pertenencia a una organización, donde se suele admitir con mayor facilidad, de la mano del Tribunal Supremo, como se verá, que en la figura agravada el bien jurídico protegido lo constituyen los bienes tutelados en los respectivos delitos proyectados, si bien luego (y de ahí la paradoja) se opta por considerar ambas figuras en concurso ideal, tratándolas a todos los efectos como homogéneas.

Advertido lo anterior, expondré por separado cada una de las posiciones doctrinales y las críticas que respectivamente han merecido.

2.1.3.1 El poder del Estado.

La consideración del poder del Estado como bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, sólo puede ser abordado desde la propia evolución histórica que ha experimentado la figura de la asociación ilícita, desde su utilización como un claro instrumento de control y represión política²⁰⁵, hasta su configuración como un instrumento de control contra la delincuencia organizada.

En mi opinión, resulta necesario distinguir dos discursos distintos sobre el poder del Estado como bien jurídico colectivo protegido en la figura de la asociación ilícita, el primero, que se correspondería entre nosotros con la propuesta que hiciera ya hace algunos años García Pablos de Molina, y a la que denominaré primera formulación; el segundo, en línea con el pensamiento político criminal generado más recientemente en el seno de la Unión Europea, al que me referiré como segunda formulación y que, en el fondo, no es más que una reformulación del bien jurídico a la luz de la actual doctrina constitucionalista.

2.1.3.1.1 La primera formulación del poder del Estado como bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita.

La obra de García Pablos de Molina²⁰⁶, supone todavía hoy una referencia inexcusable a la hora de abordar el contenido de injusto propio de la

²⁰⁵ Téngase en cuenta que el apartado 2º de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1936, declarado vigente por la Ley de 15 de noviembre de 1971, citaba expresamente como asociaciones ilícitas a “*Acción Republicana, Izquierda Republicana, Unión Republicana, Partido Federal, Confederación General del Trabajo, Unión General de Trabajadores, Partido Socialista Obrero, Partido Comunista, Partido Sindicalista, Sindicalista de Pestaña, Federación Anarquista Ibérica, Partido Nacionalista Vasco, Acción Nacionalista Vasca, Solidaridad de Obreros Vascos, Esquerra Catalana, Partido Galleguista, Partido Obrero de Unificación Marxista, Ateneo Libertario, Socorro Rojo Internacional, Partido Socialista Unificado de Cataluña, Unión de Rabassaires, Acción Catalana Republicana, Partido Catalanista Republicano, Unión Democrática de Cataluña, Estat Català y todas las logias masónicas y cualquiera otras entidades, agrupaciones o partidos filiales o de análoga significación a los expresados, previa declaración oficial de hallarse, como los anteriormente relacionados, fuera de la Ley*”

²⁰⁶ GARCÍA PABLOS DE MOLINA. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Editorial Bosch. Barcelona. 1977.

asociación ilícita en derecho español. Su posición doctrinal queda a mi juicio perfectamente sintetizada en la siguiente cita.²⁰⁷

“[...] postura doctrinal- hoy poco extendida, pero de gran arraigo histórico y tradición en la literatura- (...) estima que el objeto de la tutela en estos delitos es el propio poder del Estado, su primacía en cuanto institución política y jurídica; comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución (la asociación criminal), con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político [...] con el delito de asociación ilícita trata nuestro código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra institución que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquella [...] la mera existencia de una pluralidad de personas que, de forma “organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las Leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado. Es un reto y una negación de éste”.

Sin restar importancia a la aportación de García Pablos de Molina, no puedo dejar de observar que su propuesta se realiza al año siguiente de aprobarse la reforma de 19 de Julio de 1976, cuando todavía la figura penal que nos ocupa no había podido emanciparse del todo de su carga estrictamente política, cosa que, a mi entender, sólo conseguirá tras la reforma de 1980.

Quizás sea por esa proximidad temporal con la concepción del delito de asociación ilícita como un delito eminentemente político, que García Pablos de Molina conciba la lesión al “poder del Estado”, como realizable sobre el plano simbólico, por el significado jurídico que la mera concurrencia de la asociación ilícita representaba, con independencia de su real capacidad. Se consumaba, en definitiva, sobre el plano de la *negación* (simbólica) del Estado, de su *supremacía*, de su *hegemonía*, con lo cual, según me parece, no se llegaba a emancipar la figura de la asociación ilícita ni del peso de su génesis ni del peso de su propia historia, aún cuando ya no tuviera por objeto la comisión de delitos políticos.

De ahí que resultara totalmente innecesario explicar los concretos mecanismos mediante los cuales fuera factible realizar un ataque al poder del Estado, ni siquiera concretar cuál de las facetas de ese poder podía verse efectivamente comprometida por una asociación ilícita tal cual la entendía por entonces la doctrina y jurisprudencia.

²⁰⁷GARCÍA PABLOS DE MOLINA. *Op. cit.* Págs. 142-144.

2.1.3.1.2 La segunda formulación del poder del Estado como bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita.

Bajo este epígrafe, pretendo agrupar una nueva concepción del poder del Estado como bien jurídico protegido en la figura de asociación ilícita, que se distinguiría de la anterior en algunos particulares:

- a- En primer lugar, por cuanto esta nueva visión nace de la mano de la lucha contra la denominada delincuencia organizada, como un referente criminológico nuevo al que se pretende dar respuesta desde los que, en términos genéricos, podríamos denominar *delitos de asociación*. En este sentido, podemos afirmar que la consideración del poder del Estado como bien jurídico protegido en la figura de la asociación ilícita, se ha visto últimamente reforzada en la medida en que tanto la doctrina mayoritaria como principalmente la normativa emanada de la Unión Europea –como inmediatamente se verá- han venido vinculando expresamente el fenómeno de la delincuencia organizada con la puesta en peligro del Estado y, concretamente, con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho. Entre la doctrina mayoritaria, baste con citar ahora a Choclan Montalvo:²⁰⁸

“[...] la criminalidad organizada, pues este nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica, se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas; no sólo crea inseguridad ciudadana, como la tradicional delincuencia individual, sino inseguridad al propio Estado por su clara incidencia en el orden social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la delincuencia organizada no sólo se dirige a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social..”

En el mismo sentido apunta el monográfico dedicado por la Revista Occidental a la delincuencia organizada²⁰⁹:

“El crimen organizado transnacional no es un fenómeno nuevo. El crimen organizado y el contrabando a través de las naciones han existido desde tiempos inmemoriales a lo largo de fronteras adyacentes. Lo que es nuevo es la escala de la actividad y el hecho de que el crimen organizado ahora posee medios antes reservados para naciones-Estados. Es que la dispersión de acceso a la tecnología, movilidad global, habilidad experta para contratar, la adquisición fácil y barata de armas altamente mortíferas y el inmenso capital

²⁰⁸CHOCLÁN MONTALVO. *Op. Cit.* 2001. Pag. 218.

²⁰⁹ “El Crimen organizado transnacional”. “*Revista Occidental. Estudios latinoamericanos*”. Año 14. Nº. 1. 1997. Tijuana. Pag. 110.

ilícito y los recursos financieros del crimen moderno organizado, le permiten amenazar, rivalizar y socavar la estabilidad de las naciones- Estado y corromper la sociedad civil en muchas partes del mundo.”

- b- En relación con lo expuesto en el punto anterior, se produce un cambio de perspectiva importante: ya no se trata tanto de una oposición simbólica al poder del Estado como idea, sino de una oposición real, esto es, se parte de la premisa de que efectivamente pueden existir grupos capaces de cuestionar el mismísimo poder estatal.
- c- Se va progresivamente asimilando las ideas de “poder del Estado” e “identidad del Estado”, de tal manera que, en realidad, afirmando la lesión al poder del Estado, se afirma la lesión al Estado en sí mismo considerado, puesto que ambas posiciones no son alternativas, sino que se implican mutuamente, toda vez que la afección a su identidad supone, en definitiva, una afección al más importante poder del Estado: el de seguir conformado según su derecho constituyente.

Dicho lo anterior, creo estar en condiciones de afirmar que, sin lugar a dudas y de forma expresa, la Unión Europea ha configurado su política criminal en materia de delincuencia organizada y, por ende, los tipos asociativos que ha ligado a su prevención y control, tomando como premisa axiológica que la misma supone una lesión al Estado. Para acreditar la anterior afirmación, propongo examinar detenidamente la selección de documentos que parcialmente reproduzco a pie de página²¹⁰, dictados por distintos organismos

²¹⁰ **1-Resolución del Parlamento Europeo sobre el tráfico de drogas.** *Diario Oficial* nº C 047 de 27-02-1989 p. 0053

Considerando que el **desarrollo económico, la democracia y la seguridad** en los países productores de droga corre un serio peligro debido a las actividades de organizaciones criminales que controlan allí el tráfico ilegal de drogas.

Considerando que la gran fuerza que se concentra en las manos de estas organizaciones representa un grave peligro para las **instituciones democráticas**.

2- Resolución del Parlamento Europeo sobre el asesinato a manos de la Mafia del empresario Libero Grassi en Palermo. *Diario Oficial* nº 267 de 14-10-1991 p. 0133..

Considerando las graves repercusiones **políticas, económicas y sociales** del fenómeno de la delincuencia organizada que se extiende por la isla y por Europa.

Comprobando que los elevados beneficios obtenidos por las organizaciones delictivas, sobre todo con el tráfico de drogas, impiden el libre ejercicio de **actividades económicas**, desincentivan las inversiones y provocan el cierre de actividades productivas.

Pide que la CE y el Gobierno Italiano intervengan, respetando las reglas del Estado de derecho, para garantizar la **integridad de las instituciones políticas** amenazadas y de la **vida económica**;

3- Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra el tráfico de drogas y la grave situación en Colombia. Diario Oficial nº C 256 de 09-10-1989 p. 235.

3. Pide al gobierno de Colombia que garantice los **derechos democraticos**, que movilice a todas las fuerzas del país y que expulse del aparato del Estado, de la administración y de la vida política a todas las personas comprometidas o corruptas;

4- Informe de la Comisión de investigación de la Difusión de la Delincuencia organizada Vinculada al Tráfico de Drogas en los Países de la Comunidad, sobre la difusión de la delincuencia organizada vinculada al tráfico de drogas en los Estados Miembros de la Comunidad Europea, de 23 de abril de 1992. DOC-A-3 0358/92.

(Tras una exhaustivo estudio de la corrupción) No es probable que la delincuencia organizada desaparezca, independientemente de que se controle el tráfico de drogas o no. Es competencia de las autoridades políticas garantizar que al luchar contra el crimen organizado no socavan los **principios fundamentales de los derechos humanos individuales y colectivos** y las **libertades** en las que se basan nuestras sociedades democráticas.

5- Resolución del Parlamento Europeo sobre el trabajo de la Comisión de investigación del Tráfico de Drogas Diario oficial nº C .150 de 15-06-1992 p. 0041

Considerando que estas formas de delincuencia están utilizando la infraestructura de la economía legítima de la Comunidad, por ejemplo, mediante el blanqueo de dinero.

Considerando que estos acontecimientos amenazan con socavar nuestras **democracias** y el **bienestar social** de nuestras sociedades.

6- Resolución del Parlamento Europeo sobre el asesinato de Giovanni Falcone y la necesidad de combatir la delincuencia organizada en la Comunidad Europea. Diario Oficial nº C 176 de 13 07-1992 p. 0120.

...que estos crímenes son sólo los mas recientes dentro de una larga serie de asesinatos de aquellas personas que han retado valientemente el poder de la delincuencia organizada en Italia, que amenaza la **democracia** y el **bienestar moral y físico de los ciudadanos**, no sólo en Italia, sino también en otros Estados miembros.

Considerando que la delincuencia organizada actúa a escala internacional, sobre todo por lo que se refiere al tráfico de drogas y blanqueo de dinero, y tiende a ocupar un papel de primer orden en la **actividad económica y financiera**.

Deplorando las conexiones e incluso la complicidad de algunas personalidades políticas y de algunos funcionarios con la delincuencia organizada.

Considerando que esta situación tiene como consecuencia la descomposición de nuestras **democracias**.

7-Informe de la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores sobre la delincuencia cotidiana en las grandes aglomeraciones y sus relaciones con la delincuencia organizada, de fecha 14 de octubre de 1993. Doc. A3-0289-1993.

(Propuesta de Resolución) F. Convencido de que la delincuencia y, en particular, la delincuencia organizada, deterioran las posibilidades de **desarrollo político, económico y social** de la población, ponen en peligro su espacio de **libertad** e impiden o anulan el funcionamiento de las **instituciones democráticas**.

(Exposición de Motivos, Introducción) Las medidas represivas de las autoridades policiales deben estar sujetas a un control democrático, ya que la falta de democracia y de publicidad pueden dar lugar a una protección insuficiente de la libre circulación y la libertad de los ciudadanos de la futura Unión Europea, así como del ejercicio de sus derechos cívicos.

VI. Cuando compiten el capital legal y el capital ilegal, generalmente se impone el capital obtenido ilegalmente.

VIII. (Componentes de la futura política contra la delincuencia). No hay que subestimar la importancia que tienen en el marco de la prevención las medidas de política social ajenas al derecho penal, en el que es fundamental el diseño de una nueva política relativa a las drogas.

El Estado de derecho sólo tendrá crédito y autoridad para perseguir los delitos si sus propios órganos se atienen al derecho y a la Ley.

8- Propuesta de Resolución presentada de conformidad con el artículo 63 del Reglamento por el Sr. DE PICCOLI, sobre la difusión de la criminalidad y de la pequeña delincuencia urbana en los Estados miembros de la Comunidad. Anexo B3-0725/92.

2. Considera que el problema de la criminalidad representa un verdadero peligro para la **democracia** y que la lucha contra la gran criminalidad y la escalada de la pequeña delincuencia debe constituir una de las prioridades de la Comunidad.

9- Resolución del Parlamento Europeo sobre la delincuencia cotidiana en las grandes aglomeraciones y sus relaciones con la delincuencia organizada, Diario Oficial nº C 020 de 24-01-1994 p. 0188.

Convencido de que la delincuencia y, en particular, la delincuencia organizada deterioran las posibilidades de **desarrollo político, económico y social** de la población, ponen en peligro su espacio de **libertad** e impide o anulan el funcionamiento de las **instituciones democráticas**.

Expresa su convencimiento de que la lucha contra la delincuencia organizada puede contribuir a limitar la delincuencia cotidiana, dada la interdependencia existente entre ambas.

10- Informe de la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores sobre la lucha contra el fraude internacional, de fecha 8 de noviembre de 1993 DOC (A3-0346/93).

(Exposición de motivos. Introducción) Por el contrario, la difusión y la multiplicidad de las formas y casos de fraude lo convierten en uno de los aspectos más importantes de la criminalidad económica o de los negocios, cuya frontera con la llamada criminalidad organizada es cada vez menos clara, hasta el punto que su análisis demuestra que los casos de compenetración, de zonas de intereses comunes y de interpenetración son cada vez más numerosos, en particular en concomitancia con el creciente proceso de internacionalización de la criminalidad..(El fraude internacional)2. ...las actividades delictivas han permitido la acumulación de beneficios capaces de condicionar el **mercado de capitales** mediante el reciclado, procediendo a una infiltración a gran escala en las actividades legales. Uno de los resultados de este proceso es el surgir de elementos estructural y funcionalmente relacionados.

Un primer elemento es la corrupción de funcionarios y administradores y viceversa, la concusión ejercida por estos.

Un segundo elemento es la manipulación del entramado productivo, con la creación de empresas de tipo económico, comercial o financiero dotadas desde el principio de ventajas competitivas gracias a la violación de las normas penales y a los recursos procedentes de actividades delictivas.

Un tercer elemento, lo constituyen distintos tipos de fraude, en particular el fiscal.

Un cuarto elemento son las actividades delictivas organizadas (extorsión, contrabando, tráfico de estupefacientes, etc) que se desarrollan sobre la base del control de porciones de territorio.

Estos fenómenos acaban formando un coágulo con un alto potencial de peligrosidad cada vez más difícil de combatir.

c-(Papel y responsabilidad del sistema económico). A efectos del planteamiento de la lucha contra la criminalidad organizada en sus relaciones con la economía, conviene revisar a fondo la visión tradicional de la relación entre libertad y control de movimientos financieros (el máximo de la primera comporta el mínimo de la segunda y viceversa). Más que en términos de antítesis, conviene plantearse esta cuestión

en términos de correlación dado que el control de fenómenos de contaminación resulta beneficioso para la libertad y la protección del mercado.

d- (La corrupción política y administrativa). Los fenómenos de corrupción política y administrativa constituyen estructuralmente una bisagra estratégica entre el mundo legal y el mundo criminal, en particular por lo que se refiere a las formas de criminalidad económica. Por esta razón, y por los efectos corrosivos que tienen en el **sistema democrático** y en las **relaciones entre los ciudadanos y el Estado**, conviene tomar medidas a escala internacional y europea en particular.

11- Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la política en materia de drogas, de fecha 25 de enero de 1994 DOC (A3-0018/94).

(Propuesta de Resolución) H. Considerando que el poder de las organizaciones criminales socava el fundamento de las **instituciones legales** y supone una amenaza para el **Estado de derecho** en la UE.

Considerando que los enormes beneficios obtenidos del comercio de drogas ilegales se reinvierte en circuitos financieros y económicos legales.

c) En los últimos tiempos y gracias a su potencia financiera, la delincuencia organizada se ha hecho con el control de sectores enteros de economía de determinados países. Gracias a sus recursos financieros los traficantes de droga se hallan en condición de corromper y de infiltrarse incluso en los grados más elevados de **las instituciones democráticas, económicas y financieras**.

Para hacer frente a la potencia de las organizaciones criminales, los Estados han debido reforzar su legislación y dotarse de recursos policiales y judiciales cada vez mas importantes, lo que ha erosionado las **garantías democráticas y las libertades fundamentales**.

12- Informe de la Comisión de libertades Publicas y Asuntos Interiores sobre las actividades criminales en Europa, de fecha 27 de enero de 1994. DOC (A3-0033/94).

Constatando que el crimen organizado, con su fuerte influencia desestabilizadora y corruptora, representa un problema de carácter político, social y cultural que amenaza las **instituciones** y la propia **democracia**.

C- Considerando que la difusión de la criminalidad, sobre todo en sus formas y dimensiones nuevas, representa un grave peligro para los **Estados miembros** y para sus **relaciones internacionales** y podrá comprometer los **objetivos que la Unión** se ha propuesto.

D- Considerando que la criminalidad económica representa una grave obstáculo al desarrollo de la **inversión** y del **empleo** y perjudica el **bienestar social** y un sano **desarrollo económico**,

E- Subrayando que el crimen organizado actúa en el interior del **sistema de la economía lícita**, utilizando capitales acumulados de forma ilícita y aprovechando las distorsiones que se derivan de las disparidades entre legislaciones de los Estados miembros y la vulnerabilidad de los mercados.

F- Convencido de que en varios Estados miembros el éxito del crimen organizado se debe en muchos casos a la colusión con los responsables políticos, a la complicidad de los niveles mas altos de la economía y de las finanzas y a los favoritismos directos e indirectos de la administración pública.

(Exposición de motivos. Introducción) El crimen organizado representa además una amenaza para el **Estado** y para la **sociedad europea**. Por medio de negocios ilegales y legales, las organizaciones criminales que operan a escala internacional obtienen beneficios enormes que les permiten ampliar constantemente su influencia, sobre todo en el medio político, informativo, de las finanzas y de la economía.

El crimen organizado representa hoy, en primer lugar, un problema político, social y cultural ...

(Situación actual) 4.1. Formas de delincuencia organizada en Europa.) En el curso de los últimos 20 o 25 años, la relación entre la delincuencia organizada y la política se ha visto alimentada por una mentalidad

“mafiosa” que se propaga en las **instituciones públicas**, el **mundo político** y los **medios jurídicos, de negocios y económicos**.

Si no se lucha con eficacia contra la delincuencia organizada, detrás de una fachada democrática se formarán estructuras de una coalición de intereses prácticamente oculta entre los círculos gobernantes y las organizaciones de la delincuencia organizada. Ello da lugar a una estructura política de doble fondo que sirve sobre todo a los intereses de la delincuencia organizada.

La delincuencia organizada da lugar a graves daños y amenaza los **fundamentos del Estado de derecho democráticos**.

Es difícil, sin embargo, identificar la delincuencia organizada, ya que cuando ésta es detectable está mal organizada.

13- Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo. El tráfico ilícito de materiales nucleares y sustancias radioactivas. Diario Oficial C 287 de 15 10-1994, p.7.

i. Este fenómeno constituye un posible factor de inestabilidad para los **Estados** y las **personas** en Europa.

14-Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en Europa Diario Oficial nº C 017 de 22 de enero de 1996 p. 0443.

Considerando que la corrupción, sobre todo cuando va unida con la delincuencia organizada, hace peligrar el funcionamiento de todo **sistema democrático**, destruyendo así la **confianza de los ciudadanos en la integridad del Estado de derecho democrático**.

15- Resolución del Parlamento Europeo sobre Europol. Diario Oficial O C nº 96 de 01-01-1996 p. 288.

Considerando que la delincuencia amenaza cada vez más las **libertades civiles fundamentales** en un Estado democrático de derecho.

Considerando que la delincuencia organizada a escala internacional ha dado lugar a una amenazadora forma de delincuencia, cualitativamente nueva, que exige nuevos enfoques en la lucha contra la delincuencia.

Considerando que se puede manipular mediante chantaje, corrupción y terrorismo las **actividades administrativas** regulares del Estado y se puede desvirtuar así el **proceso decisorio democrático** y conforme a derecho.

Considerando que el ejercicio de **la soberanía estatal** sufre menoscabo más bien con el aumento de la delincuencia organizada y no por la cooperación de las autoridades policiales y nacionales de los Estados miembros en un servicio europeo de policía.

16- Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 1996 relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada. Diario Oficial nº C de 11-01-1997 p. 0001-0002.

B. Invita a los Estados miembros a que consideren, en el contexto de los objetivos indicados en la letra A, la posibilidad de conceder, con arreglo a los principios generales de su ordenamiento jurídico, beneficios específicos a quienes rompan sus vínculos con una organización delictiva, se esfuercen por evitar la continuidad de las actividades delictivas o ayuden de forma concreta a las autoridades policiales o judiciales a reunir elementos de prueba decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la identificación o la detención de los autores de los delitos.

17- Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997. Diario Oficial nº C 251 de 15-08-1997 p.0001-0006.

“(Introducción. Capítulo I. Antecedentes. 1). La delincuencia organizada se está convirtiendo progresivamente en una grave amenaza para la **sociedad** tal y como la entendemos y quisiéramos

de la Unión Europea entre los años 1988 y 1997, espacio de tiempo en el que considero que se fraguó la política criminal en materia de delincuencia organizada tal cual la conocemos hoy.

Si ordenamos por grupos las distintas expresiones que en los documentos de constante referencia hemos señalado en negrilla, comprobamos como todas ellas se refieren al campo de la política, la economía y la sociedad, siendo sus respectivos modelos, en definitiva, los valores que este tipo de delincuencia lesiona o pone en peligro. Veámoslo conforme a la tabla siguiente:

conservarla. El comportamiento delictivo ha dejado de ser patrimonio exclusivo de algunos individuos para serlo de organizaciones que se infiltran en las diversas estructuras de la sociedad civil, y por descontado, de la **sociedad en su conjunto**.

La lucha ha de ser rigurosa pero por medios legítimos y dentro del pleno respeto de los principios del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos, sin perder de vista el hecho de que la protección de estos valores es la razón de ser de la lucha contra la delincuencia organizada.

En la esfera política	En la esfera económica	En la esfera social
<p>La democracia</p> <p>Las instituciones democráticas</p> <p>La integridad de las instituciones políticas</p> <p>Los derechos democráticos Los principios fundamentales de los derechos humanos individuales y colectivos</p> <p>El desarrollo político</p> <p>La libertad</p> <p>Las libertades civiles fundamentales</p> <p>Las relaciones entre los ciudadanos y el Estado</p> <p>El Estado de derecho</p> <p>Los Estados miembros</p> <p>Los objetivos de la Unión</p> <p>El mundo político</p> <p>Los fundamentos del Estado de Derecho democráticos</p> <p>La confianza de los ciudadanos en la integridad del Estado de Derecho Democrático</p> <p>Las actividades administrativas</p> <p>El proceso decisorio democrático</p> <p>La soberanía estatal</p>	<p>El desarrollo económico</p> <p>El libre ejercicio de actividades económicas</p> <p>La vida económica</p> <p>La actividad económica y financiera</p> <p>El sistema de la economía lícita</p> <p>El mercado de capitales</p> <p>Las instituciones económicas y financieras.</p> <p>La inversión</p> <p>Los negocios</p>	<p>La seguridad</p> <p>El bienestar social</p> <p>El bienestar moral y físico de los ciudadanos</p> <p>El desarrollo social</p> <p>El empleo</p> <p>La sociedad europea</p> <p>Las personas</p> <p>La justicia</p>

Adviértase como este análisis nos permite perfilar las concretas dimensiones del Estado que se verían afectadas por la pertenencia a una asociación u organización ligada al fenómeno de la delincuencia organizada, a saber, la dimensión de Estado democrático y de derecho por una parte, y la

dimensión de Estado social por otra. Me detendré brevemente sobre una y otra dimensión, a fin de conocer mejor la manera como puede materializarse una efectiva lesión o puesta en peligro desde este tipo de categorías colectivas, más allá de planteamientos simbólicos.

2.1.3.1.2.1 La lesión o puesta en peligro del Estado como Estado Democrático de Derecho.

La influencia de la delincuencia organizada en los ámbitos de la política, sociedad, economía y administración de justicia, así como de los mecanismos sobre los que opera esta influencia, fueron tratados en el Congreso organizado por la *Université de Droit, d' Economie et des Sciences d 'Aix-Marseille*, bajo el título "Criminalité Organisée et Ordre dans la Société".

En este Congreso el Profesor italiano Palazzo presentó una ponencia titulada "Les rapports entre Criminalité Organisée et Ordre Politique"²¹¹ que, según creo, constituye una referencia indispensable para aproximarnos a los fundamentos axiológicos del desvalor que merece la delincuencia organizada en la que hemos denominado esfera política y que, según esta línea de pensamiento, estaría llamada a dar contenido material a la figura de asociación ilícita²¹².

En síntesis, el catedrático de la Universidad de Florencia comenzaba por detenerse en el concepto mismo de orden político, distinguiendo entre un orden político ideal, un orden político institucional y un orden político material:

"Ordre politique idéal, pour désigner l'ensemble des valeurs fondamentales auxquelles s'inspire l'organisation politique d'une communauté déterminée. [...] Ordre politique institutionnel, par lequel on entend l'ensemble des organes exerçant des fonctions importantes (de nature politique, législative, gouvernementale, exécutive, administrative, judiciaire, etc.), selon les modèles d'organisation et les modalités qui sont habituellement établis par les normes du droit constitutionnel.[...]

*Il existe en fin une troisième notion d'ordre politique que nous pourrions appeler matériel. On indique ici le déroulement ordonné de l'activité politique concrète, dans la vie quotidienne, de la part des personnes physiques qui occupent différents fonctions publiques.*²¹³

²¹¹ PALAZZO. "Les Rapports entre Criminalité Organisée et Ordre Politique." *In Criminalité Organisée et Ordre dans la Société*. Presses Universitaires D'Aix-Marseille. Aix-En-Provence. 1997. Pag 121.

²¹² Como habrá podido observarse, a lo largo de este Capítulo y por seguir la nomenclatura utilizada tradicionalmente por los autores que cito y la doctrina en general, son varias las veces que utilizo las voces "asociación ilícita" y "organización" en un sentido amplio, como sinónimo del concepto más genérico de categoría colectiva.

²¹³ PALAZZO. *Op. cit.* Pág. 126.

Fijados estos conceptos, definía tres modelos posibles de relaciones entre el orden político y la criminalidad organizada: la relación de autonomía, en la que existe una coexistencia entre el Estado y las organizaciones criminales, sin interferencias entre ellas; la relación de oposición, en la que existe una pugna abierta entre una y otra realidad, y la relación de condicionamiento, según la cual la delincuencia organizada condiciona el funcionamiento democrático del Estado.

Pues bien, sobre este marco teórico podría considerarse que la existencia de una asociación u organización, comportaría un doble peligro para la dimensión democrática del Estado.

El primer peligro consistiría en condicionar el orden político material a través de la corrupción, desde el momento en que concurren en ellas los medios materiales necesarios para ello, que no son otros que los provenientes de sus actividades ilícitas, con un interés prioritario en poder seguir actuando sin la interferencia del poder estatal y en que las administraciones públicas, contrariamente a lo establecido en el artículo 103.1 C.E²¹⁴, sirva a sus intereses particulares antes que a los intereses generales. Este primer peligro, estaría relacionado con las ideas de *lesión a la democracia, la integridad de las instituciones políticas, los fundamentos del Estado de derecho democráticos, las instituciones democráticas, las actividades administrativas, la confianza de los ciudadanos en la integridad del Estado de derecho democrático*, y en definitiva, con una idea que implica y resume todas las anteriores, el proceso decisorio democrático y la soberanía estatal, en última instancia, el modelo de Estado Democrático²¹⁵.

El segundo peligro, por su parte, consistiría en condicionar, indirectamente, el orden político ideal, no porque tengan interés directo en un cambio del modelo constitucional, como ocurre en los delitos de terrorismo o rebelión, sino por cuanto su persecución puede afectar al legítimo ejercicio de los derechos y libertades públicas de todos los ciudadanos. Este peligro, por su parte, estaría relacionado con las ideas de los derechos democráticos, los

²¹⁴ Art. 103.1 de la Constitución Española: "*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al derecho.*"

²¹⁵ En este sentido, se manifiesta el Profesor de Florencia (PALAZZO. *Op. cit.* Pág. 123) cuando afirma: "*C'est en effet l'ordre politique dans son essence démocratique qui se trouve agressé, puisque ce ne sont plus les intérêt de la colectivité qui sont composés et cordones dans la dialectique démocratique mais les intérêts d'organisations criminelles qui prévalent sur tous les autres sous la precission de conditionnements violents ou économiques.*"

principios fundamentales, los derechos humanos individuales y colectivos, la libertad, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, con las libertades civiles fundamentales y, en última instancia, el modelo de Estado de derecho.

2.1.3.1.2.2 Lesión o puesta en peligro del Estado como Estado Social.

Una de las últimas conclusiones a las que llegaba Palazzo en la ponencia a la que me he referido en el apartado anterior, era la mutua implicación entre la influencia que ejercen las organizaciones en el orden político y el orden económico:

“Une sorte de cercle vicieux se trouve ainsi crée: la criminalité organisée, par sa présence dans l’économie conditionne l’ordre politique et, conditionant l’ordre politique, elle parvient à s’assurer une présence toujours plus forte dans l’économie publique et privée.”²¹⁶

Pero el orden económico no sólo se ve afectado a través de la corrupción del poder legislativo y/o ejecutivo, también se ve alterado *de facto*, por cuanto el capital que genera la actividad ilícita no sólo permite el condicionamiento de los dos poderes antes citados, sino también la inyección de capital ilícito en actividades económicas lícitas, donde competirán en desmesurada ventaja con aquellos otros agentes del mismo sector que no puedan recurrir, en un momento determinado, a fondos ajenos a su propia actividad económica.

De esta manera, las empresas de actividades lícitas vinculadas a capitales ilícitos, pueden ofrecer bienes y servicios a precios extraordinariamente competitivos, conduciendo el mercado hacia una posición de monopolio para, una vez consolidada esta, elevar nuevamente los precios de mercado.

Muy gráfica nos parece la explicación que Maurinucci y Dolcini.²¹⁷ ofrecen sobre este particular:

“El enorme caudal de dinero sucio que las más diversas organizaciones criminales obtienen por el tráfico de droga y del comercio ilegal de armas de guerra, es <<limpiado>> a través de complejas operaciones de lavado y con la complicidad del sistema bancario internacional, el que es posteriormente

²¹⁶PALAZZO. *Op. Cit.* Pág.128.

²¹⁷MARINUCCI, DOLCINI. <<Derecho penal <<mínimo>> y nuevas formas de criminalidad.>> In *“Revista de derecho penal y Criminología”*. 2ª Epoca. Nº. 9. 2002. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. Pág. 152.

reinvertido en las actividades económicas más diversas: con el efecto de ir condicionando la vida de bancos y empresas de primera importancia.”

En este sentido, pues, la existencia de la delincuencia organizada supone un peligro para la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 C.E.²¹⁸.

En la esfera socioeconómica, la capacidad lesiva de las organizaciones no se reduce única y exclusivamente al perjuicio de la libertad de empresa, su sola presencia implica un peligro para los mismos principios rectores de la política social y económica recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución Española; pues las actividades ilícitas llevadas a término por dichas asociaciones u organizaciones, no sólo generan pobreza en la sociedad donde actúan, sino que se escapan al control fiscal del Estado por lo que, por una parte, aumentan las necesidades que debe cubrir el Estado Social, y por otra, disminuyen sus recursos para hacer frente a las mismas, al tiempo que se obstaculiza cualquier intento de *progreso social y económico*, o de *distribución de la renta regional y personal más equitativa*, por expresarnos en los mismos términos del artículo 40.1 C.E.

Desde esta perspectiva, la organización supone también la puesta en peligro del modelo de Estado Social.

2.1.3.1.3 Breve referencia a la propuesta de Cancio Meliá sobre el Estado como bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita.

No quisiera finalizar este apartado sin referirme a una propuesta venida de la mano de Cancio Meliá, y que, aunque ciertamente toma como referencia al Estado, su posición no deja de tener rasgos propios, tal como inmediatamente se verá.

En su intento por *construir la determinación de un contenido de injusto dogmáticamente coherente y político-criminalmente legítimo para esta infracción*²¹⁹, propone una perspectiva en la que se subrayan dos elementos esenciales: *por un lado, la dimensión colectiva de la asociación penalmente*

²¹⁸Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

²¹⁹ CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* Pag. 6.

ilícita, por otro, la significación pública de su existencia²²⁰, para acabar afirmando que la arrogación organizativa que resulta de estos dos factores afecta a un ámbito genuinamente estatal: el monopolio de la violencia²²¹

Luego según este autor, el injusto radicaría en la pretensión de la organización de *ocupar un lugar (ilegítimo) en la vida pública²²²*, arrogándose *el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado*, en concreto, *el monopolio de la violencia que corresponde al Estado*.

Ya en una publicación anterior²²³, profundizaba el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid sobre esta posición, afirmando que *la dimensión específica del injusto de asociación criminal* residía precisamente en *pretender ocupar un lugar (ilegítimo) en la vida pública*, lo que entendía constituía una *arrogación de organización, no sólo en el sentido de que se arroga una organización ajena, sino, además, que es una organización quien se la arroga: la organización delictiva se arroga el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado*.

Dos observaciones. La primera y utilizando su propia expresión, ello comporta la re-politización del contenido de antijuricidad del delito de asociación ilícita, en la medida en que afecta directamente a la soberanía del Estado. Por otra parte, comporta necesariamente un concepto restringido de asociación, puesto que únicamente podrán tenerse por tales aquellas cuya capacidad pueda cumplimentar realmente las exigencias del principio de lesividad.

No comparto la propuesta de Cancio Meliá por dos motivos; el primero, porque es posible concebir una asociación que, de hecho, no utilice la violencia ni *ad extra* ni *ad intra*. En este sentido podríamos afirmar que el recurso a la violencia puede formar parte del *modus operandi* de la categoría colectiva, pero no de su propia esencia jurídica, máxime si tenemos en cuenta que se puede consumir el delito sin que se pueda imputar actuación alguna a la asociación.

Por otra parte, la arrogancia del monopolio de la violencia también podría ser predicado de cualquier autor individual que sin concurrir causa de justificación la utilizara, de donde tampoco puede ser utilizada como criterio delimitador entre la organización y la coautoría o autoría individual en los casos

²²⁰ CANCIO MELIA. *Op. cit.* 2007. Pag. 12.

²²¹ CANCIO MELIA. *Op. cit.* 2007. Pag. 12.

²²² CANCIO MELIA. *Op. cit.* 2008. Pag. 75.

²²³ CANCIO MELIA. *Op. cit.* 2007. Pag. 36.

en los que se ha recurrido a la utilización ilegítima de la violencia. Incluso en términos de peligro abstracto, es concebible que de un solo individuo pueda predicarse una mayor arrogación del monopolio de la violencia que de una asociación u organización.

Existe una última cuestión. El interesante artículo que publicó bajo el título *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, se abre con un primer apartado de título muy sugerente, *El factor colectivo en la legislación penal*, factor al que otorgará un papel relevante en su desarrollo argumental en torno al injusto de la organización²²⁴.

Pues bien, entiendo que el elemento colectivo, no puede identificarse sin más con el elemento organizativo, son dos cuestiones diferentes sin implicación necesaria.

Como indiqué en el capítulo introductorio, existen otras categorías colectivas cuyo contenido de antijuricidad debe y puede determinarse al margen del hecho organizativo. Si planteamos la antijuricidad de las categorías colectivas dando por sentado que constituyen una organización, dejaremos sin respuesta las preguntas sobre el contenido de injusto de las categorías colectivas que, desde una perspectiva fenomenológica, no pueden incardinarse en el ámbito de la delincuencia organizada y respecto a las cuales, dicho sea de paso, predicar la arrogación del monopolio estatal de la violencia supone, sin lugar a dudas, un exceso.

2.1.3.2 El orden público.

Siguiendo a Guzmán Dalbora²²⁵, como la mayoría de los penalistas que, optando por un bien jurídico colectivo niegan al poder del Estado el carácter de bien jurídico protegido, propugna como objeto de tutela del delito de asociación ilícita el orden público:

“Como quiera que el orden público constituye el objeto protegido en la asociación criminal, sujeto pasivo del delito resulta ser el conglomerado social en su conjunto, no el Estado.”

²²⁴CANCIO MELIA. *Op. cit.* 2007. Pag. 28. “Por ello, parece prometer un progreso en la dimensión del injusto examinar con mayor detenimiento dos segmentos (que, como se intentará mostrar, mantienen una relación de mutua influencia) de la relevancia social de las organizaciones que aquí interesan: en primer lugar, su dimensión colectiva; en segundo lugar, la especial amenaza que su existencia supone respecto de determinados valores jurídico-políticos, amenaza que constituye su significado.”

²²⁵GUZMÁN DALBORA. <<Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas>>. In “*Revista de derecho penal y Criminología*”. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. Julio 1998. Pág. 177.

De esta manera, quienes se decantan por el orden público, parecen alinearse en posiciones muy próximas a las mantenidas por la doctrina Italiana en relación al delito de *l'associazione di tipo mafioso*, así Isolera²²⁶:

“Parimenti di sole eventuali articolazioni lesive deve parlarsi a proposito dell'economia pubblica o dell'ordine economico., ovvero del corretto funzionamento della Pubblica amministrazione e della distribuzione del potere reale che sia ricollegabile al consenso dei consociati. Da un lato, infatti, ha rilievo la previsione di finalità associative non riferibili all'economia pubblica, ovvero las possibilità che le associazioni mafiose acquisiscano appalti di opere pubbliche o concessioni a condizioni oggettivamente convenienti per la Pubblica amministrazione. Dall'altro, il corretto funzionamento della Pubblica amministrazione e la distribuzione democratica de potere reale, risultano essere concetti assai vaghi per dar corpo a uno specifico interesse, e appaiono riguardare più propriamente taluni degli scopi perseguiti dal legislatore nel delineare la nuova fattispecie.

È pertanto l'ordine pubblico in un'accezione materiale, da intendersi quale condizione di sicurezza e libertà dei consociati e condizione su cui questi ultimi ripongono affidamento, a costituire l'autonomo oggetto di tutela dell'art. 416 bis.”

Resulta muy significativo, no obstante, que incluso quienes en España se decantan por el orden público, parecerían admitir que el objeto fuera el Estado si la asociación se refiriera a grupos organizados de una cierta entidad y potencialidad lesiva; así el propio Guzmán Dalbora afirma²²⁷:

“Acaso otra cosa cabría decir si la asociación fuere (y la Ley lo reclamase) más numerosa y estuviera dotada de disciplina y organización profesionales, si los delitos materia de su calendario resultasen particularmente graves, o cuando asociaciones semejantes se multiplicasen a través del tejido social.”

Es ya conocida la crítica a la que prácticamente desde su nacimiento se ha visto sometida la doctrina que defiende el orden público como objeto de tutela del tipo de asociación ilícita, precisamente por la indeterminación y falta de concreción del contenido específico que debe darse a la propia expresión “orden público”, crítica que sería extensible a otros posicionamientos que reivindican diferentes bienes jurídicos colectivos próximos en su naturaleza al que ahora tratamos, como la paz social.

²²⁶ ISOLERA. *Diritto Penale e criminalità organizzata*. Il Mulino. Bologna. 1996. Pags. 69-70.

²²⁷ GUZMÁN DALBORA. *Op. cit.* Pág. 162.

A la indefinición de su propio concepto, debería sumarse también la subjetividad intrínseca a estos bienes jurídicos, en cuanto difícilmente mesurables y demasiado dependientes, en definitiva, de la percepción particular de cada ciudadano. De ahí su difícil aprehensión jurídica²²⁸.

No deja de sorprenderme que la repetida Ley Orgánica 5/2010 haya recopilado los nuevos delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales en el Título XXII que el Código Penal dedica precisamente a los *Delitos Contra el orden público*, entre otras cosas porque la práctica forense nos enseña que la inmensa mayoría de grupos criminales prefieren pasar desapercibidas en un contexto de orden público, puesto que se hacen visibles –y por tanto vulnerables- cuando provocan cualquier tipo de incidente en la esfera pública, al contrario de como ocurre, por ejemplo, respecto a las organizaciones y grupos terroristas, donde esos incidentes y el desorden público que conllevan son intencionadamente buscados como forma y manera de hacerse visibles.

Sin embargo, y a pesar de esta desafortunada ubicación sistemática, de la lectura del apartado XXVIII de su exposición de motivos parece deducirse que el legislador de 2010 utiliza la expresión “orden público” para referirse al Estado Democrático:

“[...] el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la Ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado.”

²²⁸ En este sentido, nos parece muy gráfico el comentario de Cancio Melia (CANCIO MELIA. *Op. cit.* 2007. Pag. 26) cuando afirma: “Las normas jurídicas, -y su concreta reconstrucción jurídico dogmática- no reaccionan frente a los humores del público, la norma jurídico penal no depende, como es evidente, del “ambiente” social de un determinado momento. Si se recurre a la sensación social de inseguridad para definir la paz, el orden o la seguridad públicos, el problema de la determinación conceptual del objeto de protección tan sólo queda desplazado hacia lo empírico, y, con ello, en este caso, librado a la arbitrariedad.”

3 Aproximación al contenido de antijuricidad propio de la pertenencia a una organización desde el marco teórico revisado.

He dedicado el apartado anterior a repasar las distintas posiciones doctrinales sobre el bien jurídico protegido en la figura de la asociación ilícita y de la circunstancia de la pertenencia a una organización, encuadradas en el marco que he denominado tradicional, por entender que la determinación de la antijuricidad material del tipo de delito que nos ocupa, puede ser perfectamente entendido como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concreto, a partir de las mismas categorías de la parte general que serían de aplicación en los tipos de configuración individual.

En este apartado, por el contrario, analizaré aquellas otras posiciones doctrinales que han entendido la imposibilidad de abordar el problema de la antijuricidad material, a partir de la configuración individual o tradicional de lo que debe entenderse por contenido de injusto y, en consecuencia, proponen una revisión teórica de los conceptos propios de los delitos de configuración individual para la cabal comprensión de figuras colectivas, especialmente, según ya he dicho, de la organización²²⁹.

Se trata de una serie de propuestas más modernas sobre el contenido de injusto propio de las categorías colectivas que, en parte, suponen un cambio de paradigma sobre el propio concepto de injusto penal, por enmarcarse dentro de la actual tendencia a revisar los postulados y categorías heredadas del derecho penal liberal, para dar respuesta dogmática a las nuevas exigencias que plantean los delitos cometidos instrumentalizando asociaciones, organizaciones, grupos o estructuras jerárquicas.

²²⁹ En este sentido, MARINUCCI, DOLCINI. *Op. cit.* Pag. 31. “El que hemos denominado “derecho penal tradicional” se encuentra estructurado a partir de un concepto de injusto individual que no permite una sencilla subsunción de los hechos acaecidos en el seno de organizaciones jerárquicamente organizadas, de una complejidad como la que pueden asumir las empresas. De ahí en más, el problema de la responsabilidad de las empresas y sus órganos en el ámbito penal se presenta como un reto que requerirá no sólo la adaptación de las categorías existentes sino también la creación de nuevas figuras que se adecuen a las nuevas necesidades.”

3.1 La posición de Jakobs: el injusto de amenaza.

La primera de las propuestas sobre las que nos detendremos, será la ofrecida desde la doctrina alemana por el profesor Jakobs²³⁰ bajo el sugerente nombre de *injusto de amenaza*.

Lo primero que debo decir, es que la tesis del contenido de antijuricidad de las organizaciones jerárquicas no la construye propiamente Jakobs mediante la aplicación de una categoría *ad hoc* de contenido de injusto expresamente diseñada para abordar el análisis de las organizaciones. En puridad se trata de la adaptación a este caso concreto, el de las organizaciones criminales, de una teoría revisada del contenido de injusto, en el que la función del derecho penal no consistiría en la protección de bienes jurídicos tal como son entendidos éstos por la doctrina mayoritaria, sino más bien en la afirmación de la vigencia de las normas²³¹, que para el profesor alemán constituye el único y genuino bien jurídico-penal²³².

En síntesis, esta posición entendería que la conducta de pertenencia a una organización no infringiría una norma principal (protectora de un bien jurídico concreto), pero sí una norma de flanqueo (protectora de la vigencia de la norma principal o, lo que es lo mismo una confianza mínima de la colectividad en la norma). La infracción de la norma de flanqueo consistiría en el anuncio masivo de la comisión de hechos punibles que implica *per se* la existencia de una asociación ilícita, con el consiguiente quebrantamiento de la

²³⁰En igual sentido, ZIFFER (ZIFFER. *Op.cit.* Pags. 60 y siguientes, donde, profundizando sobre este particular, parece oponer el concepto de delito de amenaza al tradicional delito de peligro.

²³¹JAKOBS. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la Imputación*. Segunda edición corregida. Marcial Pons. Madrid. 1997. Pags. 13-14. “*Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la consciencia de que la norma es infringida, la expectativa, (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del autor, frente al cuestionamiento de la norma.*”

²³²JAKOBS. *Op. cit.* Pag. 45. “*La contribución que el derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en el caso de que resulten defraudadas. Por eso –aun contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico penal.*”

confianza de la sociedad en que la norma principal se vaya a cumplir²³³, provocando de esta manera lo que Jakobs califica de “injusto parcial” propio de los delitos de organización.

La existencia misma de una organización representaría una amenaza cualificada para la vigencia de la norma, puesto que lo que espera el ciudadano cuando tiene conocimiento de la existencia de una categoría colectiva, es precisamente que las perspectivas que él tiene de que la norma penal se cumpla en un futuro, se vean defraudadas de forma reiterada. Adviértase que esta peculiar configuración del contenido de injusto propuesto por Jakobs, tiene una consecuencia inmediata en la configuración de la asociación ilícita, y es su imposibilidad de configurarla en relación a un solo delito, en la medida en que sólo puede tener sentido su tipificación cuando significa un cuestionamiento reiterado de la vigencia de la norma penal.

3.2 La posición de Lampe: el injusto sistémico.

Esta aproximación al injusto de las sociedades se la debemos a Lampe, quien en su obra *Systemunrecht und Unrechtssysteme* proponía un novedoso enfoque para explicar el injusto propio de las entidades organizadas. Comenzaba el profesor alemán por constatar que, en su opinión, la categoría dogmática de injusto entendida como injusto individual era insuficiente para dar respuesta a los nuevos retos que el derecho penal debía asumir frente a la delincuencia organizada. Para ello, proponía complementar esa categoría de injusto aplicable a los delitos de comisión individual, con un modelo de injusto al que llama sistémico, por ser el propio e inherente a los sistemas organizados en los que participan en el delito una pluralidad de sujetos integrados en una asociación. La originalidad de este injusto sistémico sería que, en definitiva, se produciría de forma automática con la sola constitución de la sociedad ilícita, sin que fuera exigible para su apreciación ninguna acción exterior de la misma. Una vez constituida la organización, podría predicarse ya la existencia del

²³³ En este sentido, se entiende que CANCIO MELIÁ (CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* Pag. 21) afirme que “por un lado, Jakobs ha elevado la determinación del injusto al plano de la comunicación⁶⁵: no se trata, de modo difuso, de una anticipación o de unos sentimientos sociales, sino de los efectos de las conductas aprehendidas típicamente sobre la vigencia de la norma. Por otro lado, con su construcción entreteje concreta e indisolublemente el estatus de ciudadano del autor con la definición del injusto: si el autor es per definitionem un sujeto con una esfera interna normativamente atribuida, frente a la constatación de la salida de ésta (de la arrogación de organización) se plantean requisitos explicativos de especial intensidad. La circunstancia de que aquí se actúa -en la formulación clásica del antiguo canciller de la República Federal de Alemania, Helmut Schmidt⁶⁶- en el margen más extremo de lo que es posible en el marco de un Estado de Derecho queda evidenciado en esta aproximación con la misma intensidad que mediante la opción de destacar exclusivamente la ubicación de los delitos de organización como infracciones de anticipación.”

injusto sistémico. Siguiendo a Brandáriz García²³⁴, podríamos afirmar de forma muy gráfica que *un injusto sistémico es, en realidad, un estado de injusto*.

Una de las principales críticas que se ha realizado a esta teoría, nos viene de la mano de Silva Sánchez²³⁵, quien advierte que esta tesis nos aboca, en última instancia, al problema de la transferencia de responsabilidad de la entidad colectiva al individuo cuya única salida sería el de aceptar un *injusto de adhesión*:

“La cuestión es, sin embargo, si el injusto sistémico de la organización (...) constituye un injusto apto para ser imputado luego, por separado, a cada miembro concreto de la organización.”

En definitiva Silva Sánchez advierte que una cosa es reconocer que la organización en si misma considerada, su mera existencia, supone objetivamente un riesgo de vulneración grave del ordenamiento jurídico penal, y otra muy distinta asociar una pena a los sujetos relacionados de una manera u otra con la misma, sin atender al injusto individual que pueda dimanarse de sus propias y concretas acciones.

3.3 La posición de Ziffer: la pérdida del control de la actividad social.

Propone Ziffer²³⁶ que el núcleo antijurídico de la asociación ilícita viene dado no tanto por el incremento del riesgo, sino por el descontrol del mismo, toda vez que desde el momento en que un sujeto se integra en una organización delictiva pierde la capacidad de poner límites a las consecuencias lesivas que de esa integración puede derivarse:

“En los casos “generales” de preparación entre varios, o de delitos especialmente graves, se parte de la base de que, o bien existe un plan común que define concretamente el aporte de cada interviniente en un hecho delictivo determinado –y correspondientemente rigen las reglas de exceso- o bien el autor todavía conserva el control sobre su propio plan de acción. En cambio, en la asociación ilícita, ello no ocurre, y quien colabora con la agrupación, dadas sus características típicas, -en especial, la permanencia y la indeterminación de los planes delictivos futuros., no puede controlar el alcance de su aporte. [...] Desde esta perspectiva, es posible hablar ya de una arrogación definitiva, en cuanto que con su aporte el miembro de la

²³⁴BRANDARIZ GARCÍA. *Op. cit.* Nota 77 a pie de página.

²³⁵SILVA SÁNCHEZ. “¿Pertinencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización a la figura de participación a través de una organización en el delito”. *In Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*. Valencia. 2004. Pag. 1076.

²³⁶ZIFFER. *Op.cit.* Pag. 65

banda pierde el control de las consecuencias de su conducta: los riesgos ya no pueden ser dominados, pues pasan a depender de las relaciones de los demás integrantes, por definición, incalculables.”

La profesora de la Universidad de Buenos Aires justifica esa pérdida de control por el sometimiento del sujeto integrado en la asociación a la dinámica de grupo, remitiéndonos a un concepto de psicología social sobre el que muy pronto centraré mi atención.

En mi opinión esta propuesta sólo puede explicar de forma parcial el contenido de antijuricidad de una asociación. De forma alguna lo puede hacer en las asociaciones u organizaciones de estructura jerárquica, tal como las define la doctrina y jurisprudencia en España, por la sencilla razón de que cabe distinguir el supuesto en el que se pone en marcha un mecanismo capaz de lesionar de forma grave bienes jurídicos dignos de protección, sin que en su ulterior funcionamiento se pueda ya interferir mediante la voluntad humana, y algo muy distinto, como es la delegación del control en los mandos superiores de la asociación. Entiendo que en las asociaciones jerárquicas sólo de forma impropia se puede afirmar que los riesgos ya no pueden ser dominados por el simple integrante de la asociación ilícita, pero sí por la jerarquía que define y ordena la actividad delictiva. En todo caso, considero que el peligro que entraña la pérdida de control sobre su propia actividad por parte de quien integra los cuadros básicos de una organización jerárquica, no alcanza a abarcar la totalidad del peligro que dicha organización entraña.

Ello no obstante, considero muy interesante la apelación de Ziffer a la psicología social –dinámica de grupos- para explicar el contenido de injusto propio de grupos delictivos no organizados, aunque no tanto por el descontrol de cada uno de los integrantes del grupo sobre sus propias aportaciones, como por el paulatino incremento de las aportaciones personales de cada uno de los miembros, a la totalidad del grupo.

Adviértase, sin embargo, que la posición de Ziffer acentúa más el injusto que supone el descontrol en sí mismo considerado, que el peligro para bienes jurídicos concretos, acercándose en este punto al parecer de Lampe. De ahí su inclusión en el grupo que he denominado posiciones revisadas.

4 El contenido de injusto en las categorías colectivas. Toma de posición.

Revisado el panorama doctrinal en torno al contenido de injusto de las categorías colectivas, tanto desde el marco teórico tradicional como desde el marco teórico revisado, me dispongo a fijar cual debe ser, en mi opinión, la antijuricidad propia de las categorías colectivas, según sean simples o

complejas, al modo que ya he expuesto en el capítulo introductorio. Aprovecharé para ello el importante acervo doctrinal anteriormente reseñado, por cuanto creo que abre importantes pistas de reflexión sobre el particular, si bien me decantaré por no proponer un contenido de antijuricidad único, tal como ya he advertido, e intentaré abrirme a las aportaciones que desde fuera del saber estrictamente jurídico, pueden iluminar este apartado.

4.1 El contenido de injusto en las categorías colectivas simples. La aportación de la psicología social a la comprensión del contenido de injusto.

Comenzaré, pues, reflexionando sobre las categorías colectivas simples, que, como se recordará, definí en el epígrafe 1.3.1 del Capítulo I, como aquella categoría caracterizada por operar la sinergia sobre el elemento personal, incidiendo directamente sobre la conducta de la persona integrada en la misma.

Esa incidencia se materializa en virtud de la denominada dinámica de grupos, concepto de la psicología social que engloba toda una serie de fenómenos grupales cuya concurrencia explican, en mi opinión y en definitiva, el mayor contenido de injusto del que son portadoras este tipo de categorías colectivas, por encima del inherente a los comportamientos individuales, por cuanto crean el contexto propicio para el desarrollo de carreras criminales que de forma individual, difícilmente se recorrerían²³⁷.

En consecuencia, y a los efectos de poder comprender la naturaleza y el alcance de la sinergia simple, me detendré a continuación en los distintos

²³⁷ En este sentido, PLANTAMURA. (PLANTAMURA. <<Reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penal.>>. “L’Indice Penale”. Nuova Serie. Anno X-N.2. Verona. Luglio-Dicembre 2007. Pags. 414-415). “L’offensività- Secondo chi scrive, poi, la migliore prova di sé l’associazione “aperta” la dà, sicuramente, quando si tratta di confrontarsi con il principio di offensività. Se, infatti, un’associazione criminosa, per essere tale, deve essere continuamente diretta anche alla propria espansione numerica, il che implica l’utilizzo di un qualsivoglia mezzo di propaganda, se pur, ovviamente clandestina, si comprende facilmente come la sua stessa esistenza rappresenti una lesione dell’ordine pubblico, inteso in senso materiale, almeno nella misura in cui costituisce una forma speciale, particolarmente efficace, e quindi lesiva/pericola, di pubblica, -appunto perché propagandata, secondo la definizione di cui all’art. 266, co.4, n1, Código Penal- istigazione a delinquere.

Perché, indubbiamente, lo stesso fatto di sapere, specie in un determinato ambiente circoscritto, che esiste un accordo criminoso tendenzialmente aperto all’adesione da parte dei terzi –e cue quindi, sotto questo punto di vista, si rivolge ad una pluralità indeterminata di persone-, cosituice, appunto, per chiunque lo sappia, anche se non sia stato mai direttamente invitato ad aderivi, una vera e propria istigazione: tanto più provocatoria, per altro, quanto l’idea di delinquere all’interno di una associazione può apparire di assai più facile realizzazione, rispetto all’intrapresadi altre improbabili carriere criminali non associate.”

fenómenos grupales que operan en el seno de las categorías colectivas simples.

4.1.1 La conformidad.

Siguiendo a Baron, podríamos definir la conformidad como el hecho de *comportarse de manera que sea visto como aceptable o apropiado en nuestro grupo o sociedad*²³⁸ o como *un tipo de influencia social en el cual los individuos cambian sus actitudes o comportamientos para adherirse a las normas sociales existentes*.²³⁹

Este fenómeno, pacíficamente admitido en psicología de grupos desde las aportaciones de Asch²⁴⁰, precisa, no obstante, ser atendido desde una doble perspectiva, en primer lugar, desde lo que la psicología social denomina conformidad pública, que consistiría en actuar o manifestarnos según el parecer y en sintonía con nuestro contexto grupal, y la conformidad privada, que vendría referida a sentir o pensar según el parecer y en sintonía con nuestro contexto grupal. En síntesis, podríamos afirmar que la conformidad pública vendría cumplimentada por una adhesión externa al parecer del grupo, mientras que la conformidad privada exigiría además una adhesión interna del sujeto.

Pues bien, a los efectos que ahora nos ocupan, entiendo que es relevante considerar dos particulares.

El primero, que puede darse una conformidad pública sin una conformidad privada, de tal manera que, por la presión social que ejerce el propio grupo, un determinado sujeto adecue su discurso o su actuación a las pautas de aquel antes que a las dictadas por sus propias convicciones.

²³⁸ BARON, BYRNE. *Psicología social*. Décima Edición. Pearson Educación S.A. Madrid. 2005. Pag. 358.

²³⁹ BARON, BYRNE. *Op. cit.* Pag. 359.

²⁴⁰ BARON, BYRNE. *Op.cit.* Pag. 361: “En su investigación Asch pidió a los participantes que respondieran a una serie de problemas perceptivos sencillos. En cada problema, los participantes indicaban cual de las tres líneas comparadas coincidía en longitud con la de la tarjeta patrón de la izquierda. Varias personas (generalmente seis u ocho) también estaban presentes durante la sesión, y aunque los participantes reales no lo sabían, todos ellos eran asistentes (cómplices) del experimentador. En ciertas ocasiones, conocidas como pruebas críticas, (doce de los dieciocho problemas o comparaciones), los cómplices ofrecieron problemas que eran claramente erróneos: eligieron unánimemente una línea incorrecta como la que coincidía con la línea estándar. Más aún, dijeron sus respuestas antes de que los participantes reales respondieran. Así pues, en estas pruebas críticas, las personas que participaban en el estudio de Asch se encontraron directamente con el tipo de dilema descrito anteriormente: ¿Debían seguir a los otros individuos presentes o aferrarse a sus propios juicios? Los resultados fueron claros: en el estudio de Asch, la gran mayoría de personas escogió la conformidad.”

El segundo, que, siguiendo a Baron, una vez que mostramos conformidad en una situación dada tendemos a percibir esta acción como justificada, incluso si ha requerido que nos comportáramos de manera contraria a nuestras verdaderas creencias.²⁴¹

Desde una perspectiva criminógena, el fenómeno de la conformidad no es en absoluto baladí, puesto que aquellas categorías colectivas en las que, en términos antropológicos, se da una cultura delincinencial, (esto es, que comparten y fomentan como valores y actitudes positivas la utilización de fines y/o proposición de objetivos y metas contrarios al derecho penal), se presentan como medios idóneos para, por una parte, inducir a los miembros que en principio no compartirían esa cultura delincinencial, a la comisión de ilícitos penales, y, por otra, como medios idóneos para adecuar progresivamente el pensar y sentir individual a los valores y actitudes propios de esa cultura delincinencial.

Luego en la esfera normativa, puede afirmarse que las categorías colectivas aptas para que pueda darse el fenómeno de la conformidad de sus miembros, pública y privada, hacia valores y actitudes delincinales, constituyen *per se* entidades susceptibles de una desvalorización jurídica anterior e independiente de la que merezcan los posibles delitos que puedan cometerse a través de la misma.

4.1.2 La polarización.

La polarización es una de las más importantes aportaciones doctrinales de Moscovizi y Zavalloni²⁴² a la psicología social.

²⁴¹ BARON, BYRNE. *Op. cit.* Pag. 372.

²⁴² HUICI CASAL. *Estructura y procesos de grupos*. Tercera Edición. Volumen II. Universidad Nacional De Educación a Distancia. Madrid. 1989. Pags. 11-12. "Moscovici y Zavalloni realizaron en 1969 un experimento sobre polarización que ejerció una fuerte influencia en la investigación posterior. Una exposición detallada del procedimiento utilizado servirá para ilustrar el paradigma experimental más habitual y para introducir por medio de ejemplos una serie de términos que no siempre se han comprendido correctamente. Había tres grupos experimentales, de los que aquí tendremos en cuenta sólo los dos primeros. Antes del experimento propiamente dicho los sujetos debían contestar individualmente una escala de actitud de formato Likert con 7 puntos. En el primer grupo el objeto de actitud era el presidente De Gaulle y en el segundo grupo los norteamericanos. En ambos grupos, tras una contestación individual de la escala se pasaba a la discusión grupal por medio de la cual los sujetos debían llegar a una decisión unánime sobre los ítems de la escala. Por último, cada sujeto debía contestar de nuevo a la escala individualmente. En el grupo de control (el tercero) no había discusión grupal.[...]."

Podría ser definido como el fenómeno grupal consistente en la tendencia a acentuar la posición inicial de un grupo sobre un determinado particular tras haber sido sometido a discusión y debate entre los integrantes del propio grupo, dicho en otras palabras, refiere la polarización el hecho de que los grupos tienden a reforzar sus propias posiciones iniciales cuando las mismas son sometidas a deliberación o consideración interna.

En ocasiones, cuando no existe una posición inicial uniforme en el seno del grupo, se puede dar una bipolarización, según la cual cada uno de los sectores del grupo que no comparten su parecer, tienden a reforzar sus respectivas posiciones iniciales, pudiéndose llegar a la escisión del grupo.

En sede de las ciencias normativas, este fenómeno contribuye a justificar, a mi entender, la tipificación autónoma del delito de pertenencia a cierto tipo de categorías colectivas, dotándolas de entidad antijurídica propia como delito de peligro. Efectivamente, la polarización supone un reforzamiento o bien de la resolución de delinquir, especialmente en el supuesto tipificado en el artículo 570 *ter* o en grupos terroristas²⁴³; o bien de los presupuestos ideológicos subyacentes en las asociaciones que promueven o incitan a la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por las razones que son de ver en el señalado número, alejando en todo caso al individuo de la oportunidad de adoptar actitudes y valores acordes con los principios básicos de la convivencia constitucional.

4.1.3 La desindividuación.

Otra vez de la mano de Blanco nos podemos aproximar a este concepto, cuando, a propósito del estudio de las causas que llevaron a personas aparentemente sin ningún tipo de psicopatología, a participar directamente en

La primera medición de la actitud, que se realizaba individualmente antes de la discusión grupal, recibe el nombre de preconsenso. La decisión unánime que alcanza el grupo es el <<consenso>> y la decisión última, también individual, es el <<post-consenso>>. [...]

[...] la actitud inicial de los sujetos del grupo experimental 1 es favorable hacia De Gaulle [...] mientras que la actitud inicial de los sujetos del Grupo experimental 2 es desfavorable a los americanos [...]. Se aprecia también que después de la discusión grupal la actitud de los dos grupos se ha desplazado hacia el extremo de la escala pero conservando el signo. En el grupo experimental 1 la actitud se hace más positiva aún, y en el grupo experimental 2 se hace más negativa. Los resultados del post-consenso se asemejan mucho a los del consenso."

²⁴³ En la medida en que la propia asociación se presenta como un instrumento idóneo para reforzar esa resolución inicial, alejando al sujeto de un posible abandono del proyecto criminal, por cuanto suponen un potencial reforzamiento o bien de la opción individual de acudir a medios violentos para la consecución de fines ideológicos, en el caso de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas

la ejecución del Holocausto durante la II Guerra Mundial, comenta que la posibilidad de comprometerse libremente con una acción o con una tarea de cuya ejecución uno se responsabiliza, de minimizar nuestra dependencia respecto al ambiente y maximizar el control sobre él, nos concede la sensación de guiar nuestra propia conducta y dirigir nuestro propio destino, nos individualiza, nos singulariza. Sin embargo, cuando perdemos el control de los mecanismos que regulan nuestra conducta y nuestras acciones, cuando éstas se encuentran fuera del alcance de nuestro conocimiento y comprensión, cuando nos sentimos parte anónima y amorfa de una gran tramoya y nos dedicamos a cumplir escrupulosa y mecánicamente con la parte del guion que nos corresponde, cuando sentimos que el sentido de lo que hacemos y hasta *de lo que pensamos y queremos nos viene de fuera, cuando estamos completamente sumergidos dentro de un grupo y obviamos preguntarnos por las consecuencias de lo que hacemos, entonces estamos en el camino de convertirnos sin demasiado esfuerzo en agentes de masacres autorizadas. Todas estas cosas forman parte de ese recio concepto psicosocial al que llamamos desindividuación.*²⁴⁴

En síntesis, podríamos afirmar que el proceso de desindividuación presenta dos vertientes convergentes:

- a- Por un lado la conciencia previa de que el sujeto *pertenece* al grupo, de que de alguna manera es el grupo quien dispone del sujeto y, en este sentido, es el único *responsable* de la actuación coordinada de los distintos miembros del grupo al que se pertenece.
- b- Por otro lado la pertenencia no se manifiesta en un reforzamiento y revalorización de los rasgos personales y diferenciadores de cada miembro, sino en todo lo contrario, los rasgos personales son desdibujados a partir de una ruptura con la propia historia personal del sujeto²⁴⁵ y mediante la tendencia a la uniformidad de todos los miembros del grupo.

La consecuencia más significativa, a los efectos que ahora nos ocupan, de la desindividuación, consiste en el fracaso del autocontrol ético y moral que sería de esperar se dieran en un comportamiento individualizado, en el que el sujeto siente como propio y libre su comportamiento, es decir, no sujeto a relaciones determinantes de obediencia con respecto al grupo.

²⁴⁴ BLANCO. *Op. cit.* Pag. 423.

²⁴⁵ Se tiende a que el proceso de integración en el grupo sea paralelo a la desintegración de la historia personal del sujeto, de tal manera que su existencia, como toda la existencia de los demás miembros del grupo, *comienza* a partir de la integración en el propio grupo.

De esta manera, podría establecerse una relación entre el aminoramiento de la autoconciencia de la propia individualidad como persona, y el aumento de la capacidad para la realización de comportamientos capaces de infligir sufrimiento a terceras personas.

Se trata de una verdadera disolución moral y funcional del sujeto en el grupo, de tal manera que el individuo desdibujado se percibe a sí mismo como parte integrante y anónima de un colectivo, en detrimento de las capacidades inhibitorias, en palabras otra vez de Blanco²⁴⁶, en un proceso en el cual *los sujetos acaban por sumergirse dentro del grupo y desde ahí reciben fuerzas que los hacen menos inhibidos en sus comportamientos y amplían considerablemente el campo de sus acciones hacia actividades impensables par la mayoría de ellos en una situación aislada.*

Ese fracaso del autocontrol ético implica, como no puede ser de otro modo, la desactivación tanto de la capacidad efectiva de autocrítica en relación a la moralidad o inmoralidad del resultado colectivamente perseguido o alcanzado, como de la capacidad crítica en relación a las propuestas dimanantes de la organización de la que el sujeto forma parte.

Ni que decirse tiene que este proceso de desindividuación tampoco es una característica necesaria de la integración del sujeto en cualquier grupo, es sólo un fenómeno grupal que se da en determinados grupos que, objetivamente, valoran y fomentan el proceso que ahora tratamos.

Huici Casal²⁴⁷, a propósito del comentario de las variables *imput* del modelo de desindividuación de Zimbardo, sintetiza algunas variables estrechamente relacionadas con la probabilidad de que se de un proceso de desindividuación en un determinado grupo; a saber:

“Anonimato: Las situaciones en las que los demás no pueden identificar o señalar a uno en tanto que individuo, llevan a sentirse más anónimo, no dándose la posibilidad de ser criticado, juzgado o evaluado. El anonimato puede darse al estar <<sumergido>> en una muchedumbre o al estar enmascarado o en la oscuridad o en llevar un uniforme.

El hecho de compartir la responsabilidad con otros: o el de delegarla en un líder, o el que la situación favorezca el que no se establezca un nexo entre una acción y sus efectos puede dar lugar a que el sujeto no conceda ninguna importancia a los efectos de una conducta antisocial.

El grupo, a través de su presencia y conforme aumenta su tamaño, contribuye no sólo a acrecentar el efecto del anonimato y de la difusión de

²⁴⁶ BLANCO. *Op.cit.* Pag. 102.

²⁴⁷ HUICI CASAL. *Op. cit.* Pag 37.

responsabilidad, sino que además proporciona modelos de acción, aumenta la activación a través de la acción, y actúa como catalizador de ciertas conductas en relación con determinados objetos.”

Ni que decirse tiene que la relevancia criminógena que presenta este fenómeno grupal es mucha, especialmente en aquellas categorías colectivas donde prima la cohesión, uniformidad e intereses del grupo sobre los intereses personales, y en las que, por su tamaño, estructura, y autoconciencia de fungibilidad –aspecto al que, por cierto, tantas veces se ha referido el Tribunal Supremo como nota característica de las organizaciones -, interesa preservar el anonimato intragrupal y se valora a los miembros exclusivamente por su capacidad operativa al margen de cualquier otro lazo personal.

En este orden cabría referir las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas tipificadas en el artículo 571 del Código Penal, las organizaciones de carácter paramilitar, señaladas en el número 4º del artículo 515 Código Penal, y las organizaciones a las que se refieren los tipos cualificados que hemos referenciado en capítulos anteriores.

4.1.4 La obediencia destructiva.

La obediencia destructiva conforma el primero de los fenómenos calificados de extremos por los psicólogos sociales. Su interés científico se despertó especialmente a partir del final de la II Guerra Mundial, cuando se pretendió dar una respuesta sistematizada a porqué en determinadas condiciones, individuos normalmente socializados fueron capaces de obedecer órdenes relativas a la comisión de crímenes contra la humanidad con total y absoluta naturalidad y sin presentar ningún tipo de objeción a las mismas.

Este fenómeno mereció una especial atención por parte del Profesor Milgram, diseñador del conocido experimento mediante el cual se acreditó la facilidad con la que, estudiantes sin ningún tipo de psicopatología individual, en determinadas condiciones y relación de obediencia, eran capaces de realizar descargas eléctricas susceptibles de producir un enorme dolor –cuando no la muerte- a sus propios compañeros.²⁴⁸

²⁴⁸ BARON, BYRNE. *Op.cit.* Pags. 385-387. “El investigador informó a los participantes que estaban tomando parte de un estudio sobre los efectos del castigo en el aprendizaje. [...] Posteriormente se indicaba al profesor que cada vez que el aprendiz cometiese un error debía darle una descarga eléctrica. Además –y esto es crucial- a cada nuevo error debía ir aumentando la fuerza de la descarga eléctrica. Es importante destacar que esta información era falsa: en realidad el cómplice (el aprendiz) nunca recibía ningún tipo de descarga durante el experimento. La única descarga real era una leve demostración, correspondiente al botón número tres, para convencer a los participantes de que el equipo era real. [...]”

Desde la psicología social, se admiten pacíficamente algunos factores que vendrían a explicar por qué se da el fenómeno de la obediencia destructiva. Dos de estos factores tienen que ver con la figura de la autoridad.

El primero, por cuanto su sola presencia supondría para el subordinado una sensación de no responsabilidad de sus actos, en virtud de un mecanismo por el cual entiende el sujeto obediente que dicha responsabilidad recae y es asumida (implícita o explícitamente) por la persona que ordena. Se entiende de esta manera que queden inhibidos mecanismos de autocontrol ético de los propios actos, toda vez que se percibe que la decisión de actuar o no actuar recae fuera de su ámbito de control y dominio, es decir, en la figura de la autoridad. Este mecanismo se conoce como transferencia de responsabilidad.

El segundo factor ligado a la autoridad, vendría dado por la tendencia general a obedecer la norma social básica <<obedece a las personas con cargo>>, más o menos interiorizada en el proceso de socialización de los individuos, y que se activaría en la medida en que relacionamos a la persona que dirige la categoría colectiva con relevancia penal, con la figura social del cargo, es decir, de la persona con conocimiento y capacidad para tomar decisiones y ordenar su ejecución.

La estrecha relación que las ciencias del comportamiento establecen entre la obediencia destructiva y la figura de la autoridad, justifican una vez más que distingamos en derecho aquellas entidades colectivas sinérgicas en las que se individualiza la figura de la autoridad, es decir, aquellas que poseen una estructura jerárquica, de aquellas otras que poseen una estructura asamblearia. En éstas últimas es más difícil que surja un fenómeno tan relevante en términos de potencialidad lesiva, como es la obediencia destructiva, toda vez que la propia estructura dificulta la transferencia de responsabilidad; en la medida en que el sujeto que ejecuta una acción en cuyo proceso de decisión ha participado, con mayor dificultad puede generar un mecanismo de transferencia de responsabilidad hacia un tercero.

Por otra parte, no podemos olvidar la estrecha relación existente entre la obediencia destructiva y la desindividuación, por cuanto la primera resulta un instrumento idóneo para potenciar el proceso de pérdida de identidad personal

Como los participantes eran voluntarios y se les había pagado por adelantado, podrías predecir que la mayoría rechazarían las órdenes del investigador. En realidad, sin embargo, el 65 por ciento se mostraron totalmente obedientes y prosiguieron toda la serie hasta llegar a las 450 voltios. [...] De hecho, siguieron incluso cuando la víctima golpeaba la pared fingiendo que no resistía las dolorosas descargas (a los 300 voltios) incluso cuando ya no respondía como si hubiera perdido el sentido."

en que consiste –con las consecuencias criminógenas que ya conocemos- este proceso grupal

4.1.5 La reestructuración cognitiva.

Finalmente, voy a tratar en este apartado la influencia de la integración de un sujeto en un determinado grupo, no desde el punto de vista conductual, esto es, por cuanto afecta a su motivación y comportamiento, sino desde el punto de vista cognitivo, refiriéndome a la llamada reestructuración cognitiva.

Sin miedo a equivocarme, puedo afirmar que la integración de un sujeto en un grupo despliega efectos en la esfera cognitiva, al menos en dos órdenes:

- a- En la conformación de su auto-concepto, en la medida en que el grupo se erige como referente desde el que sus miembros reconstruyen su propia identidad.

- b- En la representación, comprensión e interpretación del entorno que le rodea.

Creo que no es necesario insistir en la peligrosidad añadida que representa la posibilidad de que un grupo que valore positivamente el delito como medio o fin, pueda influir en cualquiera de los dos órdenes de la esfera cognitiva a los que nos hemos referido, no sólo por la lógica disminución de probabilidades a que el sujeto adecue en un futuro su comportamiento a los mínimos de convivencia marcados por el ordenamiento penal, sino por el también lógico y progresivo distanciamiento que cabe esperar del comportamiento de ese sujeto, con respecto a un comportamiento socialmente adecuado.

Muy ligada a la reestructuración cognitiva, y como fenómeno grupal extremo, cabe mencionar lo que en psicología social se denomina adoctrinamiento intensivo, que podríamos definir, siguiendo a Baron²⁴⁹, como *un proceso a través del cual los individuos se vuelven miembros de grupos extremos y llegan a aceptar las creencias y reglas de los grupos de una manera totalmente incuestionable y altamente comprometida*. En parte, el adoctrinamiento extremo, podría ser considerado como un supuesto específico de reestructuración cognitiva, en cuanto que, de hecho, implica un grave trastorno del autoconcepto y de la comprensión e interpretación de la realidad

²⁴⁹ BARON, BYRNE. *Op. cit.* Pag. 390.

circundante, sin embargo, el adoctrinamiento intenso no despliega sus efectos sólo en la esfera cognitiva, sino, como acabamos de ver, también lo despliega en el *compromiso* del sujeto hacia el grupo, de tal manera que el sujeto identifica su propio destino con el destino colectivo.

4.2 El contenido de injusto de las categorías colectivas sinérgicas simples: conclusión.

A lo largo de este apartado he pretendido dar respuesta a porqué una categoría colectiva, entendida como grupo, en sí misma considerada, podía representar un incremento de peligro con relevancia penal, por encima del propio de colectivos que no pueden ser considerados en términos de psicología social, o bien al peligro que pudieran representar individuos aislados.

La respuesta nos ha venido dada de la mano de la psicología social: la dinámica de grupos es capaz de ofrecer al derecho diversos fenómenos metajurídicos capaces de explicar ese incremento de la capacidad lesiva derivada de propósitos colectivos, frente a propósitos individuales y que, en síntesis, consistirían en una disminución de la probabilidad de abandonar un propósito criminal, y en un aumento de la probabilidad tanto de repetir la conducta delictiva como de incrementar su gravedad.

A esta conclusión nos ha llevado la aplicación de los principios generales de la dinámica de grupos al ámbito de aquellos que podríamos denominar grupos delictivos.

Evidentemente –por problemas de método que resultan obvios- no contamos con trabajos de campo realizados directamente sobre asociaciones ilícitas u organizaciones criminales, con los que corroborar empíricamente los resultados teóricos que acabo de exponer.

Sin embargo, me parece interesante referirme ahora a la tesis doctoral de Kazyrytski, presentada muy recientemente en el Departamento de derecho Público de la Universidad de Girona, y en la cual, bajo el título “Consideraciones Criminológicas en torno a las bandas callejeras de origen latinoamericano de Cataluña”²⁵⁰ realiza, en el apartado 5 del su capítulo III, un extenso análisis del Estado de la cuestión sobre el efecto de la pertenencia a

²⁵⁰ KAZYRYTSKI. Tesis Doctoral. “Consideraciones criminológicas en torno a las bandas callejeras de origen latinoamericano en Cataluña”. Presentada en el Departamento de derecho Público de la Universidad de Girona. Dirigida por el Dr. Juan Gonzalo Escobar Marulanda, Profesor de derecho penal de la Universidad de Girona. http://www.tesisexarxa.net/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-0121109-091329//Tlk1de1.pdf

las bandas sobre la actividad delictiva de sus miembros, a través de trabajos de campo realizados por distintos investigadores anglosajones, que, a mi juicio, viene a corroborar totalmente la conclusión a la que he legado por inferencia, en el sentido de que el grupo –en este caso la banda callejera- actúa potenciando cuantitativa y cualitativamente el historial delictivo de sus integrantes.²⁵¹

Llegados a este punto, puedo afirmar que el contenido de injusto de las categorías colectivas sinérgicas simples, consiste en el incremento simultáneo de tres probabilidades, a saber:

- a- Que el delito proyectado se lleve efectivamente a término.
- b- Que ese comportamiento delictivo se reproduzca en un futuro.
- c- Por último, que los sucesivos delitos cometidos por los integrantes de la categoría revistan gradualmente mayor gravedad.

²⁵¹ KAZYRYTSKI. *Op. cit.* Pags. 174 y 177 “La realización de numerosos estudios acerca de la actividad delictiva de los miembros de las bandas ha llevado a los investigadores estadounidenses a señalar que tales jóvenes confirman un alto nivel de participación en las actividades antisociales. Como ha sido expuesto en el apartado anterior, los jóvenes que se asocian con las bandas callejeras participan de manera activa en las actividades delictivas y su grado de compromiso con el crimen es mucho mayor que el de los jóvenes que no forman parte de ninguna banda. Al margen de la participación de los jóvenes en las participaciones delictivas, a los investigadores les ha interesado saber hasta que punto la dinámica de la banda influye en el aumento de la delincuencia de sus miembros o si por el contrario la influencia de ésta es poco significativa.

WALKERS-BARNES Y MASON en su investigación sugieren que los jóvenes que tienen un alto grado de participación en las actividades delictivas corren mayor riesgo de que sus actitudes antisociales no sufran modificaciones durante un largo periodo de tiempo.

El estudio llevado a cabo por THORNBERRY ha mostrado que los miembros de las bandas tienen mayor grado de participación en la comisión de delitos violentos que los jóvenes que no son miembros de estas aunque se relacionen con amigos cuya conducta sea altamente delictiva. De ahí que este autor sugiera que la asociación con la banda callejera resulta ser cualitativamente diferente a la asociación con pares que desarrollan conducta criminal en cuanto a la adopción de comportamiento violento por nuevos integrantes. La integración en una banda y las interrelaciones en su entorno producen más impacto en la futura trayectoria criminal del joven que la asociación del joven con amigos delincuentes.

En su investigación acerca de las bandas callejeras de Cleveland (EEUU) HUFF destaca la influencia del grupo en la medida en que la banda contribuye notablemente al aumento de las actividades delictivas de sus miembros.

En su estudio, basándose en los datos de Rochester Youth Development Study llevado a cabo en EEUU, THORNBERRY junto a sus colegas realiza una comparación del grado de asociación con la delincuencia de los miembros de la banda y de los jóvenes que no se asocian a ninguna banda. Los resultados del estudio muestran que los miembros de las bandas, a diferencia de los jóvenes no integrantes, tienen más alto índice de participación en las actividades delictivas solamente cuando estos forman parte de la banda. También se recalca la tendencia al incremento del crimen cuando los jóvenes se integran en la banda y su disminución cuando los jóvenes abandonan la banda.”

Expuesto todo lo anterior, quisiera acabar este apartado con dos observaciones; la primera, relativa al doble efecto al que puede dar lugar en derecho la consideración de la dinámica grupal como factor de influencia sobre el comportamiento individual; la segunda, respecto a la relación existente entre la categoría colectiva sinérgica simple con un dos tipos de delincuencia, a las que denominaré *delincuencia colectiva* y *delincuencia de grupos estables*.

La constatación de que el sujeto sometido a una dinámica de grupo tiende a variar su comportamiento individual, merece una reflexión que ya ha sido apuntada expresamente por Silva Sánchez²⁵², a propósito del estudio de los delitos de empresa, en cuyo ámbito se verifica también la influencia de la dinámica de grupo. Se trata de analizar si la influencia sobre el comportamiento individual de la dinámica de grupo, debe valorarse a los efectos de atenuar la responsabilidad de la persona que en ese contexto delinque.

Me parece que no hay obstáculo para que los fenómenos grupales, especialmente aquellos que hemos calificado de extremos, pueden ser valorados desde la óptica del artículo 21.1º en relación con el 20.1º del Código Penal, siempre que efectivamente pueda acreditarse por una parte la afección del elemento volitivo y/o intelectual, y por otra, no estuviéramos ante un *actio libera in causa*, expresamente previsto en el párrafo 2º del artículo 20 del Código Penal, que podría ser claramente negado en aquellos casos en los que ha existido un proceso de captación del miembro de la organización, especialmente si ésta fuera de aquellas que emplean medios de control de la personalidad para alcanzar sus fines. Sin tanta claridad podría llegar a apreciarse incluso en aquellos otros casos en los que el integrante ni se hubiera representado intelectualmente el proceso de incremento de su propia capacidad delictiva, ni le hubiera sido exigible hacerlo.

Sobre lo que realmente me interesa insistir es que, en todo caso, ese motivo de atenuación de la pena operaría a consecuencia de la disminución de

²⁵² SILVA SÁNCHEZ. <<La actuación en una empresa como atenuante del delito>>. “InDret Penal” http://www.indret.com/pdf/editorial.2_1.pdf : “Todos los estudios sobre los delitos de empresa coinciden en atribuir especial relevancia a la estructura organizativa que es inherente a tal entidad. [...]. Ahora bien, la actuación en el ámbito de estructuras organizadas de empresa también afecta, en medida por determinar, al principio de autorresponsabilidad, que constituye el pilar fundamental de cualquier dogmática de la imputación personal. En efecto, la actuación individual en el ámbito de una organización empresarial queda sometida a las reglas de la dinámica de grupos. Salvando las distancias, sucede aquí lo mismo que sucede en el ámbito de la macrocriminalidad: se da una pluralidad de elementos que determinan que el sentido de responsabilidad, así como los frenos inhibitorios o la representación de las normas experimenten una disminución que eventualmente podría llevar hasta su desaparición.”

la *capacidad de actuar culpablemente*, en conocida y acertada expresión de Rodríguez Devesa, y en ningún caso como consecuencia de que la pertenencia a un grupo penalmente relevante revistiera menos peligrosidad abstracta que la actuación delictiva individual.

Luego no existe ninguna contradicción en admitir como hipótesis la concurrencia, por una parte, de un mayor contenido de antijuricidad derivado de la mayor potencialidad delictiva predicable de la sola existencia de un grupo criminal y, por otra, la posibilidad de que, en la esfera de la culpabilidad –por expresarnos en términos de dogmática clásica- se verifique una circunstancia atenuante de la pena correlativa a ese mayor contenido de injusto, siempre que ello, claro está, sea procedente conforme a la parte general.

Entiendo que debemos poder establecer una correlación entre cualquier categoría jurídica colectiva sinérgica (ámbito normativo), y un determinado tipo de delincuencia (ámbito criminológico), pues, en definitiva, la norma penal describe y valora un fragmento de la realidad social.

Pues bien, las categorías jurídicas colectivas sinérgicas simples deben dar respuesta, según me parece, a dos tipos de delincuencia, a saber:

- a- Delincuencia colectiva, cuya característica predominante es el comportamiento desinhibido del sujeto, por el sólo hecho de ampararse bajo el anonimato de la actuación en masa. Desde la psicología social este tipo de delincuencia se explica según el modelo de *comportamientos colectivos*.
- b- Delincuencia de grupos estables, cuya característica predominante es la reafirmación del propósito criminal o reforzamiento de la motivación/decisión, por el sólo hecho de encontrarse bajo la influencia del grupo con un doble efecto: la tendencia a persistir en el ilícito propósito, y la tendencia a aumentar progresivamente la gravedad del delito proyectado. Desde la psicología social este tipo de delincuencia se explica según el modelo denominado de *dinámica intragrupal*.

Entiendo que el incremento del riesgo es lo suficientemente relevante como para justificar la tipificación de unas figuras normativas que comprendan el tipo de injusto que tratamos en este apartado, todo ello a los efectos de prevenir tanto los comportamientos incardinados en la delincuencia colectiva como los incardinados en la delincuencia de grupos estables. De la delimitación de cada una de esas figuras, me ocuparé en el capítulo siguiente.

En cualquier caso, me interesa ahora delimitar correctamente cuál es en mi opinión, el bien jurídico protegido en las categorías sinérgicas simples: el bien jurídico protegido en el delito o delitos que constituyen la actividad ilícita de la categoría colectiva sinérgica simple, de tal manera que la sinergia simple

–en si misma considerada-, no implica una aportación cualitativa al contenido de injusto del delito proyectado, sino una aportación de incremento cuantitativo de la capacidad lesiva.

4.3 El contenido de injusto propio de las categorías colectivas sinérgicas complejas.

Justificada la existencia y naturaleza de la sinergia que he denominado compleja, y que sería propia de las organizaciones, debemos preguntarnos ahora a qué bienes jurídicos afecta, es decir, sobre qué bienes jurídicos dignos de tutela penal despliega concretamente su carácter multiplicador y en qué forma lo hace.

Para responder a la pregunta planteada en el párrafo anterior, entiendo que es preciso distinguir dos riesgos diferentes, el generado por el peligro que denominaré directo y el generado por el que denominaré peligro derivado.

Detengámonos a continuación sobre uno y otro peligro y determinemos sobre qué bienes jurídicos se cierne cada uno de ellos.

4.3.1 El peligro directo.

Entiendo por peligro directo el que se materializa en una amenaza para el bien jurídico protegido en el delito cuya realización constituye la principal actividad de la categoría colectiva, y que deriva de un doble aspecto: de su capacidad para maximizar resultados, lo que le posibilita operar con bienes y servicios ilícitos a gran escala y de su capacidad para eludir la actuación de la justicia.

En definitiva, y para este segmento de categorías colectivas, me adhiero íntegramente al parecer del Tribunal Supremo sobre el particular, así como al de aquellas posiciones doctrinales que consideran que las organizaciones suponen, *per se*, un riesgo de mayor entidad para los bienes jurídicos protegidos en los delitos proyectados.

Adviértase, no obstante, como difiere el modo en que se produce ese incremento de riesgo para los bienes jurídicos protegidos en los delitos proyectados, según se trate de una categoría sinérgica simple, o de una categoría sinérgica compleja.

Mientras en las primeras el riesgo deriva de una mayor desinhibición del individuo o de una reafirmación de su voluntad criminal, en las categorías que ahora nos ocupan deriva el riesgo de una mayor idoneidad objetiva para la lesión más intensa del bien jurídico protegido en el delito proyectado.

4.3.2 El peligro derivado.

Entiendo por peligro derivado el que genera una doble amenaza, a las que propongo designar como amenaza primaria, que tendría por objeto el funcionamiento de las instituciones del Estado, y amenaza secundaria, que tendría por objeto las garantías procesales y los derechos fundamentales.

En mi opinión, la creación de este peligro derivado es la nota característica que individualiza a las categorías sinérgicas complejas de las simples, en el ámbito del contenido de injusto, pues, por cuanto se dirá, se da única y exclusivamente en las primeras.

4.3.2.1 Amenaza Primaria.

Esta primera se refiere a la acción de la delincuencia organizada sobre el poder político²⁵³, económico²⁵⁴, social²⁵⁵ y jurídico; y está principalmente relacionada con la posibilidad de utilización sistemática de la corrupción y, subsidiariamente, de la violencia.

Además, en el ámbito económico, está relacionada con la utilización de la posición aventajada en que se sitúan las organizaciones criminales en los mercados lícitos, a consecuencia de la reinversión en los mismos de los beneficios obtenidos en los mercados ilícitos y paralelos.

Se entenderá, pues, que la doctrina haya visto en las organizaciones una amenaza para la estabilidad política y económica de los Estados²⁵⁶, o verdaderos contrapoderes, antagónicos y paralelos a los poderes legales.²⁵⁷

²⁵³En cuanto a la influencia de la delincuencia organizada sobre la política, citaremos las ponencias de Jean-Marie Pontier y Francesco Palazzo en el coloquio celebrado los días 5 a 7 de junio de 1996, en la *Université de Droit, d'Économie et des Sciences D'Aix-Marseille* al que ya me he referido.

²⁵⁴En cuanto a la influencia de la delincuencia organizada sobre la economía, vale la pena citar la ponencia de Jean CARTIER-BRESSON, titulada "État, Marchés, Réseaux et organisations criminelles entrepreneuriales" ofrecida en el marco del coloquio celebrado bajo el título "Criminalité organisée et ordre dans la société" al que ya me he referido.

²⁵⁵Finalmente, por cuanto a la influencia de la delincuencia organizada sobre la sociedad, cabe recordar la ponencia del profesor Georges Kellens, titulada "Les Rapports entre criminalité organisée et ordre culturel", y la del sociólogo inglés Dr Richard F. Hobbs, titulada "Organised crime and social order", ambas pronunciadas también durante la celebración del coloquio de Aix-en-Provence.

²⁵⁶ZARAGOZA AGUADO. *Op. cit.* Pag. 53.

²⁵⁷TURONE. "L'impostazione dell'inchiesta sulla criminalità organizzata", in *Manuale Pratico dell'Inchiesta Penale*. Giuffrè Editore. Milan. 1996, *sin pa.*

4.3.2.2 Amenaza secundaria.

Esta segunda amenaza, por su parte, se refiere a la reacción del Estado frente a la delincuencia organizada y está directamente relacionada con la promulgación de normas restrictivas de derechos y libertades de los ciudadanos, tan ligadas al concepto de *derecho penal del enemigo* propuesto por Jakobs²⁵⁸.

En realidad, la amenaza secundaria nace de una situación ciertamente paradójica. Por una parte el Estado Democrático de Derecho se ve en la necesidad de reaccionar frente a la amenaza primaria que para él supone la delincuencia organizada; pero por otra, la propia reacción puede implicar un ataque igualmente virulento para sus propios principios filosóficos, en la medida en que supongan la negación de los derechos y garantías individuales cuya salvaguarda intenta al reaccionar contra la amenaza que hemos denominado primaria.

Muy expresiva para referirse a la amenaza secundaria resultó la expresión acuñada por el diario galo “*Le Monde*”, a propósito del *Projet de Loi sur la grande criminalité*, presentado el 27 de enero de este año 2004 por el Ministro de Justicia Francés, Dominique Perben, ante la Comisión Paritaria de la Asamblea Nacional y el Senado, conocida como la Loi Perben II, de “*Loi liberticide*”²⁵⁹. Dicho proyecto contemplaba la posibilidad de aplicar técnicas específicas de investigación para la delincuencia organizada que, sin embargo, podían tener un efecto expansivo respecto a otras formas de delincuencia menos graves, toda vez que la utilización de tales técnicas en materia de delincuencia común erróneamente consideradas como organizada en un principio, no supondría la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo al amparo de dicha Ley.

Desde luego a la mayor parte de la doctrina no le ha pasado desapercibida ninguna de las dos amenazas a las que nos acabamos de referir. En especial, sorprende la insistencia y preocupación con la que esa

²⁵⁸Como es sabido, el profesor Alemán sostiene una proposición a mi juicio, cuando menos, peligrosa: “*todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado, se le priva de derechos. Sus deberes siguen incólumes (aunque cognitivamente ya no se cuente con el cumplimiento del deber); de lo contrario no sería delincuente, en ausencia de infracción de deber. En la medida en que se le prive de derechos no es tratado –por definición– como persona en derecho.*” JAKOBS. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, in *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*. Canció Meliá, Gomez Jara Díez. Edisofer S.L. Libros Jurídicos. Madrid. 2006. Pag. 192.

²⁵⁹Diario Le Monde. “Justice: une loi liberticide?”. Edición digital. Martes 17 de febrero 2004.

amenaza que denominamos secundaria es denunciada por pensadores de muy distinta procedencia.²⁶⁰

²⁶⁰Por todos, citaremos los siguientes autores:

CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* 2001. Pags. 218- 219. “La política criminal de la globalización es agresiva con la criminalidad organizada, pues este nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica, se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas; no sólo crea inseguridad ciudadana, como la tradicional delincuencia individual, sino inseguridad al propio Estado por su clara incidencia en el orden social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la delincuencia organizada no sólo se dirige a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social. Frente a este tipo de criminalidad pueden constatarse propuestas de derogación de determinadas garantías asociadas al derecho penal clásico. Como consecuencia del pensamiento dominante en la lucha contra la criminalidad organizada y la droga, se ha considerado que ha decrecido fuertemente el nivel de protección jurídica en Europa, por lo que la tradición garantista asociada al derecho penal de corte liberal, que tiene como paradigma al delincuente individual y que ignora la delincuencia de grupo, difícilmente es compatible con los medios energéticos que se proponen, como única vía eficaz, para ofrecer un tratamiento adecuado a la delincuencia organizada.[...] Como consecuencia del pensamiento dominante en la lucha contra la criminalidad organizada y la droga, se ha considerado que ha decrecido fuertemente la protección jurídica en Europa, por lo que la tradición garantista asociada a un derecho penal de corte liberal, que tiene como paradigma al delincuente individual y que ignora la delincuencia de grupo, difícilmente es compatible con los medios enérgicos que se proponen, como única vía eficaz, para ofrecer un tratamiento adecuado de la delincuencia organizada.”

VAN DEN WYNGAERT. <<Las transformaciones del derecho penal internacional en respuesta al reto del crimen organizado.>> Preparatory colloquium Utrecht (The Netherlands) May 13-16 1998. in “The criminal Justice Systems facing the challenge of organised crime.” “International Review of penal Law”. 1 y 2 trimestre /99. Editorial Érès. Ramonville Sainte Agne. (France). 1999. Pag. 34. “De manera bastante frecuente, los preámbulos de la legislación interna o de los instrumentos internacionales referidos al crimen organizado pintan este fenómeno como una situación de emergencia que justifica derogaciones de las reglas y principios tradicionales. Informes alarmantes preparan a la opinión pública para la aceptación de las nuevas sanciones y métodos policiales que restringen derechos básicos como el derecho a la intimidad, a la propiedad e incluso garantías procesales elementales”

BLAKESLEY. <<Informe General. El Sistema penal frente al reto del crimen organizado.>> “International Review of penal Law”. Vol 69. Editorial Érès. Ramonville Sainte Agne (France). Pags. 119-120.”Existe un movimiento legislativo y ejecutivo contra el crimen organizado que tiende al endurecimiento del derecho penal y a la restricción de los derechos e intereses fundamentales. [...] Los informes señalan los graves efectos que tiene la reacción exagerada contra el crimen organizado sobre el conjunto del derecho penal y sobre los derechos y libertades fundamentales.”

BOIX REIG. “Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas”. In *Delitos contra la salud pública y contrabando*. Consejo General del Poder Judicial. “Cuadernos de derecho Judicial”. Madrid. 2000. Pags. 53-54. “El planteamiento defensivo que informa la regulación de los delitos relativos al tráfico de drogas, reflejo de la política-criminal represiva a ultranza que se viene dando en esta materia, de acuerdo con la antes expuesto, da lugar a una articulación técnico-jurídica de los tipos legales en la materia, que difícilmente resisten un control de constitucionalidad”.

ZARAGOZA AGUADO. *Op. cit.* Pág. 113. nota 1.”La existencia de esta legislación de emergencia ha sido objeto de severas críticas por importantes sectores de la doctrina italiana (Chiavario, Ferrajoli) que ven en ella una quiebra de la normalidad constitucional y una clara manifestación de la razón de Estado absolutamente incompatible con la legalidad democrática.”

Ahora bien, aun cuando no pueda caber duda de que la existencia de categorías sinérgicas complejas ha producido una erosión importante de derechos y garantías, e incluso una cierta tendencia involucionista en el pensamiento político criminal, a mi entender esa amenaza secundaria no puede ser admitida como constitutiva del injusto de dichas categorías, puesto que no es connatural a las mismas y, en definitiva, responde antes al desacierto del legislador que a la propia existencia de dichas categorías.

Admitir dicha amenaza como parte del contenido del injusto sería admitir, en el fondo, que no es posible el control de la delincuencia organizada dentro de los límites de las garantías procesales y derechos fundamentales, o, dicho en otras palabras, cuestionar en términos de eficacia el llamado derecho penal de garantías.

Por otra parte, difícilmente podría justificarse su asunción por el elemento intelectual y volitivo del dolo, se trata en definitiva de una lesión que depende de una opción político criminal del legislador que se escapa al ámbito de previsión y control de quien pertenece a una organización.

Luego, en mi opinión, el contenido de injusto de la pertenencia a una organización, debe circunscribirse, a dos bienes jurídicos, cuyo riesgo de lesión se ve objetivamente incrementando por la sola existencia de una organización delictiva de la que es predicable una sinergia transversal en los términos que ya he expuesto. Estos bienes jurídicos son, en primer lugar, el bien jurídico tutelado por el delito que constituye la actividad ilícita de la organización y, en segundo lugar, el bien jurídico que constituye el buen funcionamiento de las instituciones del Estado.

4.4 El contenido de injusto de las categorías colectivas sinérgicas simples versus el de las categorías colectivas sinérgicas complejas.

Visto uno y otro contenido de injusto, podemos afirmar que entre ambos puede establecerse una diferencia cualitativa y otra cuantitativa. La diferencia cualitativa radica en que el contenido de injusto propio de las categorías colectivas sinérgicas simples se configura como uniofensivo²⁶¹, en la medida en

ZARAGOZA AGUADO. *Op. cit.* Pág. 115. "No es ocioso recordar en este momento que la eficacia de la respuesta penal contra determinadas actividades criminales, por muy graves que sean, no justifica el sacrificio ilimitado de los Derechos fundamentales y de las garantías constitucionales que el Estado de derecho reconoce a todos los ciudadanos, porque la protección, tutela y respeto de tales derechos y garantías constituye el principal fundamento de nuestro sistema democrático."

²⁶¹ Excepción hecha, claro está, cuando el propio delito proyectado es pluriofensivo.

que coincide simplemente en un incremento de lesión o puesta en peligro para los bienes jurídicos protegidos en el delito proyectado. Por el contrario, el contenido de injusto propio de las categorías colectivas sinérgicas complejas, es necesariamente pluriofensivo, afecta tanto al incremento del riesgo objetivo para los bienes jurídicos protegidos en los delitos proyectados, como al incremento del riesgo objetivo para el buen funcionamiento de las instituciones del Estado. La diferencia cuantitativa, por su parte, puede establecerse desde el momento en que el incremento del riesgo para el bien jurídico del delito proyectado derivado de la sinergia simple, es de menor intensidad que el derivado de una sinergia compleja.

Consecuencia de lo afirmado en el párrafo anterior es que, desde el punto de vista axiológico, no se puede afirmar la homogeneidad de las categorías sinérgicas simples y complejas, de donde no podremos configurar la categoría sinérgica compleja como si se tratara de una categoría colectiva sinérgica simple y cualificada.

El contenido de injusto que he propuesto a lo largo de este capítulo, tanto para una como otra categoría, se corresponde con el contenido de antijuricidad básico, esto es, el que les da respectivamente carta de naturaleza. Ello no es óbice para poder distinguir todavía, tanto en el seno de las categorías sinérgicas simples como complejas, modos de ataque que supongan un incremento cuantitativo o cualitativo del contenido de injusto, y que naturalmente se deberán traducir en los correspondientes tipos cualificados.

Un último apunto. El contenido de injusto de las categorías colectivas es independiente de que las mismas puedan ser consideradas o no –desde el punto de vista civil o mercantil- como personas jurídicas. En el primer supuesto, evidentemente, le sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 31 bis²⁶² del

²⁶² Artículo 31 bis del Código Penal (añadido por Artículo Único N° 4 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 23 de Junio de 2010). “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no

Código Penal, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. Tal responsabilidad, al menos si se entiende según propone Carbonell Mateu²⁶³, no parece que ofreciera grandes dificultades para aplicarla (*mutatis mutandi*) a

haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal."

²⁶³ CARBONELL MATEU. <<Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010>>. "Cuadernos de Política Criminal". Segunda época. Nº. 101. Dickinson. Madrid. 2010. (<http://vlex.com/vid/juridicas-reflexiones-torno-dogmatica-244098710>).Pag. 17. "Si lo hasta aquí defendido es aceptable, no sólo habrán desaparecido los obstáculos dogmáticos que se oponían a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que ésta deberá fundamentarse de manera idéntica –o, al menos, muy semejante- a la de las personas físicas. La tutela de bienes e intereses con relevancia constitucional y la posibilidad de imputar penalmente los incumplimientos más graves de las normas que la procuran adecuan las pretensiones de relevancia e ilicitud por un lado y de obligatoriedad personal (o reproche jurídico) por otro. Lo que se imputa no es otra cosa que la conducta ilícita –esto es, la lesión típica del interés, el significado típico- y en la medida en que era exigible personalmente. Que eso implique o no una carencia o defecto de organización empresarial habrá de comprobarse caso por caso. Porque se pueden cometer conductas, es decir, significados típicos, con una perfecta organización. Y se pueden cometer con o sin dolo. Entendido, este, de acuerdo con la concepción significativa de la acción, como un "compromiso con la vulneración de un bien jurídico".

las organizaciones que carecieran de la condición civil o mercantil de persona jurídica, máxime teniendo en cuenta que el artículo 570 *quater*²⁶⁴ del Código Penal, acaba por establecer idénticas consecuencias jurídicas para todas las organizaciones, sea cual sea su condición.

²⁶⁴ ARTÍCULO 570 *Quáter* 1. “Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código.”

CAPÍTULO VIII

NATURALEZA Y FUNCIÓN POLÍTICO CRIMINAL DE LAS FIGURAS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA, ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

1 Introducción.

En el capítulo III tuve ocasión de profundizar en el análisis de la descripción típica de las figuras de organización y grupo criminal. En el capítulo I propuse los conceptos de categorías sinérgicas simples y complejas y traté de explicar cuáles eran, a mi entender, sus respectivos contenidos de injusto.

En el presente capítulo me propongo analizar las categorías de asociación ilícita, organización y grupo criminal desde el punto de vista de lo que podríamos denominar teoría general de las categorías colectivas, a fin de determinar en qué grado cada una de las tres figuras legales anteriormente citadas pueden ser calificadas como categorías colectivas sinérgicas simples o complejas.

La determinación de la naturaleza (simple o compleja) de cada una de las figuras no es una cuestión en absoluto baladí para la comprensión y exégesis de las mismas, pues nos permitirá conocer cuál es el bien jurídico protegido desde el que deben ser interpretadas y excluir su aplicación en aquellos supuestos en los que no haya posibilidad de afección a tal bien jurídico, conforme al principio de ofensividad.

De igual modo, nos permitirá conocer la función político criminal que cada figura está llamada a cumplir en el seno del sistema²⁶⁵, habida cuenta de que podemos establecer una primera relación entre las categorías colectivas sinérgicas simples con respecto a la función de prevención y control de la delincuencia de grupos, y una segunda relación entre las categorías colectivas sinérgicas complejas con respecto a la función de prevención y control de la

²⁶⁵ Me interesa sobre todo centrarme en la función político criminal que cada figura está llamada a cumplir (en el plano ideal), por oposición a la función política criminal que –en la praxis– muchas categorías colectivas están cumpliendo en realidad, calificada por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”. In Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla. La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca. Cuenca. 2001. Pags. 669 y sig.) *Función preventivo-policia del delito de asociación criminal, consistente en la facilitación de la prueba de los delitos cometidos por la banda y el permitir al menos la condena por este comportamiento de aquellos miembros respecto de los que no es posible probar la participación en los concretos delitos cometidos por la organización.*

delincuencia organizada. De ahí la íntima relación entre naturaleza y función, lo que justifica, a mi entender, su tratamiento conjunto a lo largo de este capítulo.

Ahora bien, la asignación de una naturaleza simple o compleja a las figuras de grupo y organización, presenta una dificultad que no podemos obviar en el actual panorama normativo penal: la pervivencia de la figura de la asociación ilícita. El mantenimiento de tal figura nos obliga a plantearnos si, tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, la figura de la asociación ilícita cabe redefinirla y resituarla en el seno del sistema para que ocupe un lugar propio, más específico del que hubiera sido posible atribuirle antes de la citada reforma y, en su caso, si tal espacio debe ubicarse en el área de las categorías colectivas simples (en concurrencia con la figura de grupo criminal), o complejas (en concurrencia con la figura de organización criminal), pues de ello, según he dicho, derivará que consideremos uno u otro el bien jurídico que está llamada a proteger, y la función de prevención y control que justifica su existencia.

Por ello, desde el punto de vista metodológico, entiendo imprescindible detenerme en el análisis conceptual y político criminal que, hasta la fecha, se ha atribuido tradicionalmente a la figura de asociación ilícita, tarea nada fácil atendida la escasa jurisprudencia sobre el particular (debido, en gran parte, a su desplazamiento por los tipos cualificados de pertenencia a una organización) y el inusual enfrentamiento doctrinal que tal figura ha merecido, tal como veremos al analizar las posiciones de Quintero Olivares y González Rus.

2 Naturaleza y función político criminal de la figura de asociación ilícita.

En el capítulo III pude explayarme en el análisis conceptual de los términos grupo y organización criminal, por haber sido ambas figuras introducidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, a la que tantas veces me he referido.

Considero necesario detenerme también ahora en el análisis conceptual del término asociación, a fin de poder tratar luego, con la suficiente claridad, las cuestiones de su naturaleza y función político criminal.

2.1 El concepto jurídico del término *asociación* en el derecho penal español.

El lenguaje jurídico penal guarda una cierta autonomía tanto con el lenguaje común, es decir, con el significado de las palabras en lengua

castellana, como con respecto a otros lenguajes jurídicos, propios de las distintas ramas del derecho ajenas al ámbito punitivo.

En todo caso, considero que desde el lenguaje común debe realizarse la primera aproximación semántica a los términos utilizados por el legislador penal para comprobar luego, a la luz de los fundamentos axiológicos y de las necesidades fenomenológicas, si dichos conceptos-base debe ser convenientemente matizados, siempre, claro está, dentro de los límites marcados por el principio de legalidad.

En consecuencia, comenzaré por analizar el significado del término asociación en lenguaje común, para detenerme luego en las matizaciones conceptuales introducidas por la jurisprudencia y la doctrina.

2.1.1 El significado común del término *asociación* en lengua castellana.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su acepción segunda, define el término que tratamos como *conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ella formada*.

Casi en el mismo sentido, el Diccionario del Uso del Español María Moliner define, también en su acepción segunda, la voz asociación, *aplicado a personas, en sentido amplio, grupo formado voluntariamente para realizar un fin común. Específicamente, se aplica, alternando con <<agrupación>> y <<sociedad>>, a grupos de personas formados de manera estable con cierto fin que se especifica*.

En síntesis, podemos afirmar que la lengua castellana define el término en referencia a tres notas semánticas, la primera sería la pluralidad de personas (*conjunto* o *grupo*), la segunda el pacto asociativo, y la última teleológica, consistente en la finalidad compartida de cada uno de los miembros que conforman el grupo.

Como puede comprobarse, se trata de un concepto bastante próximo a la que corresponde a dicho término en el ámbito del derecho civil, concretamente a la definida por la Ley Orgánica 1/02, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación, en su artículo 5.1., cuando afirma que *las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés común o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación*.

El concepto civilista añade a su significado común en lengua castellana, básicamente, una nota instrumental, consistente en los medios adecuados, y una nota normativa y formal, consistente en la exigencia de que se doten de unos estatutos que rijan el funcionamiento de la asociación.

2.1.2 El significado jurídico del término *asociación* en la jurisprudencia penal. Consideraciones generales.

Con fundamento en el principio de autonomía semántica, la jurisprudencia penal, como inmediatamente se verá, viene exigiendo la presencia de unas especiales características a las asociaciones que por tales podrían ser designadas en el lenguaje común, para alcanzar esa categoría en el ámbito concreto del derecho punitivo.

Pero antes de indicar cuáles son esas especiales características, creo conveniente introducir algunas consideraciones que nos ayudarán a comprender por qué la jurisprudencia no ha sido capaz de delimitar con nitidez un concepto claro de *asociación ilícita*.

En mi opinión, el confuso concepto de *asociación* del que hoy disponemos es el resultado de dos circunstancias. La primera tiene su origen en una deficiencia técnica legislativa, toda vez que el legislador ha querido designar con un solo término -el de asociación- toda una serie de realidades meta-jurídicas tremendamente dispares desde el punto de vista fenomenológico lo cual, al menos en parte, ha obligado al intérprete a configurar definiciones lo suficientemente amplias, y por tanto vagas, como para poder abarcar a todo un conjunto de grupos difícilmente reducibles a una sola categoría en la esfera criminológica.

Cada término lingüístico, debe poder designar a un conjunto de realidades extra-lingüísticas, a la que llamamos referentes, que comparten, como elementos comunes, las notas semánticas que conforman el significado del término en cuestión. De esta forma podemos predicar una cierta semejanza entre todos los referentes extra-lingüísticos llamados a ser designados con un mismo término.

Pues bien, uno de los problemas que se plantean en el ámbito del derecho penal a la hora de dotar de significado jurídico la voz *asociación* es, precisamente, la disparidad fenomenológica que presentan entre si las realidades extra-lingüísticas a las que venimos aplicando el término de constante referencia, de tal manera que, tal como veremos al analizar la jurisprudencia, el mismo término nos sirve para designar desde bandas juveniles (*Ñetas, Forty Two, Latin King*), hasta bandas dedicadas a la comisión de delitos contra la propiedad, o a la financiación ilícita de partidos políticos.

Ni que decirse tiene que cada uno de los grupos citados en el párrafo anterior presenta una especial idiosincrasia criminológica, no siendo reducibles a un solo modelo explicativo desde las ciencias empíricas, por ser notoriamente heterogéneos desde el punto de vista de estas disciplinas. Pero sin embargo, en la esfera normativa, son tratadas de forma unitaria, considerándolas homogéneas desde el punto de vista estrictamente jurídico-penal, hasta el punto que las designamos con un mismo término. Consecuencia de ello resulta una jurisprudencia que, más allá de los elementos comunes que constituye el núcleo de la asociación, parece explayarse en ocasiones describiendo elementos de la asociación ilícita que no serían generalizables a todas las realidades sociales abarcables por el artículo 515.1 del Código Penal.

La segunda circunstancia que, en mi opinión, coadyuva a la deficiente exactitud del término asociación ofrecido por la jurisprudencia es principalmente imputable al intérprete. Consiste en la vinculación histórica de la categoría normativa de asociación ilícita con la categoría criminológica de delincuencia organizada, sin caer en la cuenta que afirmar tal vinculación, no sólo supone condicionar la exégesis del término que tratamos por las específicas notas que caracterizan este tipo de delincuencia, sino que supone, además, condicionarla por la especial valoración político-criminal que tal delincuencia merece.

2.1.2.1 Notas descriptivas del concepto de asociación ilícita en la jurisprudencia penal.

El Tribunal Supremo ha venido definiendo la asociación ilícita a partir de cuatro notas características que, sin apenas matices, han sido adoptadas luego por la jurisprudencia de las distintas audiencias.

Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2001 (Robo de vehículos) y de 23 de marzo de 2005 (Robo en viviendas): *“La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:*

Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

Exigencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista

Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo ha de ser duradero y no puramente transitorio

El fin de la asociación en el caso del artículo 515.1 inciso primero ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la actividad delictiva, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.”

Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 12 de diciembre de 2006: *“La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, d) el fin de la asociación –en el caso del artículo 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.”*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 14 de junio de 2007. (Banda latina Latin Kings): *“Los criterios que marca la jurisprudencia para apreciar que concurre una asociación ilícita de las previstas en el artículo 515.1º, del CP, esto es, las que tienen por objeto cometer algún delito u otras infracciones penales son los siguientes [...]:*

-La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

- Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

- Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

- Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

- El fin de la asociación –en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la previsión total de cada acción individual en tiempo y lugar.”

En síntesis, podríamos reconducir esas cuatro notas a los siguientes elementos constitutivos:

- a- Un elemento personal, consistente en esa pluralidad de sujetos, sin que la jurisprudencia exija un número mínimo de integrantes.
- b- Un elemento teleológico, consistente en la finalidad delictiva que motiva el hecho mismo de la asociación entre los distintos individuos que la conforman.
- c- Un elemento normativo, consistente en la *organización más o menos compleja*, es decir, en la existencia de una serie de reglas o normas preestablecidas de funcionamiento, que aportan la operatividad necesaria al grupo para alcanzar el fin delictivo.

- d- Un elemento temporal, consistente en la permanencia del acuerdo asociativo, excluyente por tanto de la ideas de *esporádico*²⁶⁶, temporal o transitorio.

La enunciación de estos cuatro elementos suscita casi inmediatamente varios comentarios.

En primer lugar, que los dos primeros elementos son predicables de cualquier tipo de coparticipación en la comisión delictiva, ya sea en aquellos supuestos en los que concurren varios coautores, como en aquellos en los que concurren estos (o un solo autor) junto con cómplices, inductores o cooperadores necesarios. Encontraremos estos mismos elementos en las organizaciones a las que se refieren los tipos cualificados que ya hemos visto. En función de los mismos no puede fijarse, en consecuencia, ningún criterio de distinción o delimitación conceptual del término *asociación*.

Igual observación podríamos hacer en relación al elemento normativo, toda forma de coparticipación en el delito implica, por mínima que sea, una cierta *organización*, es decir, la constatación de una serie de reglas –aunque fácticas y elementales- que regirán tanto las relaciones *ad intra* de los copartícipes, como sus relaciones *ad extra* y su *modus operandi*. Es cierto que en algunas resoluciones se habla de una *estructura jerárquica y organizada*²⁶⁷, es decir, se concreta y prioriza un tipo de reglas *ad intra* (mandato/obediencia) sobre otras, pero en la mayoría de resoluciones, la única matización que se hace sobre el grado de organización necesario para cumplimentar una asociación ilícita es el de la adecuación a fin, es decir, el de su idoneidad, mediante expresiones tales como *exigencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista*²⁶⁸, idoneidad que podría predicarse, por motivos evidentes, de cualquier situación de coparticipación en la que se hubiera llegado a consumir el delito.

Finalmente llama la atención la exclusión de la condición de transitoria, por cuanto separa a la asociación ex artículo 515. 1 del Código Penal, de la prevista en varios de los tipos cualificados que la admiten, según vimos en el capítulo II.

²⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 5 de septiembre de 2006: “b) el acuerdo de sus miembros con cierta perdurabilidad en el tiempo (es decir, no esporádico).”

²⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 5 de septiembre de 2006.

²⁶⁸ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2001.

Es cierto que sobre la nota de permanencia sí que podría articularse un criterio de distinción entre una asociación ilícita y cualquier otra forma de actuación delictiva conjunta, pero no es menos cierto que dicha nota (permanencia *versus* transitoriedad) se presenta como notoriamente insuficiente para deslindar en su totalidad el concepto de asociación.

En mi opinión, el Tribunal Supremo no ha resuelto satisfactoriamente el problema de la descripción y delimitación conceptual de la figura de asociación ilícita a la que se refiere el punto primero del artículo 515 del Código Penal. Es más, quizás nunca lo haya pretendido, sabedor de la naturaleza inaprehensible del propio concepto. En la praxis, opino que se ha venido tratando el término que nos ocupa, no como un término puramente descriptivo, capaz de designar con precisión y suficiencia un determinado grupo de realidades, sino como descriptivo-valorativo, es decir, asumiendo que a una primera aproximación exegética consistente en comprobar si reúne el grupo las características que hemos enunciado anteriormente, le debe seguir, inexorablemente otra aproximación puramente valorativa, complementaria de la primera, y consistente en ponderar la capacidad lesiva del conjunto a fin de determinar si, en términos de proporcionalidad e intervención mínima del derecho penal, ese conjunto es merecedor o no de un reproche autónomo.

2.1.3 El significado jurídico del término *asociación* en el seno de la doctrina penal española.

En el seno de la doctrina española, parece haber un relativo consenso en cuanto al concepto de asociación ilícita, que podríamos sintetizar en tres puntos. El primero, su autonomía con respecto al concepto civilista, existe acuerdo en que el concepto penal de asociación es más amplio que el concepto propio designado por el mismo término en otras ramas del derecho, principalmente, por ser el primero una realidad eminentemente fáctica, alejada de todo requisito formal en su constitución. El segundo, responde a su mínima organización, elemento que viene utilizándose para distinguirlo de actos preparatorios. En realidad, en supuestos de conspiración y coautoría no será extraño encontrar un cierto y necesario grado de organización, pero dicha organización vendría referida exclusivamente a la ejecución del delito, no al funcionamiento interno de la asociación entendida como grupo articulado. El tercer y último punto indicado por la doctrina, es el de la estabilidad temporal, su duración en el tiempo, por oposición a las asociaciones de carácter transitorio, que, precisamente por esta cualidad, dejarían de serlo en el estricto sentido penal. En general, el hecho de que algunos tipos cualificados, de forma expresa contemplen la asociación transitoria, o de actuación ocasional, ha pasado prácticamente desapercibido y no ha suscitado la revisión conceptual que en sede de asociación ilícita cabría esperar.

Para ilustrar las anteriores afirmaciones, sirvan de muestra Muñoz Conde, Quintero Olivares y Vives Antón:

“Antes del análisis de cada uno de los fines señalados en el precepto, conviene establecer qué se entiende por asociación. Debe recurrirse, por tanto, al significado gramatical o lingüístico de dicho término y entender por tal toda unión de varias personas organizadas para la consecución de determinados fines. Tampoco ofrece el código apoyo para establecer el número mínimo de personas que deben constituir la asociación. En principio, bastaría con dos, pero creo que del sentido originario de la expresión puede deducirse que son necesarios por lo menos tres personas para poder hablar de asociación. Es indiferente la forma en que esas personas lleguen a ponerse de acuerdo y que unas lleven la iniciativa y otras se adhieran simplemente a ella. Pero, en todo caso, es preciso una cierta organización (que será más o menos compleja en función del tipo de actividad a que se dedique la asociación) y que el acuerdo asociativo sea duradero y no puramente transitorio. En esto radica la diferencia entre asociación y cualquier otra forma de acto preparatorio o fase previa a la consumación de un delito o delitos que a través de ella se cometan, pudiéndose apreciarse un concurso entre ella y estos delitos.”²⁶⁹

“Con carácter previo al examen de las causas que determinan su ilicitud, la doctrina suele detenerse brevemente en la fijación del concepto de asociación. Han sido destacadas por lo general las notas de organización y permanencia, así como un número mínimo de personas que a menudo se ha concretado en tres. Quintano Ripollés señaló que <<las asociaciones, para merecer el nombre de tales, deberán poseer cierta consistencia formal, y hasta un conato de organización y jerarquía>>, descartando que puedan ser objeto de este calificativo las situaciones de <<asociación esporádica>>, que pueden dar lugar a otras consecuencias jurídico penales. El citado autor se refería, por ejemplo, a la desaparecida agravante de cuadrilla (hoy podríamos poner como ejemplo el tipo cualificado del artículo 180.2 en las agresiones sexuales) o la denominada <<codelinuencia>>, a resolver conforme a las reglas generales que rigen la participación.

La definición de asociación ha sido en ocasiones tributaria de la concepción de raíz jurídico-privada, y así, Córdoba Roda, ha considerado que debía ser entendida como tal <<el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas, dotado de una entidad independiente de sus individuos y dirigido al logro de un determinado fin>>, si bien, tal como ha precisado el referido autor, ese término adopta en el Código Penal un sentido más amplio que en el derecho Privado, sin que a efectos penales se vea afectado por las exclusiones establecidas en el artículo 2 de la Ley de Asociaciones (que se refiere, entre otras causas, a las que se rijan por disposiciones relativas al contrato de sociedad y se constituyan con arreglo a derecho Civil o Mercantil).”²⁷⁰

“Dicho esto, la asociación puede definirse como una unión de personas caracterizadas por las notas de organización y permanencia.

²⁶⁹ MUÑOZ CONDE. *Op. cit.* 2007. Pag. 788.

²⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS et alii. *Op. cit.* Pag. 1487.

Delimitado así el concepto de asociación: más en cuanto requieren un mínimo de organización y una cierta duración temporal, y menos porque no requieren en los asociados el ánimo individual de ejecutar delito alguno.”²⁷¹

Visto el concepto de asociación, voy a centrarme ahora en su naturaleza y su función político criminal.

2.2 Naturaleza de la figura de asociación ilícita.

No cabe duda de que la figura de asociación ilícita puede ser considerada como una categoría colectiva sinérgica, según el concepto que ofrecí en el Capítulo I. El problema reside en determinar su naturaleza, es decir, si la misma debe ser considerada como una categoría sinérgica simple (basada en la dinámica de grupos) o compleja (basada en la racionalización de métodos y procesos). Al carecer de una descripción normativa de lo que debe entenderse por asociación, decantarse por una u otra alternativa no resulta fácil. Tampoco nos puede ayudar en esta tarea el análisis jurisprudencial, pues ya vimos en este mismo capítulo como históricamente la figura de asociación ilícita se había aplicado a realidades sociales muy dispares, unas veces en el ámbito de la delincuencia de grupos (lo que nos inclinaría a pensar que estamos ante una categoría sinérgica simple), y otra veces en el ámbito de la delincuencia organizada (lo que nos inclinaría a pensar que estamos ante una categoría sinérgica compleja).

En principio, podemos afirmar que las asociaciones que tienen por objeto *cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada*, tendrían una naturaleza sinérgica compleja, al igual que aquellas otras asociaciones encuadrables en el apartado 4º del artículo 515, *las organizaciones de carácter paramilitar*.

El problema reside en determinar si, tras la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, a la que tantas veces me he referido, la asociación ilícita –desvinculada ya de la delincuencia organizada- ha de ser considerada necesariamente una categoría compleja.

En mi opinión, la cuestión de la naturaleza de las asociaciones ilícitas *que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión*, no puede resolverse de forma directa. La respuesta debe obtenerse a partir del análisis de su función, entendiendo que serán

²⁷¹ VIVES ANTÓN, BOIX REIG *et alii*. *Op. cit.* Pag. 759.

categorías colectivas sinérgicas complejas sólo si podemos afirmar su vinculación teleológica a la prevención control de la delincuencia organizada.

2.3 Función político criminal del delito de asociación ilícita.

Conviene distinguir la función político criminal atribuida por la jurisprudencia al delito de asociación ilícita de las atribuidas por la doctrina, puesto que en modo alguno son unívocas. Comenzaré pues por exponer la posición al respecto de la jurisprudencia y seguiré analizando las distintas –e irreconciliables- atribuciones político-criminales pretendidas desde la dogmática.

2.3.1 Función político criminal del delito de asociación ilícita en el seno de la jurisprudencia penal.

Tal como ya he anunciado, la vinculación de la figura penal de asociación ilícita con la categoría de delincuencia organizada es una idea recurrente en la jurisprudencia, de tal manera que, en numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo –y tras ella la jurisprudencia menor- no ha dudado en equiparar ambos términos, refiriéndose a la *asociación ilícita o delincuencia organizada* como si de un solo concepto se tratara.²⁷²

Junto a esa primera forma de asimilación, encontramos una segunda forma, consistente en acudir al concepto de *delincuencia organizada* descrito en el artículo 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley Orgánica 5/1999, con objeto de regularizar en España el problema del

²⁷² Por todas, **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008; del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 26 de septiembre de 2007 ; de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de fecha 6 de marzo de 2006 y de la Audiencia provincial de Barcelona, de fecha 27 de noviembre de 2000:** “Lo primero que es preciso analizar es qué se entiende por asociación ilícita. La doctrina científica, ha definido la asociación ilícita o delincuencia organizada como aquella que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos delictivos. El derecho sustantivo español no contiene un concepto preciso de asociación ilícita; sin embargo una reforma reciente de la LECrim, la Ley Orgánica 5/99 que tiene por objeto regular en España el problema del agente encubierto, como medida eficaz de luchar contra la delincuencia organizada , ofrece un concepto de criminalidad organizada , así el art. 282 bis 4 de la LECrim dispone “...se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes (...)”.

<<agente encubierto>>, configurando a partir de ahí el concepto de asociación.²⁷³

Adviértase como la identificación de ambos conceptos supone algo distinto a exigir una cierta organización en el seno de la asociación, puesto que el término *delincuencia organizada* designa un fenómeno criminal muy específico que, en todo caso, supera la realidad de una mera asociación cuyos miembros se encuentren organizados. En este sentido, podríamos decir que el adjetivo *organizada* designa a un cierto tipo de delincuencia, pero no agota su definición. Sobre este particular volveré ampliamente al tratar la función político criminal de las organizaciones criminales.

Vinculando con carácter general la asociación ilícita y la delincuencia organizada, la jurisprudencia ha agudizado dos problemas. En primer lugar, ha añadido confusión entre los términos *asociación* y *organización*, complicando aún más su posible deslinde. En segundo lugar, ha dificultado la inclusión de asociaciones ilícitas que, por su fenomenología, no podríamos incluir en el ámbito de la delincuencia organizada.

2.3.2 Función político criminal del delito de asociación ilícita en el seno de la doctrina penal.

Tras la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, es obligado analizar el Estado de la cuestión que propongo en este epígrafe distinguiendo cuanto se dijo y argumentó por la doctrina antes de que la figura de la asociación ilícita concurriera con las figuras de organización y grupos criminales, pues es evidente que el nuevo planteamiento al que he dedicado el Capítulo III, supone un cambio de entidad suficiente como para suponer cambios de parecer importantes sobre este particular.

2.3.2.1 El Estado de la cuestión con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por el que se modifica el Código Penal.

La proliferación de tipos cualificados por la pertenencia a una organización a la que me referí en el Capítulo II, supuso en la práctica un arrinconamiento y olvido de la figura de la asociación ilícita, que parecía

²⁷³ Por todas, **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008.**

desplazada definitivamente por esos nuevos tipos penales y solapada por la categoría de organización.

Esta crisis originó que pronto se preguntara la doctrina si la asociación ilícita era o no una categoría anacrónica a la que, *de facto*, se la había privado de cualquier función político criminal considerando que, en el panorama de libertades dibujado por la Constitución de 1978, no tenía sentido la persistencia de un delito que original y tradicionalmente había servido, tal como ya tuvo ocasión de mantener, como un instrumento de represión política.

En este contexto se abrió un profundo debate revisionista sobre la figura que tratamos con dos posiciones antagónicas, representadas de algún modo por el pensamiento de los Doctores Quintero Olivares y González Rus, el primero para restringir su ámbito de aplicación estrictamente a la protección de valores constitucionales, excluyendo su aplicación, por tanto, en los supuestos de delincuencia común y delincuencia organizada, y el segundo, por el contrario, para reivindicar su utilización en tales supuestos. Veamos una y otra posición.

2.3.2.1.1 Posición restrictiva: la circunscripción de la función político criminal del delito de asociación ilícita, al estricto ámbito de los delitos constitucionales.

En el congreso de Justicia penal de la Universidad de Huelva celebrado en 1998 bajo el título de “Delincuencia organizada, Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos”, el Catedrático de derecho penal Quintero Olivares presentó una ponencia titulada *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*²⁷⁴, en la que ofrecía una profunda revisión crítica de la función político criminal y de la figura dogmática de la asociación ilícita en el derecho penal vigente, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de octubre de 1997 en resolución del denominado caso *Filesa*.

En síntesis la posición del Dr. Quintero podría reducirse, en su mínima expresión, a la necesaria vinculación de la asociación ilícita al ámbito de la delincuencia relacionada con el orden constitucional y la consiguiente desvinculación del ámbito propio de la delincuencia organizada:

²⁷⁴ QUINTERO OLIVARES. “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, in *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1999. Pags. 177 y sigs.

“Seguramente muchos dirán que la equivocación del Tribunal Supremo ha sido extender a toda clase de conflictos la aplicabilidad de una figura que nació para ser aplicada en el campo de los derechos constitucionales, su limitación o su ejercicio abusivo. Siempre pues en el terreno de lo político, y que por eso produce efectos desorbitados cuando se la utiliza en relación con comportamientos delictivos patrimoniales, económicos, falsarios, etc”²⁷⁵

“El espacio político criminal del delito de asociación ilícita. Es posible que la idea de la supresión de la asociación ilícita –me refiero exclusivamente a la forma tradicional y genérica establecida en el artículo 515.1º Código Penal y no las descritas en los números 2,3,4 y 5 del mismo artículo- resulte excesiva. Pero también es perceptible que la doctrina penal española nunca hasta ahora ha reflexionado acerca de cuál es el espacio necesario que cubre esa figura legal o si su desaparición habría de generar intolerables lagunas de punición.[...] Fuera del ámbito del artículo 515, la comisión del delito en el marco de una organización criminal es una posibilidad ya contemplada en diferentes materias, como son el terrorismo, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, o la tenencia y depósito de armas.[...] Por supuesto si el artículo 515^{1º} fuera omnicomprendivo sería innecesario cualquiera de esas indicaciones, y por supuesto también que no tiene sentido alguno que la regla general del artículo 515 sea desplazada por la especialidad de esa otras, cuando aparentemente el artículo 515 permite una acusación y condena adicional por asociación ilícita”²⁷⁶

Fuera de nuestras fronteras, algunos pensadores del derecho penal también se han alineado con posturas próximas a las sustentadas en España por Quintero Olivares, así Fernando Tocora²⁷⁷ desde Francia:

“Les mesures qui ont été mises en place traditionnellement contre la criminalité organisée sont insuffisantes aujourd’hui pour dominer le problème. Les types pénaux conventionnels de délit d’association ou les procédures ordinaires ne sont pas adéquats pour répondre à une criminalité qui s’est répandue dans l’espace jusqu’à s’internationaliser.[...]”

Finalmente, debemos recordar como un sector de la doctrina parece pronunciarse a favor de atribuir la prevención y control de la delincuencia organizada a la figura de la organización en lugar de la asociación ilícita, no por razones de orden dogmático, sino pragmáticas, dada la escasa aplicación por los Tribunales de la figura de la asociación. Exponente de esta posición es Zaragoza Aguado, quien coincide con Choclán Montalvo en atribuir el fracaso de la figura de la asociación ilícita en este campo a su escasa aplicabilidad más que a su propia idoneidad abstracta:

²⁷⁵ QUINTERO OLIVARES. *Op. cit.* 1999. Pág. 185.

²⁷⁶ QUINTERO OLIVARES. *Op. cit.* 1999. Págs. 189-190.

²⁷⁷ TOCORA. <<Crime organisé et lois d’exception>>. In “Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé”. Janvier Mars. 1999. Dalloz. Paris. Pág. 87.

“Pero quizás lo más apremiante en este terreno sea la incorporación a las legislaciones penales como conducta ilícita grave de la pertenencia a una organización criminal. La inclusión de esta figura delictiva en nuestro ordenamiento jurídico-penal constituye una necesidad político-criminal de primer orden, pues se ha demostrado –y su escasísima aplicación por nuestros Tribunales así lo confirma– que el tipo de la asociación ilícita definido en el artículo 515 1º. del actual Código Penal (antes art. 173-1º del Código Penal de 1973) que comporta la imposición de las penas previstas por el artículo 517, no sirve para responder eficazmente a un modelo de delincuencia que por sus características, dimensiones, estructura y funcionamiento reviste una gran complejidad.”²⁷⁸

“Pero el posible fracaso en la represión de la delincuencia organizada no es imputable, por entero, a la legislación, pues como abordaremos a continuación, los jueces penales han hecho escaso uso del delito de asociación ilícita, a pesar de que una interpretación teleológica del tipo penal hubiera permitido un mayor campo de aplicación en la represión de estos ilícitos.”²⁷⁹

Este mismo argumento es el recogido por la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2010:

“Así, si bien la jurisprudencia ha venido perfilando las características de esta conducta ilícita, precisando los elementos típicos del delito del artículo 515 CP, sin embargo, su aplicación práctica ha sido muy escasa, no sólo por la propia indefinición del supuesto de aplicación, como decíamos, sino también por los antecedentes históricos del delito de asociación ilícita.”

2.3.2.1.2 Posición extensiva. La idoneidad y vocación del delito de asociación ilícita, como instrumento normativo de prevención y control de nuevas formas de criminalidad.

El día 3 de julio de 2.000 veía la luz un artículo publicado en la revista *Actualidad Penal* por el Catedrático de derecho penal de la Universidad de Córdoba, González Rus, que bajo el título *Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre 1997 –Caso*

²⁷⁸ ZARAGOZA AGUADO. *Op. cit.* Pág. 175.

²⁷⁹ CHOCLÁN MONTALVO. *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal.* Dykinson. Madrid. 2000. Pág. 29.

Filesa)²⁸⁰, intentaba rebatir los argumentos expuestos por el entonces catedrático de la *Universitat de les Illes Balears* en el congreso de Huelva, afirmando abiertamente la vinculación de las figuras de la asociación ilícita y de los tipos cualificados por la pertenencia a una organización con la delincuencia organizada o, dicho de otro modo, la identidad político criminal entre ambas figuras:

*“Esta última circunstancia está haciendo que a menudo se ignore o no se resalte adecuadamente que la respuesta legal básica a la delincuencia organizada en el Código Penal español la proporciona el delito de asociación ilícita. Más exactamente: el delito de asociación para delinquir del número primero del art. 515.”*²⁸¹

*“Para terminar, deben recordarse algunas cuestiones de carácter general. En primer lugar, que la doctrina mayoritaria entiende que los tipos cualificados consumen el delito de asociación ilícita, planteándose entre unos y otros, por tanto, un concurso de normas y no de delitos; casi siempre sin aclarar debidamente por qué. A mi juicio, la cuestión es clara: los tipos agravados por la pertenencia a una organización delictiva comprenden ya el desvalor propio del delito de asociación criminal, que por consiguiente no podrá ser aplicado de forma autónoma en concurso de delitos con el tipo cualificado que corresponda. Se trata pues de un concurso de normas, a resolver en base a la especialidad, y no de un concurso de delitos. Las razones de ello son también claras: el fundamento en la mayor pena en los delitos cualificados por la pertenencia a una organización es que la asociación facilita la comisión de los delitos, les otorga mayor dimensión y repercusión, y favorece la impunidad de quienes los cometen. En definitiva, el mismo fundamento sustancial que el delito de asociación ilícita, conectado también con el interés en prevenir y asegurar la persecución de los delitos en general.”*²⁸²

La vinculación entre delincuencia organizada y asociación ilícita ha sido defendida también por Moreno Catena, en similar posición a la de González Rus:

*“Esta autonomía del delito de asociación ilícita puede ser muy importante para castigar adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada.”*²⁸³

²⁸⁰ GONZÁLEZ RUS. <<Asociación para delinquir y criminalidad organizada. (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 –Caso Filesa-)>>. In *“Actualidad penal”*. Editorial La Ley-Actualidad. Madrid. nº 27. 3-9 de julio. 2000.

²⁸¹ GONZÁLEZ RUS. *Op. cit.* Pág. 562.

²⁸² GONZÁLEZ RUS. *Op. cit.* Págs. 567-568.

²⁸³ MORENO CATENA. “La Protección de los testigos y peritos en el proceso penal español”, in *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Servicio de publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1999. Pag. 235.

En todo caso, sí que debemos denunciar aquellas posiciones doctrinales que otorgaban a la figura de la asociación ilícita una vinculación con la delincuencia organizada, precisamente, para cubrir los espacios de impunidad que los defectos técnico-legislativos en la configuración de los tipos cualificados por la pertenencia a una organización han abierto. Leamos algunas citas al respecto:

“La necesidad político criminal de cubrir lagunas de punición en el campo de la delincuencia organizada debe ser razonablemente satisfecha con el delito del artículo 515 del Código Penal A falta de medidas legislativas concretas que den entrada en el Código Penal a específicas figuras delictivas que sancionen la pertenencia a una organización criminal, con definición precisa del elemento normativo relativo a la organización, corresponde a los Tribunales una interpretación del delito de asociación ilícita contenido en el artículo 515 1º que permita satisfacer aquellas finalidades político criminales de acuerdo con las funciones teleológicas del derecho penal. Hoy por hoy el sistema de agravaciones específicas que se contienen en la parte especial para determinados delitos (drogas, blanqueo de capitales, tenencia y depósito de armas, prostitución) es insuficiente para dar respuesta al fenómeno de la delincuencia organizada, que no se agota en esas concretas manifestaciones delictivas y que requiere sanciones penales adecuadas que compensen el mayor contenido de injusto de los delitos favorecidos desde una organización criminal.”²⁸⁴

“El delito de asociación ilícita sirve de tipo de recogida en los casos en que, previniéndose la correspondiente agravación en el tipo especial por pertenencia a una organización, no puede demostrarse la participación del intraneus en el concreto hecho pero sí su pertenencia a la organización.”²⁸⁵

“Del mismo modo, la relación entre el delito de asociación criminal y los tipos cualificados por pertenencia a una organización previstos en específicas áreas delictivas, tampoco permite extraer la conclusión a la que llega Quintero Olivares. Es verdad que entre ellos se plantea, como ya se ha dicho, un concurso de normas y no de delitos, de manera que la aplicación de los tipos agravados consume al delito de asociación ilícita, que no podrá ser aplicado de forma autónoma en concurso de delitos con el tipo cualificado que corresponda. Lo que no impide, naturalmente, que puedan ser condenados por asociación ilícita los directivos o miembros de la organización que no hayan participado en el delito objeto de la agravación, por lo que respecto a éstos no se produce desplazamiento normativo alguno.”²⁸⁶

²⁸⁴ CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* 2001. Pág. 258.

²⁸⁵ CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* 2001. Pág. 259.

²⁸⁶ GONZALEZ RUS. *Op. cit.* Pag. 574.

2.3.2.1.3 Conclusión.

Ante la fuerza de los argumentos jurídicos utilizados para defender una y otra posición, resulta ciertamente difícil pretender resolver el conflicto de pareceres, máxime partiendo del deficiente marco normativo entonces vigente. En todo caso, resulta ineludible asumir el acierto del profesor Enrique Anarte al advertir sobre la *frágil delimitación entre las meras asociaciones criminales y la criminalidad organizada*²⁸⁷; afirmación que se erige como premisa necesaria de cualquier pronunciamiento al respecto.

En mi opinión, la cuestión de si la asociación ilícita estaba llamada o no a penalizar comportamientos relacionados con la delincuencia organizada, no podía resolverse a partir de las necesidades punitivas creadas por los propios defectos del sistema, pues, en caso contrario, correríamos el riesgo de que errores en la configuración de estos tipos cualificados o carencias en materia de imputación provoquen la deformación de otras figuras penales afines.

Con todo me inclino a pensar que, con anterioridad a la aparición de los artículos 570 *bis* y *ter*, la figura de asociación ilícita tipificada podía –y de hecho cumplía- funciones vinculadas a la delincuencia organizada, si bien no con carácter exclusivo, de tal manera que la misma, por cuanto a su naturaleza, podía ser considerada unas veces como una categoría colectiva simple y otras como compleja, en un marco normativo que, evidentemente, no era el deseable.

2.3.2.2 El Estado de la cuestión tras la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal.

La promulgación de la citada Ley Orgánica no ha aportado consenso sobre si los términos de asociación y organización deben o no considerarse como vocablos sinónimos en el ámbito de la normativa penal.

Velasco Nuñez²⁸⁸, tras denunciar el proceso expansivo que sufrió la figura de la asociación ilícita en un intento por cubrir ámbitos de impunidad que

²⁸⁷ ANARTE BORRALLO. “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, in *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1999. Pág. 26.

²⁸⁸ VELASCO NÚÑEZ. “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la Ley Orgánica 5/2010”. In *La Ley penal*. La Ley. Madrid. Número 86. Año 8. Octubre de 2011. Pag 6 y

originariamente le eran ajenos, parece reivindicar el retorno al concepto primigenio de asociación ilícita, orientado a tutelar las extralimitaciones en el ejercicio del derecho de asociación consagrado en el artículo 22 de la Constitución Española. Esta tesis la sustenta en la muy acertada aseveración contenida en la exposición de motivos de la repetida Ley Orgánica 5/2010, en el sentido de que los grupos y organizaciones criminales *no son realmente asociaciones sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva*.

A mi entender, la propuesta de Velasco Núñez merece dos objeciones. La primera, la falta de suficiente consistencia de la *extralimitación del derecho de asociación* como bien jurídico protegido, según ya referí en el Capítulo VII.

sigs. “Nuestra sensación es que lo que empezó siendo un tipo penal exclusivamente creado para enfrentar esas extralimitaciones al derecho de asociación consagrado en el artículo 22 C.E., pensando en organizaciones paramilitares, grupúsculos ideológicos violentos, discriminatorios y racistas, bandas, tribus urbanas y pandillismo violento, etc. –dotadas y vinculadas de específicas ideologías que no alcanzaban el grado de terrorista- pasó, por permitirlo la literalidad del primer párrafo del artículo 515 Código Penal, y por la influencia de determinados tipos penales extranjeros y agravaciones específicas, como la existente en los delitos contra la salud pública, así como por la irrupción de grupos criminales en muchos casos conformados por ciudadanos no nacionales altamente especializados y profesionalizados en la comisión de ciertas infracciones, a aplicarse igualmente para la punición de agrupaciones fácticas de delincuentes dedicadas exclusivamente a eso: a cometer delitos, a modo de reacción punitiva acumulada contra el plus de potencialidad lesiva que mostraba este fenómeno criminal.

Analizando tanto la reciente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales como la del Tribunal Supremo, parece que enfrentaban un asistemático compendio de supuestos concretos en los que, sobre la base de una desordenada exigencia de requisitos que concurrían en unas resoluciones para no hacerlo en otras, parecían reservar el tipo penal sólo para casos graves de delincuencia grupal en los que la comisión por varios delincuentes denotaba, frente a una hipotética comisión individual, una potencialidad tan extraordinaria que exigía una respuesta penal añadida, amparándola bajo la que ofrecía el artículo 515 CP, sin analizar si ello atacaba el bien jurídico asociativo que le daba cobertura.

Posiblemente captando esa realidad, la Exposición de motivos de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, reseñaba que los grupos y organizaciones criminales “no son realmente asociaciones sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva”, a veces carentes de forma o apariencia jurídica alguna, salvo los casos en que adoptaban alguna para precisamente transgredir la legalidad.

En consecuencia, al no derogar, y mantener, el artículo 515 CP para penar nueva y exclusivamente la perversión del bien jurídico asociativo concebido en el artículo 22 CE, las características diferenciadoras de éste con los delitos atinentes a las puras organizaciones y agrupaciones criminales de los artículos 570 bis, ter y quáter del CP, se determinan:

Por la exclusión de la concurrencia de cualquier ideología en ellas, ya que se dedican a la pura y dura comisión de delitos.

Por atacar no el derecho de asociación, sino el orden público.”

La segunda, la implícita asimilación del concepto penal y civilista del término *asociación*.

Tesis contraria a la mantenida por Velasco Núñez, es la que informa la circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado. Este documento no deja lugar a dudas sobre la asimilación semántica entre los términos de *asociación* y *organización*. De hecho, la Fiscalía General aboga por la aplicación de todo el *corpus* jurisprudencial de la asociación ilícita a la figura prevista en el artículo 570 *bis* del Código Penal²⁸⁹.

Ello explica que la Fiscalía opte por articular las relaciones entre los delitos de asociación ilícita y organización criminal, estableciendo entre ambos un conflicto de normas²⁹⁰, admitiendo que determinadas entidades colectivas puedan calificarse indistintamente de asociaciones u organizaciones.

Esta solución resulta la más armónica con el contenido de la cláusula de cierre contenida en el apartado 2 del artículo 570 *quater* del Código Penal²⁹¹, pero casa mal con la afirmación contenida en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, donde el legislador afirma literalmente que los grupos y organizaciones criminales *no son asociaciones*, tal como ya he subrayado anteriormente.

²⁸⁹ El tenor literal del art. 570 *bis* al definir la organización criminal permite trasladar al mismo los criterios jurisprudenciales acuñados respecto a los rasgos definidores de la asociación para delinquir prevista en el art. 515.1 CP.

²⁹⁰ SÉPTIMA.- La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal puede plantear un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los arts. 515.1 y 570 *bis* CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales. En este supuesto, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 *quáter* CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el art. 570 *bis*.

La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal plantea un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los arts. 515.1 y 570 *bis* CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales, supuesto que coincide con los elementos que configuran el tipo de organización criminal previsto en el art. 570 *bis*. Esta cuestión no se plantea en relación con el grupo criminal del art. 570 *ter* CP dado que, como se ha señalado, la doctrina 28 jurisprudencial desarrollada sobre el tipo de asociación ilícita exige la concurrencia de las notas de existencia de estructura organizativa y de permanencia o consistencia del acuerdo asociativo que ha de ser duradero y no puramente transitorio para apreciar la existencia de asociación ilícita, por tanto no cabe aplicar el art. 515.1 en caso de que no concorra alguno de estos elementos y sí el tipo del art. 570 *ter* CP.”

²⁹¹ Art. 570 *quáter* 2. *in fine* del Código Penal: “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8.”

2.3.3 La función político criminal de la figura de asociación ilícita en el Código Penal vigente. Toma de posición.

Tal como justificaré en los siguientes epígrafes, las nuevas figuras de organización y grupo criminal han desplazado la figura de la asociación ilícita, tanto en la esfera fenomenológica, toda vez que se erigen como los instrumentos adecuados y específicos para dar respuesta a la delincuencia organizada y a la delincuencia de grupos, como en la esfera conceptual, puesto que vienen a designar, con mayor precisión, realidades que antes quizás pudieron incluirse entre las designadas por el término *asociación*.

En este nuevo panorama las posibilidades que se presentan al intérprete son tres.

La primera, aceptar resignadamente que el mantenimiento de tal figura es debido a una omisión del legislador, por cuanto se olvidó de incluir el apartado 1º del artículo 515 en la relación de disposiciones derogadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal.

La segunda, aceptar la posible coexistencia, en el espacio de las categorías sinérgicas complejas, de dos figuras con referentes distintos, una, la figura de organización criminal, cuyo referente fenomenológico y axiológico vendría dado por la delincuencia organizada; y otro, la asociación ilícita, cuyo referente vendría dado por un tipo de delincuencia no encuadrable en la definición criminológica de delincuencia organizada.

La tercera posibilidad consistiría en rescatar la tesis de Quintero Olivares a la que ya me he referido, y reservar la figura de la asociación ilícita para aquellas figuras colectivas sinérgicas –simples o complejas– reconducibles a la esfera de los delitos constitucionales. De esta forma podrá asignarse a la figura de la asociación ilícita una función político criminal propia, muy acorde con su función histórica y desvinculada de la función de prevención y control de la delincuencia organizada, puesto que su referente criminológico sería otro.

En mi opinión ninguna de las opciones apuntadas son plenamente satisfactorias. La primera, porque supone un quebranto de las reglas mínimas de la exégesis, por cuanto dejamos sin contenido un precepto penal, privándole *ab initio* de cualquier posibilidad de aplicación. La segunda, porque es difícilmente imaginable un supuesto tipo de delincuencia que hoy no pueda ser abarcado satisfactoriamente por las figuras normativas de delincuencia organizada o grupo criminal. La tercera, por cuanto suscita serios interrogantes sobre la necesidad político criminal de contar con una figura expresamente destinada a tal fin.

3 Naturaleza y función político criminal de la figura de organización ex artículo 570 bis del Código Penal.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal no deja lugar a dudas sobre la naturaleza de la organización criminal: desde el momento en que el texto legal se refiere a un *reparto concertado y coordinado de tareas y funciones*, nos remite de forma inequívoca a una categoría colectiva sinérgica compleja. Tampoco reviste dificultad alguna determinar cuál es su función político criminal, basta con leer la exposición de motivos para comprender que el legislador ha concebido tal categoría como un instrumento para la prevención y control de la delincuencia organizada.

Ahora bien, en mi opinión las afirmaciones contenidas en el párrafo anterior, aun siendo ciertas, no son suficientes para una comprensión última de la figura que tratamos, a menos que se clarifiquen convenientemente dos cuestiones.

La primera cuestión atiende al propio referente fenomenológico de la organización criminal, es decir, a aquella parte de la realidad social (en este caso, la delincuencia organizada) cuya existencia justifica la inserción en el Código Penal de la figura normativa de la organización criminal: existe la figura normativa de la organización criminal porque en la realidad social se da un fenómeno -la delincuencia organizada- para cuya prevención y control se precisa tal figura normativa. Luego si queremos entender la figura de la organización criminal como concreta categoría sinérgica compleja, deberemos entender su referente fenomenológico; esto es, la delincuencia organizada.

La segunda cuestión atiende a su referente axiológico, es decir, al conjunto de valores y principios que conforman la política criminal específicamente orientada a la prevención y control de la delincuencia organizada, política criminal en la que se inserta, junto a otras figuras penales y procesales, la figura normativa de la organización criminal. También ese referente axiológico modula, aunque de forma indirecta, el contenido y alcance del concepto mismo de organización criminal, de donde resulta necesario determinar cuáles son esos valores y principios para tener un cabal conocimiento de lo que debe entenderse por *organización* en el ámbito penal.

Comparto el parecer de quienes piensan que la correcta aplicación del Código Penal exige una dogmática permeable a argumentaciones provenientes de ámbitos ajenos a las ciencias normativas, concretamente de la criminología y de la política criminal. Esta consideración creo que es especialmente importante en la figura de la organización, pues de faltar esa humilde

permeabilidad podríamos aplicar tal figura normativa a realidades sociales que nada tiene que ver con la delincuencia organizada y su capacidad lesiva.

No olvidemos que el núcleo descriptivo de la figura que tratamos (reparto concertado y coordinado de tareas y funciones) es en definitiva una magnitud graduable, que podría encontrarse en formas muy elementales en la más simple de la coautoría, y que únicamente cuando reviste cierta entidad puede propiamente integrar la figura de la organización criminal.

De ahí la necesidad de apoyarnos en los *supuestos frontera*, de instrumentos que ayuden al pensamiento dogmático a decidir si realmente estamos o no ante una organización criminal *ex artículo 570 bis* del Código Penal, y estos instrumentos son, a mi parecer, la criminología (¿realmente este supuesto es encuadrable en la definición criminológica de delincuencia organizada, como referente criminológico de la organización criminal?), y la política criminal (¿realmente es proporcional aplicar a este supuesto los principios y valores propios de la política criminal específica para la prevención y control de la delincuencia organizada?).

3.1 La delincuencia organizada como presupuesto fenomenológico de la figura normativa de organización criminal.

Hasta el momento, he utilizado la expresión *delincuencia organizada* sin necesidad de un mayor detenimiento ni aclaración. Sin embargo, dada la importancia que está llamada a tener en la exégesis de la figura que tratamos, considero necesario un tratamiento científico y más pausado de lo que debe entenderse por el término *delincuencia* y por la expresión *delincuencia organizada*.

3.1.1 La delincuencia como categoría propia de la criminología: consideraciones epistemológicas.

Si admitimos que la figura jurídica de la asociación no es más que una traslación al campo normativo de la categoría criminológica de delincuencia organizada, deberá aceptarse también que el modelo explicativo de este tipo de delincuencia constituya un material básico a partir del cual depurar un concepto jurídico del término *organización*.

Así las cosas, proseguiré mi estudio intentando averiguar si la Criminología está en condiciones de ofrecer al jurista un modelo explicativo de la delincuencia organizada y, en su caso, cuales son los rasgos principales de ese modelo.

Tanto la criminalidad como la delincuencia son dos categorías criminológicas que, como tales, no se refieren al plano normativo sino al plano ontológico.

Con ello digo que su objeto no es un conjunto de delitos entendidos como descripciones abstractas de las distintas figuras delictivas contenidas en el Libro II del Código Penal; sino un conjunto de hechos materiales, históricos y concretos que realizan los distintos tipos de injusto.

En consecuencia, tanto a la criminalidad como especialmente a la delincuencia, le interesan los hechos materiales con todos los elementos que los integran; y no sólo aquellos que han sido seleccionados por el legislador para introducirlos en la descripción típica.

Advertido lo anterior, propongo las siguientes definiciones:

Criminalidad. Llamamos criminalidad al número proporcional de delitos registrados en un determinado tiempo y espacio geográfico. El análisis de criminalidad, en consecuencia, es un estudio cuantitativo de un conjunto de delitos que tiene por objeto la determinación de ese número proporcional de delitos, y se resuelve directamente mediante el método estadístico.

Delincuencia. Llamamos delincuencia al conjunto formado por una determinada clase de delitos. El análisis de delincuencia es, en consecuencia, un estudio cualitativo de un conjunto de delitos que tiene por objeto la formación y delimitación de las distintas clases o tipos de delincuencia.

Ahora bien, un tipo de delincuencia es algo más que la mera suma aritmética de los delitos que lo componen. Ese *plus* cualitativo permite tratar a los tipos de delincuencia como una categoría criminológica propia, independiente de los elementos que la forman y, como tal, susceptible de una valoración por parte del legislador, al margen de la valoración que ya han merecido las distintas figuras delictivas que se integran en un determinado tipo de delincuencia.

Toda clasificación científica está condicionada *ab initio* por la finalidad que la misma persigue, puesto que en función de ella se determinará el criterio de clasificación.

En la esfera normativa, las clasificaciones de los delitos son de todos conocidas, pudiéndose distinguir dos grandes grupos de criterios:

- Legales, son los que tienen por finalidad sistematizar y racionalizar la formulación de la Ley penal, dándole una estructura interna que facilite su aplicación²⁹².
- Dogmáticos, son los que tienen por finalidad facilitar la comprensión y el conocimiento del derecho penal²⁹³.

En la esfera ontológica la cuestión es más compleja. La clasificación criminológica responde a la finalidad político criminal de lograr una mejor prevención y control de la criminalidad.

Al ser distinta la finalidad que ahora perseguimos, los criterios de clasificación jurídicos no serán, al menos en principio, adecuados para su consecución. La Criminología deberá adoptar unos criterios propios capaces de definir distintos tipos de delincuencia que resulten útiles desde el punto de vista político criminal, y para ello es preciso que cada clase de delitos o tipo de delincuencia cumpla, al menos, dos condiciones²⁹⁴:

- Desde una perspectiva fenomenológica, que todos los delitos que forman la clase o tipo de delincuencia tengan uno o varios elementos comunes. Adviértase que nos referimos a elementos comunes y no a términos, por referirnos a los hechos concretos y materiales y no a la formulación lingüística del tipo. En consecuencia, el criminólogo podrá formar los distintos tipos de delincuencia a partir de cualquiera de los infinitos elementos que forman el hecho material, esté o no recogido en la descripción típica.
- Desde una perspectiva axiológica, que ese elemento común que define a la clase sea tan relevante desde un punto de vista político criminal, que justifique la adopción

²⁹² Así, v.g., el legislador agrupa en distintos títulos los delitos por la identidad o proximidad de los bienes jurídicos que protegen; así los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (Título X); Delitos contra el Honor (Título XI); Delitos contra las relaciones familiares (Título XII); etc.

²⁹³ Así, v.g., la doctrina viene distinguiendo entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

²⁹⁴ Adviértase que optamos por un concepto restrictivo de tipo de delincuencia, desde el momento en que exigimos la concurrencia de los dos requisitos que se indican, y no sólo del primero de ellos que, en todo caso, sería suficiente para definir un tipo de delincuencia en un sentido amplio.

de unas opciones político criminales específicas para ese tipo de delincuencia²⁹⁵.

De esta manera, todo tipo de delincuencia deberá poder ser definido desde dos esferas diferentes; en su dimensión fenomenológica, mediante los elementos comunes que identifican a los delitos de su clase; en su dimensión axiológica, mediante la especial valoración político-criminal que la clase merece²⁹⁶.

Luego entiendo por tipo de delincuencia todo conjunto de hechos delictivos que comparten uno o varios elementos comunes (en su definición dimensión fenomenológica) y que merece una valoración político criminal específica y homogénea (en su definición dimensión axiológica), distinta a la de otros conjuntos.

Debe advertirse, sin embargo, que las dimensiones fenomenológica y axiológica que definen un concreto tipo de delincuencia, lejos de funcionar como departamentos estancos, se configuran mutuamente, de tal manera que la determinación de los elementos comunes que deben definir una clase de delincuencia, sólo puede determinarse a la luz de la valoración que esa clase de delincuencia merece. Y viceversa: la valoración que esa clase de

²⁹⁵ No todos los tipos de delincuencia merecen la misma valoración político criminal. Así, con independencia del bien jurídico protegido en cada una de las figuras delictivas que los integran, la sociedad siente la necesidad de tratar de manera diferente unos y otros tipos de delincuencia.

Es más, un tipo de delincuencia, o mejor, la necesidad de definirlo, nace precisamente cuando los poderes constituidos y la sociedad en general, sienten la necesidad de tratar de manera diferente a un grupo hasta entonces heterogéneo de delitos, porque los perciben como distintos, bien debido a una evolución de la sensibilidad social (terrorismo doméstico), bien debido a una evolución de la realidad social (terrorismo de baja intensidad).

En este sentido, podemos afirmar que esa necesidad de trato distinto representa la génesis de cada tipo de delincuencia, pues de no haber existido esa necesidad, no hubiera hecho falta crear el correspondiente tipo de delincuencia.

De ahí que la huella genética de cada tipo de delincuencia, por utilizar un símil criminalístico, se halle precisamente en la justificación de esa necesidad o, lo que es lo mismo, en el motivo por el cual, en un momento dado, la sociedad sintió la necesidad de tratar de forma distinta a ese grupo de delitos.

²⁹⁶ Un ejemplo paradigmático de clase de delitos o tipo de delincuencia útil desde un punto de vista político criminal, lo constituye la llamada delincuencia juvenil. Desde la perspectiva fenomenológica, el elemento común que poseen los delitos que forman este tipo de delincuencia, lo constituye la edad del sujeto activo; y desde una perspectiva axiológica, ese elemento es lo suficientemente relevante como para que se adopten unas opciones político-criminales específicas cuya aplicación a otras clases de delitos no sería justificable.

delincuencia merece, sólo puede determinarse a la luz de los elementos comunes que deben ser desvalorados.

En consecuencia, al intentar definir un concreto tipo de delincuencia, deberemos tener muy presente el problema metodológico que plantea esa especial relación entre ambas dimensiones, lo que nos obligará a tener una referencia axiológica para la definición fenomenológica y, a su vez, una referencia fenomenológica para la definición axiológica.

El elemento o elementos comunes a los delitos que integran una determinada clase de delincuencia, realizan una función delimitadora del objeto de estudio, en la medida en que sirven de criterio de inclusión o exclusión de hechos delictivos en el tipo de delincuencia de que se trate; pero por sí sola, la determinación de los repetidos elementos comunes es insuficiente para comprender un determinado tipo de delincuencia en toda su complejidad criminológica²⁹⁷.

El conocimiento de un tipo de delincuencia no consiste, pues, en la identificación de los elementos comunes a los hechos delictivos que la integran, sino en la formación de un modelo explicativo del mismo, es decir, en la formación de una representación intelectual capaz de dar razón sobre su etiología, fenomenología, funcionamiento interno y evolución, así como de sus relaciones con otros tipos de delincuencia y fenómenos sociales.

Sólo a partir de un modelo explicativo concreto de cada tipo de delincuencia, desde la política criminal se puede desarrollar una estrategia específica para su prevención y control.

En consecuencia, a un determinado tipo de delincuencia le pueden corresponder, sucesiva o simultáneamente, varios modelos explicativos. Por tanto, la primera opción político criminal que debe adoptarse es la elección del modelo criminológico en función del cual se definirá esa estrategia de prevención y control.

La formación de los diferentes modelos explicativos de cada una de los distintos tipos de delincuencia corresponde a la Criminología.

Por ello la formación de los mismos se realizará mediante el método propio de esta ciencia, el empírico, y a partir de una perspectiva

²⁹⁷ Así, v.g el dato de que la delincuencia juvenil está formada por un conjunto de delitos que tiene como elemento común la corta edad del sujeto activo, nos sirve para incluir o excluir de la categoría los distintos hechos delictivos según concurra o no en ellos el citado elemento; pero nos resulta insuficiente para comprender en su totalidad la delincuencia juvenil como categoría autónoma.

MODELO EXPLICATIVO INICIAL

MODELO EXPLICATIVO FINAL

TIPO DE DELINCUENCIA
(DELINCUENCIA ORGANIZADA)

Luego cuando el criminólogo se propone estudiar un determinado tipo de delincuencia, es decir, cuando se propone alcanzar un modelo explicativo del mismo, no parte de un vacío intelectual que irá llenando la observación, parte de una idea previa o M.E.I (modelo explicativo inicial). que le permite, cuando menos, reconocer la existencia de su objeto de estudio y distinguirlo de otros tipos de delincuencia.

3.1.2 Presupuestos fenomenológicos: la ausencia de un modelo explicativo final, acabado y consensuado de delincuencia organizada.

En el ámbito propio de la Criminología y por cuanto a la delincuencia organizada se refiere, no contamos ni con una delimitación clara de este tipo de delincuencia, ni mucho menos con un modelo explicativo final con el suficiente consenso científico como para ser tenido en cuenta.

La principal dificultad que encuentra el criminólogo a la hora de definir el tipo de delincuencia, reside, principalmente, en su definición fenomenológica, es decir, en la determinación e individualización de los elementos propios de la clase.

El origen de esa dificultad se encuentra en la naturaleza misma de este tipo de delincuencia, a saber, en su mutabilidad y pluriformidad.

En cuanto a la falta de un modelo explicativo final ampliamente admitido, las dificultades son consecuencia tanto de la diversidad de los modelos explicativos iniciales de los que se parte, como de la dificultad para contrastarlos con la realidad, problema éste último agravado por la falta de

-
- Porque en función del M.E.I., consideramos relevantes unos aspectos del tipo de delincuencia que estudiamos, y despreciamos otros.

adecuación de las estadísticas oficiales para el estudio de esta clase de delincuencia.

Así las cosas, se entenderá que el debate criminológico no sólo afecte a la propia terminología, sino que se llegue a cuestionar incluso si la expresión “delincuencia organizada” es capaz de designar realidades y fenómenos sociales reducibles a un común denominador.

Cuanto hasta aquí he expuesto permite entender la complejidad que reviste el intento de reducir a un denominador común manifestaciones tan dispares y dependientes de contextos históricos y geopolíticos diferentes, como difícilmente aprehensibles. A ello hay que añadir la diversidad de perspectivas con las que se aborda el intento, cada una dependiente de los propios puntos de partida con frecuencia entremezclados.

No es de extrañar, por ello, que en ocasiones, o bien se juzgue del todo imposible alcanzar un concepto universalmente admitido de delincuencia organizada, o bien, por la imprecisión y ambigüedad de los conceptos propuestos, acaben siendo considerados de poca utilidad para el jurista.³⁰¹

³⁰¹ Tal es el caso de los siguientes autores:

ANARTE BORRALLO. *Op. cit.* Pág. 20. “No es de extrañar por ello que se llegue, en ocasiones, a juzgar del todo imposible alcanzar un concepto o que, por la generalidad y ambigüedad con que éste termina siendo configurado, se estime de escasa utilidad y que se plantee sustituir el expediente contextual por la fijación de los límites.

BRODEUR. <<Le crime organisé hors de lui-même: tendances récentes de la recherche.>>, in *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*. 2/98. Geneve. 1998. Pag. 189. “Paradoxalement, même si l’on n’a jamais autant parlé du crime organisé, on n’a jamais été si loin d’entendre de façon précise ce que signifiait cette expression de crime organisé.”

BRODEUR. *Op.cit.* pag. 213-214. “Le problème qu’il faut résoudre en relation avec la notion d’organisation, quand elle est appliquée au crime, nous semble être le suivant. [...] L’utilisation du participe passé “organisé” dans la notion de crime “organisé” connote une certaine rigidité et une certaine fixité des structures qui lieraient les personnes opérant ensemble au sein d’activités criminelles. Sans avoir l’ambition de supplanter cette notion de crime organisé, qui a maintenant pris racine dans le vocabulaire, nous aimerons soumettre à la réflexion cette idée que le crime organisé est surtout un crime organisant. Cette idée contient deux éléments. L’emploi du participe présent a pour fin de signifier que les structures des associations criminelles ne sont pas figées dans la forme d’une bureaucratie ou d’une armée du crime mais qu’elles sont ouvertes, inachevées et en mutation constante. En second lieu, le crime organisant se structure d’au moins trois façons: (i) il s’organise d’abord lui-même; (ii) mais de façon parallèle il organise aussi les autres, ceux-ci étant constitués d’autres groupes criminalisés avec lesquels le noyau qui s’organise peut tenter de conclure des alliances et de se mettre en réseau; (iii) les “autres” signifient également des entreprises légitimes que le crime organisant peut tenter d’arraisonner.”

SCHNEIDER. <<Recientes Investigaciones criminológicas sobre criminalidad organizada>> in “*Revista de derecho penal y Criminología*”. 3/93. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 1993. pag. 725. “El concepto de la “criminalidad organizada” es un tipo ideal, una generalización, que

probablemente no existe en forma pura, pero que, a pesar de ello, representa un recurso heurístico útil para el análisis científico. El problema no está tanto en el concepto de "criminalidad", sino más bien en el concepto de "Organización". Es difícil averiguar el grado de organización. Esto se debe a que la criminalidad organizada es un continuo: hay grupos poco organizados, medio organizados y altamente organizados. En la realidad, ella manifiesta rasgos diferentes en los distintos países y regiones del mundo. El tipo ideal existe sólo como forma modificada."

QUELOZ. *"Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée: le cas de l'Europe."*, in *"Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé."* Oct. Déc. 1997. Paris. pags. 766-767. *"Enfin, je tiens à relever une difficulté étymologique et conceptuelle inhérente au débat épistémologique en criminologie: -dans les langues latines en particulier, le concept de "crime" (comme acte prohibé – illégal) désigne surtout un comportement humain individuel (analysé classiquement sous l'angle de la criminologie du passage à l'acte et, plus récemment, de la criminologie de l'acte. [...] alors que le concept de "criminalité" renvoie, quantitativement à un ensemble de crimes (commis > connus > sanctionnés) dans un espace donné et, quantitativement, à des processus de confrontations sociales complexes entre acteurs du contrôle et de la réaction sociale et acteurs délinquants. [...] Dans ce sens, je considère que le terme de criminalité organisée est plus juste et adéquat que celui de crime organisé (organized crime), puisque l'on a bel et bien affaire, en l'occurrence, à un ensemble de comportements criminels de natures diverses (hétérogènes), qui s'inscrivent dans une dynamique de confrontations et alliances collectives, et non pas seulement à des actes criminels individuels et isolés."*

³⁰¹QUELOZ. *Op.Cit.* pag. 767. *"Aujourd'hui, si la criminalité organisée est objet de préoccupations constantes en politique criminelle, le concept criminologique lui-même reste trop vague, recouvre une qualité très vaste et les modèles de compréhension et d'explication demeurent largement dispersés: on en dispose encore que de diverses pièces du "patchwork" et non d'une vision intégrée de sa structure globale."*

SCALFANI. <<Fenomenologia, etiologia, controllo e prevenzione della criminalità organizzata nella Russia post-comunista. Analisi e prospettive>>. *"Resegna Italiana di Criminologia"*. Anno VIII. N.1. Gennaio/ 97, Giuffrè Editore. Milán. 1997. Nota 10 de la pag. 157. *"La questione definitoria è aperta, dal momento che quella organizzata è un tipo di criminalità multiforme e pluridimensionale che si distingue per la specificità della cause, le particolarità della struttura, l'originalità del modus operandi, la varietà delle manifestazioni, la diversità delle motivazioni, il nesso diretto e immediato tra il suo agire e le attività (illegali e legali) finalizzate ai suoi scopi, le interconnessioni anche indirette con il mondo economico-produttivo e politico. Di qui la molteplicità delle proposte di definizione."*

LAGAZZI, MARUGO. *"La ricerca in tema di criminalità organizzata: approci interpretativi e problematiche metodologiche."* in *La Criminalità Organizzata*. Giuffrè Editore. Milano. 1993. Pág.1. *"La ricerca in tema di criminalità organizzata rappresenta uno dei settori di studio maggiormente complessi e contraddittori della criminologia contemporanea, in quanto risentiti limitazioni epistemologiche, teoriche e operative così rilevanti da rendere talvolta soggettivi, e solo parzialmente condivisibili e utilizzabili, i dati emersi dalle indagini realizzate."*

LAGAZZI, MARUGO; *Op.cit.* pag. 2. *"Il primo e fondamentale problema della ricerca in tema di criminalità organizzata si identifica nell'elaborazione di una definizione condivisibile e concretamente utilizzabile del fenomeno che i ricercatori si propongono di analizzare. Nel corso degli anni il termine <<criminalità organizzata>> è stato infatti a fenomeni e comportamenti altamente differenziati, de è stato elaborato sulla base di nozioni derivanti da approcci di ricerca e da contesti di indagine centrati su criteri così diversificati da non essere in alcun modo riconducibili ad un denominatore comune."*

ZARAGOZA AGUADO. *Op. cit.* Págs. 53-54. *"Como punto de partida, decir que no existe un modelo único de organización delictiva transnacional. [...] En consecuencia, no es fácil encontrar una definición de delincuencia organizada que comprenda grupos delictivos tan dispares. Es posible que a través del análisis de sus rasgos característicos podamos ser capaces de formular un concepto con suficiente"*

Con todo existen algunos rasgos de este tipo de delincuencia sobre cuya necesaria concurrencia parece existir un cierto grado de consenso, como han advertido Blakesley³⁰², Schneider³⁰³ y Quelloz³⁰⁴ en sus respectivos trabajos:

a- El concepto de delincuencia organizada según Blakesley:

“El crimen organizado puede adoptar varias formas, puede utilizar diversos métodos de acción, estrategias y tácticas, y tiene varias características o rasgos, indicados por varios informadores, que incluyen, aunque no los limitan, los siguientes:

Intimidación, violencia y terror

Corrupción (como un método, estrategia o táctica)

Internamente muy sofisticados (¿jerárquicamente? ¿de naturaleza corporativa?)

Sofisticación

Empleo del velo corporativo (Ley del silencio) para aislar a sus miembros, especialmente a los líderes

Empleo de empresas “interpuestas” o corporaciones falsas

Creación de apariencia de legitimidad

Integración o aparente integración en la sociedad en general

Ritual –¿secreto?--

Un sentido de unión o comunidad entre los miembros

Un impacto internacional o nacional.

También pueden incluirse algunos de lo siguientes rasgos en relación con los indicados arriba:

División del trabajo.

Naturaleza depredadora

Continuidad

Disciplina

Ideología

Múltiples empresas

Implicación de empresas legítimas

Apoyo mutuo e intimidación.

vocación de universalidad y que responda a la dimensión de globalidad que el tratamiento político criminal del problema requiere.”

³⁰² BLAKESLEY. *Op. cit.* 1997. Pag. 127.

³⁰³ SCHNEIDER. *Op. cit.* Pags. 725 y sigs.

³⁰⁴ QUELLOZ. *Op. cit.* Pag. 771.

Algunos de estos rasgos o características pueden también considerarse elementos de una definición legal, que debe incluir un elemento objetivo (actus reus) y un elemento subjetivo (mens rea), que se combinen con la causación de un daño social.”

b- El concepto de delincuencia organizada según Schenider:

“Los diez criterios siguientes, son característicos para la criminalidad organizada:

Satisface las necesidades de una parte de la población en cuanto a bienes y servicios ilegales que son prohibidos por las Leyes, las cuales no son aceptadas por esta parte de la población.[...]

Escoge sus actividades ilegales pretendiendo minimizar en lo más posible tanto el riesgo de ser descubiertas y procesadas como los esfuerzos y gastos necesarios para tal motivo y, a la vez, maximizar lo más rápida y fácilmente los beneficios.[...]

La criminalidad organizada es criminalidad nuclear en torno de la que nacen otras formas de criminalidad.[...]

El grupo delictivo se ha formado con el fin de ofrecer servicios ilegales y de producir, transportar y distribuir mercancías ilegales.[...]

Dentro de cada grupo delictivo dominan la planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racionalmente y la distribución de roles (división del trabajo).[...]

Los grupos delictivos siguen unas normas subculturales, una especie de <<convenio tácito>>. Cada miembro está obligado a la absoluta lealtad frente al sindicato.

La violencia representa, sin duda, el último recurso que emplea el grupo en el afán de mantener las normas delictivas.

La organización criminal pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales [...]

Los protectores, consejeros y patrocinadores en la policía, justicia, política y economía forman una zona intermediaria en torno al grupo delictivo.[...]

La criminalidad organizada opera a nivel internacional y muestra una gran movilidad en ello.”

c- El concepto de delincuencia organizada según Quelloz.

“A des fins opératoires et heuristiques, je propose la définition suivante de la criminalité organisée, qui en souligne ses caractéristiques essentielles:

Elle est le fait de groupements ou d'associations criminelles.

Poursuivent une volonté délibérée de commettre des actes délictueux, soit exclusivement, soit en lien avec des activités légales.

La preparation, la méthode et l'exécution des tâches se caractérisent par une organisation rigoureuse, strategique et professionnelle.

Elle est une veritable entreprise ou industrie du crime, visant une stratégie de rationalisation et d'extension internationale.

Opère dans les 3 grands domaines d'activités suivants, sans toutefois négliger ses liens étroits avec la "petite criminalité" ou microcriminalité" acquisitive quotidienne: (street crime):

La criminalité organisée de violence.

L'organisation d'activités et de trafics illicites extrêmement rémunérateurs.

La criminalité "en col blanc" ou criminalité économique et d'affaires.

Elle procure par conséquent des gains importants, voire gigantesques, qui assurent à ses auteurs des moyens élevés:

D'existence

De poursuite de leus activités

D'influence et de pression considérables.

Sa structuration en filières et en réseaux nationaux et transnationaux."

En cualquier caso lo cierto es que, hoy por hoy, las ciencias empíricas no están en condiciones de ofrecer al jurista un concepto preciso de delincuencia organizada³⁰⁵. Este vacío se deja sentir en el ámbito normativo,

³⁰⁵ Llegados a este punto, no puedo dejar de señalar el concepto de delincuencia organizada propuesto desde por la Fiscalía General del Estado, desde la repetida circular2/2011. " *En el campo criminológico se ha puesto de manifiesto la complejidad del concepto de criminalidad organizada, ya que bajo dicha denominación se integran una multiplicidad de fenómenos y realidades muy diferentes. Así, junto a las organizaciones criminales clásicas (la Cosa Nostra norteamericana, las mafias italianas, los cárteles mexicanos y colombianos, las mafias rusas, las triadas chinas o los yakuza japoneses) existen otros grupos que presentan diferencias notables en cuanto a estructura interna, número de miembros, permanencia en el tiempo, formas de actuación, etc., que no obstante podrían ser incluidos en ese mismo concepto. Igualmente se detectan grandes diferencias en atención a factores como la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, su composición étnica, etc., de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas y poco violentas, etc.*

Al respecto, cabe señalar que en el marco de la investigación policial transnacional se han establecido determinadas pautas a partir de las cuales cabe considerar que existe crimen organizado. Concretamente si se dan como mínimo seis signos característicos de entre los que se mencionan a continuación, que igualmente operan como indicadores de calidad y que permiten establecer, en atención a su intensidad, cuál es el nivel de riesgo que presentan los distintos grupos:

- 1. Existencia de un grupo de personas más o menos numeroso.*
- 2. Reparto de tareas o de papeles entre los miembros del grupo con existencia de rígidas normas de disciplina interna y de una jerarquía, a veces extravagante. Suele tener lugar una situación de aislamiento como forma de protección de los cabecillas del grupo mediante la interposición de testaferros, la autoinculpación de los subordinados en sede judicial o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas.*
- 3. Actuación prolongada en el tiempo o indefinida.*

pues tanto el legislador como el intérprete se ven abocados a formar el significado normativo del concepto sin un referente criminológico lo suficientemente claro y consensuado.

3.2 La delincuencia organizada como presupuesto axiológico de la figura normativa de organización criminal.

Sintetizada la dimensión fenomenológica de la delincuencia organizada, pasaré a analizar ahora su dimensión axiológica. Me interesa destacar como el fenómeno de la delincuencia organizada ha merecido un tratamiento especial en la esfera punitiva, de tal manera que se ha ido desarrollando una verdadera política criminal autónoma y específica para su prevención y control.

3.2.1 Introducción: la política criminal como política social.

Como es sabido, desde que Franz Von Liszt acuñara el término *política criminal*, ha sido entendido desde muy diversos planteamientos a lo largo del pensamiento penal contemporáneo, existiendo importantes divergencias entre las concepciones propuestas desde escuelas distintas.

Por ello, juzgo conveniente advertir al lector que utilizaré la expresión *política criminal* en el primero y mas laxo de los sentidos explicados por Borja Jiménez en su obra *Curso de política criminal*³⁰⁶, es decir, como *aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar*

4. *Comisión de actos delictivos graves. Se despliegan habitualmente técnicas o métodos complejos de ejecución para garantizar el éxito de las actividades delictivas. Cabría citar el uso de alta tecnología para las comunicaciones, las destrezas financieras en el manejo de fondos o distintas formas de relación con la función pública.*

5. *Actuaciones transnacionales o intensa movilidad territorial dentro del Estado.*

6. *Uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave.*

7. *Utilización de instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales. Es habitual el uso de cualificados profesionales o expertos para garantizar el éxito de sus actividades delictivas.*

8. *Actividades de blanqueo de capitales.*

9. *Influencia sobre cargos públicos o personas que desempeñen su función en la esfera política, medios de comunicación social, funcionarios de la Administración Pública, y/o de la Administración de Justicia o sobre la actividad económica mediante la corrupción.*

10. *Finalidad primordial de obtención continuada de beneficios económicos o de cualquiera de las diversas formas de influencia política, social o económica."*

³⁰⁶ BORJA JIMÉNEZ. *Curso de política criminal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Pag. 22.

*frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad*³⁰⁷, por contraposición al concepto de política criminal entendida como disciplina o, en palabras del citado autor, como *aquel sector del conocimiento que tiene como objetivo el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal*³⁰⁸.

3.2.2 La política criminal específica en materia de delincuencia organizada: sus principios y criterios rectores.

Analizaré ahora si resulta justificado referirnos a una política criminal diferenciada en materia de delincuencia organizada y, en su caso, cuáles son los criterios o principios que la definen.

Tal pretensión me obliga a realizar un estudio particular de las distintas instituciones procesales y penales que, de forma indubitada,³⁰⁹ están directa y expresamente relacionadas con este tipo de delincuencia, para por deducción, determinar luego cuales son estos criterios y principios a los que me he referido, si es que efectivamente los hay.

Debo advertir, no obstante, que no puede afirmarse una unidad sistemática entre todos los instrumentos jurídicos, penales y procesales, jurisprudenciales y legales, que tienen por objeto específico el control de este tipo de delincuencia.

Antes al contrario, existe más bien una superposición de medidas que únicamente comparten la misma finalidad y que, dispersas por todo nuestro ordenamiento jurídico, se ignoran mutuamente, carencia muy notable no sólo a la hora de intentar una aproximación dogmática a cada una de las distintas figuras en particular, sino también a la hora de hallar su común denominador en la esfera político-criminal.

Advertido lo anterior y por cuanto a continuación se dirá, puedo afirmar taxativamente la existencia de una política criminal específicamente desarrollada para la prevención y control de la delincuencia organizada, cuyas manifestaciones concretas se dejan ver tanto en el derecho procesal penal como en el derecho penal sustantivo, y cuyo origen unas veces es legal, mediante la creación de instituciones *ad hoc*, y otras jurisprudencial, mediante

³⁰⁷ BORJA JIMÉNEZ. *Op.cit.*, Pág. 22.

³⁰⁸ BORJA JIMÉNEZ. *Op.cit.* Pág. 23.

la aplicación de doctrinas contrarias a las que habitualmente mantiene el Tribunal Supremo fuera del ámbito de la delincuencia organizada.

Con el ánimo de no extenderme más de lo imprescindible para alcanzar los fines que ahora persigo, voy a ordenar sistemáticamente esas distintas especialidades y a referirnos brevemente a cada una de ellas.

3.2.2.1 Especialidades procesales en materia de delincuencia organizada de origen jurisprudencial.

Concurren en este campo dos especialidades distintas, la relativa a la aplicación del artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la relativa a la aplicación del artículo 710 del mismo cuerpo legal. Veamos la una y la otra.

3.2.2.1.1 Especialidad relativa al artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³¹⁰.

Este precepto establece que el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, sin duda como garantía de los derechos fundamentales a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad que se ven sacrificados en la práctica de las diligencias de entrada y registro.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en numerosísima, constante y reiterada jurisprudencia ³¹¹, mantiene que ese fundamento debe cumplimentarse en el doble sentido de:

- La proporcionalidad, atendiendo a la relación entre la intromisión en la intimidad de la persona y la finalidad de la investigación, valorando la gravedad de la pena del delito investigado y su trascendencia social;
- La motivación, referida al grado de sospecha necesario para decretar la medida, es decir, a la demostración de que existen elementos suficientes para fundar la sospecha de la comisión de

³¹⁰ Art. 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *“El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.”*

³¹¹ Por todas, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Octubre 1996.**

un delito³¹², puesto que sólo así la resolución puede ser reconocida como una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico, y no como un puro mandato arbitrario³¹³, y los destinatarios pueden conocer las razones del sacrificio de su derecho.

Con respecto a ese *grado de sospecha suficiente* que conforma el núcleo de la motivación, y sin el cual se entendería que la diligencia de investigación ha sido practicada con la vulneración de derechos fundamentales, con el efecto contaminante que ello comporta sobre las pruebas directamente obtenidas y sobre aquellas que traigan causa de la misma, el Tribunal Supremo ha mantenido:

- Que al no ser ni la diligencia de entrada y registro ni la de intervención telefónica posteriores al descubrimiento del delito, sino dirigidas a su averiguación, el *fumus boni iuris* tiene una intensidad menor, por la sencilla razón de que la autorización judicial es en defecto de flagrancia, supuesto en el que queda excusada aquélla precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia, esta evidencia no es exigible en el otro caso; es decir, de existir pruebas y constancia del delito es *superflua la autorización, que si se adopta en fase de investigación es precisamente para comprobar y corroborar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga y que está en fase de presunción, por lo que sobre él no tiene que existir una prueba*³¹⁴.
- Que, sin embargo, es *condicio sine qua non* la constancia de indicios, lo que no puede jamás equivaler a sospechas o conjeturas³¹⁵.

Pues bien, en materia de delincuencia organizada el Tribunal Supremo **ha reducido a su mínima expresión cuantitativa y cualitativa el fundamento del auto** a que se refiere el artículo 558 L.E.Crim, exigiendo la

³¹² Las líneas indicadas en cursiva, son han sido tomadas literalmente de la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de Marzo de 1994**.

³¹³ Las líneas indicadas en cursiva, han sido tomadas literalmente de la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de Octubre de 1996**.

³¹⁴ Las líneas indicadas en cursiva han sido tomadas literalmente de la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Octubre de 1996**.

³¹⁵ Las líneas indicadas en cursiva han sido tomadas literalmente de la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de Julio de 1993**.

conurrencia de un solo indicio del mínimo peso específico, la confidencia hecha por un tercero a la policía:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de Marzo 1994: “ *El artículo 558 L.E.Crim establece que el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado. Estos fundamentos se deben referir al grado de sospecha necesario para decretar la medida, es decir, a la demostración de que existen elementos suficientes desde el punto de vista de la experiencia criminalística para fundar la sospecha de comisión de un delito. Es evidente que esto requiere una ponderación caso por caso de las circunstancias y que no es una técnica judicial adecuada que los jueces requeridos resuelvan estas cuestiones mediante impresos que carecen de toda referencia al caso concreto. Sin embargo, en tales casos la nulidad de la medida sólo puede ser decretada cuando la decisión, sin perjuicio de haber sido decidida mediante un impreso, carece realmente de apoyo en sospechas fundadas. En este sentido es necesario tener en cuenta que la experiencia criminalística que permite fundar la sospecha se debe considerar en relación a la especie del delito del que se trate y, en particular, al tipo de investigaciones policiales necesarias para el descubrimiento del mismo. En el caso del tráfico de drogas, en el que los hechos se llevan a cabo a través de redes clandestinas de producción y distribución de la droga y de organización que frecuentemente sólo se conoce a través de los eslabones últimos del tráfico, **son de aplicación técnicas policiales de persecución de una delincuencia organizada a gran escala que no serían justificables en otros delitos de configuración más individualizada. Por lo tanto, en estos casos la existencia de noticias confidenciales en la policía, constituye ya un grado de sospecha suficiente para acordar la entrada y registro.***”

Me parece importante resaltar que la citada resolución otorga, por primera vez en derecho procesal penal, naturaleza y relevancia jurídica propia a la categoría criminológica de delincuencia organizada, en la medida en que sirve para fundamentar un tratamiento especial y excepcional por parte de los Tribunales.

Este tratamiento excepcional no se justifica en relación a la gravedad del delito investigado -tráfico de drogas- sino, insistimos, en relación a una segunda valoración jurídica que tiene por objeto el tipo de delincuencia en el que se ubica dicho delito.

Otra cosa es que en España el desarrollo del tratamiento penal y procesal de la delincuencia organizada como categoría jurídica, haya transcurrido paralelo al desarrollo penal y procesal del tráfico de drogas, al ser esta la principal actividad en nuestro país de la delincuencia organizada y, en consecuencia, exista una cierta identificación entre las técnicas de investigación desarrolladas para el control de la delincuencia organizada y el control de los delitos contra la salud pública.

Así, cuando el Tribunal Supremo, en ocasiones posteriores a la sentencia transcrita, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el grado de sospecha

necesario para dar cumplimiento constitucional a la motivación exigida en el art. 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, simplemente omitió una nueva referencia explícita a la categoría de delincuencia organizada, sobre la que fundamenta la afirmación de que las noticias confidenciales constituyen un grado de sospecha suficiente en materia de delitos contra la salud pública, si bien aludió, en la resolución que le sucedió inmediatamente en la construcción de esta línea jurisprudencial -y esto nos parece muy significativo-, a la ya señalada Sentencia de 22 de Marzo de 1994, asumiendo, por tanto, su argumentación:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de Noviembre 1995: “... la solicitud de la policía al Juez para la entrada y registro domiciliario se hace para fundamentar la restricción del derecho fundamental, y únicamente ha de rechazarse si no se apoya en sospechas fundadas[...]. Respecto al tráfico de drogas, las noticias confidenciales ya son un grado de sospecha suficiente (Cfr. T.S. 2ª S 22 Mar. 1994); hay ciertos casos en los que, cuando de la etapa inicial de las investigaciones se trata, la policía no puede hacer público el nombre de sus confidentes ni aportar testigos presenciales de algunas conductas dudosas, pues ello podría frustrar completamente la labor que se quiere llevar a cabo.”

A partir de esa resolución, el Tribunal Supremo omitió ya toda referencia a la fundamentación de ese especial tratamiento, sin que por ello, y por cuanto hemos argumentado, me parezca lícito pensar que el citado Tribunal cambió las razones últimas de su argumentación y, en consecuencia, de su excepción:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de Diciembre 1996: “... respecto al tráfico de drogas se ha dicho que las noticias confidenciales ya son un grado de sospecha suficiente, y la policía no puede ofrecer más datos sin frustrar la investigación.”

3.2.2.1.2 Especialidad relativa al artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³¹⁶.

Sabido es que la jurisprudencia de nuestra Sala Segunda no reconoce *plena eficacia*³¹⁷ como prueba de cargo única o principal a las declaraciones de los llamados testigos de referencia cuando estas sustituyen a un testigo directo, por la vulneración del principio de intermediación en la práctica de la prueba y del

³¹⁶ Art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. “Los testigos expresarán la razón de su dicho, y si fuere de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado.”

³¹⁷ En expresión utilizada por el Tribunal Supremo. **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 1995.**

derecho de la defensa a interrogar a los testigos a que se refiere el artículo 6.3 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

Por ello, únicamente venía admitiendo de forma excepcional el testimonio de referencia en los tres supuestos en los que, entendía, existe imposibilidad material de que compareciera el testigo directo; a saber, cuando se trataba de testigos directos fallecidos, en el extranjero o en paradero desconocido.

Mediante la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 19 de enero de 1988**, reconoció que ese régimen de excepción debía ser aplicado también en los procesos seguidos contra delitos incardinables en la criminalidad organizada, afirmando:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero 1988: *“La doctrina procesal europea ha formulado serias reservas respecto de la admisibilidad del testigo de referencia o “testigo de oídas”, testimonio que llega a conocimiento de la Audiencia por medio de otro testigo. Las opiniones más estrictas en esta materia niegan, inclusive sin excepciones, que tales “testigos” puedan ser tomados en cuenta por el Tribunal como fundamento de su convicción,[...]. Sin embargo, se debe reconocer que tales principios pueden reconocer excepciones, aunque las mismas deban ser extraordinariamente restringidas, tales excepciones se han fundamentado, consecuentemente, en la necesidad insuperable que puede surgir en la lucha contra formas altamente peligrosas de criminalidad organizada y requieren, en todo caso, una ratificación de los dichos del ausente acreditada por otros medios de prueba.”.*

A diferencia de lo ocurrido en la aplicación específica del artículo 558 Ley de Enjuiciamiento Criminal en supuestos de delincuencia organizada, ahora simplemente se aplica la regla general -estructurada a partir del principio de posibilidad o imposibilidad material de comparecencia del testigo de referencia al acto de juicio- a un nuevo supuesto, el de la delincuencia organizada, pero sin variar el criterio rector.

3.2.2.2 Especialidades procesales en materia de delincuencia organizada de origen legal.

La Ley Orgánica 5/99, de fecha 13 de enero, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Materia de Perfeccionamiento de la Acción Investigadora Relacionada con el Tráfico Ilegal de Drogas y Otras Actividades Ilícitas Graves, promulgada con la voluntad de superar *la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de*

Naturaleza y función político criminal de las figuras de asociación ilícita, organización y grupo criminal.

*criminalidad organizada*³¹⁸, regula algunas especialidades procesales de exclusiva aplicación en la instrucción de delitos relacionados con la delincuencia organizada.

3.2.2.2.1 La entrega vigilada.

La nueva redacción del artículo 263 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que la citada Ley Orgánica lleva a término, modifica la regulación de esta figura [...] *que hasta este momento estaba referida exclusivamente al delito de tráfico de drogas, para extenderla también a otras formas de criminalidad organizada*³¹⁹.

En el apartado 2 del citado artículo, el legislador nos ofrece una definición legal de la diligencia de circulación o entrega vigilada:

Art. 263 *bis*.2. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”.*

3.2.2.2.2 El agente encubierto.

Esta institución es regulada mediante la introducción del artículo 282 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el que se proporciona

³¹⁸ Las líneas indicadas en cursiva, han sido tomadas literalmente de la exposición de motivos de la repetida Ley Orgánica 5/99 de 13 de enero.

³¹⁹ Las líneas indicadas en cursiva han sido tomadas literalmente de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/99 de 13 de enero.

habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada delincuencia organizada³²⁰.

En síntesis, el precepto permite que el Juez de Instrucción competente o incluso el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, autoricen a funcionarios de la Policía Judicial a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

3.2.2.2.3 La excepción de la garantía procesal prevista en el artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ex artículo 263 bis 4 del mismo cuerpo legal³²¹.

Como ya sabemos, en el apartado 4 del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el legislador establece una excepción al régimen general de apertura de correspondencia postal regulado en el Título VIII del Libro segundo del citado cuerpo legal, suprimiendo el derecho-garantía del interesado a ser citado para asistir personalmente o designar a una persona de su confianza que presencie la apertura y registro de la correspondencia retenida.

El fundamento de dicha excepción es puramente operativo y doblemente motivado. Se trata, por una parte, de asegurar que el contenedor donde supuestamente se transporta el estupefaciente³²² objeto de circulación y entrega vigilada, oculta efectivamente la misma en su interior, a fin de evitar en lo posible dispositivos complejos, costosos y finalmente estériles y, por otra, de

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ Art. 263 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *“La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley.”*

³²² Llama poderosamente la atención el hecho de que el legislador, en el apartado 4 del artículo 263 bis. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se “olvide” de los demás objetos que pueden ser susceptibles de circulación o entrega vigilada y a los que acaba de referirse en los dos apartados anteriores, restringiendo lo dispuesto en el apartado último del precepto que nos ocupa, exclusivamente, a los envíos postales sospechosos de contener estupefacientes; máxime cuando es el propio legislador quien en la exposición de motivos de la repetida Ley Orgánica 5/99 manifiesta su voluntad de modificar la figura de la “entrega vigilada” para extenderla también a otras formas de criminalidad organizada, sin que exista razón político criminal alguna capaz de justificar esta omisión que a nuestro parecer, sólo responde a un lamentable error técnico legislativo.

posibilitar la sustitución de esa sustancia cambiando la prohibida por otra inocua, a fin de minimizar uno de los riesgos que toda circulación o entrega vigilada lleva implícitos, y que no es otro que el de la posibilidad de fracaso del operativo de seguimiento y observación policial, con la consecuente pérdida de la sustancia y entrada de la misma en el mercado ilícito.

De lo dicho en el párrafo anterior se desprende la vinculación, no sólo sistemática (por su ubicación en el último apartado del artículo 263 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino también material de la excepción que nos ocupa con la figura de circulación y entrega vigilada: adquiere sentido y justificación la excepción de constante referencia, sólo cuando se trata de una apertura *auxiliar* de la circulación o entrega vigilada, para comprobar que efectivamente se está ante una sustancia prohibida, y para proceder a la sustitución de la misma³²³.

3.2.2.3 Especialidades penales en materia de delincuencia organizada de origen legal.

En este apartado me referiré, en primer lugar, a una institución penal de indudable carácter sustantivo, si bien el legislador ha optado por regularla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en el apartado 5 del artículo

³²³ Sin embargo, mediante una interpretación literal del precepto, no podemos llegar a la misma conclusión, toda vez que el legislador determina su ámbito de aplicación exclusivamente por razón del supuesto contenido: *la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes*.

Luego podría concluirse que siempre que estemos ante una diligencia de apertura de un envío sospechoso de contener drogas o sustancias estupefacientes, se aplicará automáticamente el párrafo cuarto del 263 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no el 584 del mismo cuerpo legal, de tal manera que la prueba será perfectamente lícita sin la correspondiente citación del interesado a los efectos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Me parece que ello no es así. La categoría de derecho fundamental que en nuestro ordenamiento jurídico tiene el secreto de las comunicaciones, exige una interpretación restrictiva de los preceptos procesales que menoscaban las garantías legales de las que gozan estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico; la presencia del interesado o de la persona por él designada en el momento de la apertura del envío postal, supone una garantía para el mismo que no puede ser eludida si no existe un motivo serio para ello, como pueda ser la frustración de una diligencia de circulación y entrega vigilada de drogas.

Por ello, entiendo que ambos preceptos, el 583 y el 263.4. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son de aplicación cuando el envío postal sea sospechoso de contener estupefacientes, de tal manera que cuando se decreta su apertura a los fines previstos en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que **previamente** se haya autorizado una diligencia de circulación o entrega vigilada, deberá ser necesariamente de aplicación el artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, so pena de nulidad de la prueba obtenida.

282 *bis*, en lugar del Código Penal, por la estrecha relación que guarda con la figura procesal del agente encubierto. Me refiero a la exención de responsabilidad penal del agente encubierto.

Tras detenerme brevemente sobre las peculiaridades relativas al decomiso y a la limitación del tercer grado penitenciario, trataré una especialidad que, hasta la reforma del artículo 132 del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ya se había introducido por la vía jurisprudencial: el especial tratamiento del cómputo de la prescripción en el seno de las organizaciones criminales.

3.2.2.3.1 Especialidad relativa a la exención de responsabilidad criminal prevista en el artículo 282 *bis*, apartado 5 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Antes de cualquier otra consideración, conviene advertir que inicio un apartado de mayor extensión y complejidad que los anteriores, y cuyas conclusiones pueden resultar menos pacíficas.

En todo caso, estimo que su análisis resulta imprescindible para determinar con propiedad los principios que inspiran la política criminal específica en materia de delincuencia organizada, con mayor razón si tenemos en cuenta que, junto a los tipos cualificados por la pertenencia a una organización, es uno de los pocas figuras de derecho penal sustantivo establecidas *ad hoc* para el tratamiento de este tipo de delincuencia.

El texto legal formula esta exención específica mediante la siguiente literalidad:

Art. 282 bis. 5. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.*

Para proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.”

En principio, podría pensarse que la exención³²⁴ de responsabilidad criminal establecida en el artículo 282 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone una duplicidad innecesaria con respecto a la prevista en el artículo 20.7 del Código Penal, por coincidir ambas en su ámbito de aplicación. De hecho, durante la tramitación parlamentaria, el Grupo Federal Izquierda Unida presentó la enmienda número 6 a la Proposición de Ley 122/000070 en este sentido³²⁵.

³²⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Colex Madrid. 2004. Pag. 256. "a). Excusa absolutoria. En que la exención de responsabilidad del apdo. 5 fuera concebida como una excusa absolutoria de carácter objetivo, su estimación no obviaría la fehaciente comisión del delito, aunque la punición del autor principal –del agente encubierto- quedaría excluida en atención a sus circunstancias personales –miembro de la Policía Judicial autorizado por la autoridad penal para realizar labores de investigación bajo cobertura de un grupo organizado-. Las consecuencias de la exención como excusa absolutoria sería que la exención, a fin de quedar impune el delito cometido, únicamente resultaría aplicable al sujeto policial autorizado para desempeñar el papel de agente encubierto, y habría responsabilidad penal y civil de los partícipes – además del Estado a título subsidiario-, en quienes no concurra la circunstancia personal de contar con la autorización judicial legitimadora del proceder encubierto. b.) Causa de justificación. La atribución a la exención de responsabilidad de la naturaleza jurídica de causa de justificación, excluye de raíz el carácter antijurídico del hecho ejecutado y, por ende, la estimación de la exención ampararía, no sólo al agente encubierto, sino también a los partícipes policiales, tanto en el ámbito de la responsabilidad penal, como civil. En tanto en cuanto no existe hecho antijurídico, no hay responsabilidad civil subsidiaria del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad estatal derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Si bien es cierto que el legislador debiera haber establecido de forma expresa la naturaleza jurídica predicable respecto de la exención de responsabilidad, no lo es menos que la consideración de la exención como una causa de justificación puede inferirse tácitamente de los principios y presupuestos que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico, pues el apartado 5 al reclamar para la apreciación de la exención, que el ilícito cometido por el agente encubierto devenga consecuencia necesaria, proporcionada y no constituya un supuesto de provocación, viene a descartar, siquiera de manera implícita, el carácter antijurídico de la conducta típica llevada a cabo. En el mismo sentido, se pronuncia LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. "El agente encubierto". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A .Nº 2. Madrid. 1999. pags 1956.): "Si consideramos que la naturaleza jurídica de la exención de la responsabilidad criminal contenida en el artículo 282 bis 5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la de constituir una causa de justificación, esto implica que la exención ampara a los partícipes, tanto en el ámbito de la responsabilidad penal como en el de la responsabilidad civil, incluyendo en este extremo la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Por el contrario, si estimamos que su naturaleza jurídica es la de dar lugar a una excusa absolutoria, esta solución no tiene los efectos antes indicados y, por consiguiente, habrá responsabilidad penal y civil de los partícipes y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado; salvo que se conforme como una excusa absolutoria de carácter objetivo, en cuyo caso la responsabilidad penal de los partícipes podría quedar excluida.[...]Es imaginable y, por consiguiente, previsible que la naturaleza que se le va a reconocer a esta causa de exención sea la de constituir una causa de justificación. Sin duda, la ley debió de ser más clara al respecto, pero, no obstante, a pesar de ello, se afirmará que dicha naturaleza jurídica puede deducirse de los principios a los que responde su existencia en el ordenamiento jurídico."

³²⁵ Enmienda número 6 a la Proposición de Ley 122/000070, presentada por el Grupo Federal Izquierda Unida. "Sustituir el texto del apartado 4, por el siguiente:<< El agente encubierto estará exento de

Sin embargo, desde el momento en que finalmente se renunció a insertar en la redacción final del texto la explicativa marcada en negrita, lo cierto es que el legislador conformó una nueva exención de responsabilidad criminal con un espacio de impunidad mucho más amplio que el de la citada circunstancia del artículo 20 del Código Penal³²⁶.

La afirmación que acabo de formular constituye una de las premisas a partir de la cual intentaré establecer el criterio o criterios que definen a la política criminal propia de la delincuencia organizada.

Por ello, y porque soy consciente de que las múltiples deficiencias técnico legislativas de las que adolece la citada Ley Orgánica 5/99, pueden suscitar planteamientos doctrinales contradictorios, intentaré justificar la postura que adopto, desarrollando los dos argumentos que siguen a continuación:

- a. Porque permite la aplicación de la circunstancia exención a personas que no se encuentran cumpliendo con un deber o ejercitando legítimamente un derecho, oficio o cargo. El concepto procesal de la expresión *agente encubierto*, no se corresponde exclusivamente con su concepto material descriptivo, sino que tiene un marcado carácter formal, en la medida en la que exige dos requisitos de naturaleza estrictamente jurídica, a saber:
 - La previa condición de miembro de la Policía Judicial.
 - La correspondiente autorización por parte del Juez o Ministerio Fiscal.

Sólo cuando se cumplen estos requisitos de forma puede hablarse de un agente encubierto en sentido propio.

Ahora bien, debemos reparar que estamos ante una norma de carácter penal sustantivo, reguladora de un aspecto propio de la parte general del derecho penal, cual es el de la exención de responsabilidad criminal, aunque formalmente encuadrada en el seno de un precepto de la Ley Rituaria. Ello

responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito, por considerar que concurre la causa de justificación prevista en el apartado 7º. del artículo 20 del Código Penal...>>

³²⁶ Art. 20.7 del Código Penal: “Están exentos de responsabilidad criminal [...] 7º. El que obre en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

tiene consecuencias inmediatas, en cuanto la autonomía del derecho penal sustantivo con respecto al derecho procesal penal, obliga a interpretar el apartado 5 del artículo 282 *bis* de conformidad con los criterios exegéticos propios del derecho penal, sin sujeción alguna al significado técnico que en el seno del derecho procesal corresponda al agente encubierto.

La disyuntiva que se nos plantea, en consecuencia, es la de determinar si existe identidad entre los significados que se corresponden en cada uno de los ordenamientos o, dicho en otras palabras, si el término *agente encubierto* en la configuración de la exención específica se utiliza de forma meramente material-descriptiva, o si, por el contrario, las dos notas o requisitos formales a los que nos hemos referido, forman parte de su contenido semántico.

En principio, podría pensarse que una interpretación sistemática obliga a mantener la identidad de significados tanto en la esfera procesal como en la esfera penal, máxime cuando el legislador incluye esta última en la mismísima Ley de Enjuiciamiento Criminal y, además, en un solo artículo. Sin embargo, no existen razones político criminales que obliguen a restringir la extensión semántica del término *agentes*, excluyendo los hipotéticos casos en los que una persona pudiera actuar, de hecho, como agente encubierto, sin ser miembro de la Policía Judicial ni, por tanto, contar con la autorización a que se refiere el apartado 1 del 282 *bis*³²⁷.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la voz *agente*, en una de sus acepciones, significa *que obra o tiene la capacidad de obrar*; y la voz encubierto significa, como participio pasado del verbo encubrir, *que oculta*

³²⁷ Recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de una identificación de los conceptos procesal y penal del concepto de agente encubierto, de tal manera que para la aplicación de la exención de constante referencia, exige se den las formalidades que prevé la Ley Rituaria, en especial, la autorización judicial. Así, en la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de marzo de 2011**. “*Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido o cuando -supuesto de las SSTS. 25.6.2007 (RJ 2007, 7294) y 6.2.2009 (RJ 2009, 1669) - un funcionario policial lleva a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis, lo que no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto de lo visto y oído en tiempo anterior -lo que diferenciará uno y otro tiempo, es que la exención de responsabilidad penal, que regula el nº 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al periodo previo.*”

una cosa o no la manifiesta, que impide que llegue a saberse una cosa. En consecuencia, en lenguaje común entenderemos por agente encubierto todo aquel que obra impidiendo que llegue a saberse su intención de obtener información y pruebas incriminatorias contra miembros activos de la llamada delincuencia organizada, sin más condiciones.

Pues bien, cuando en la exención específica que tratamos el legislador se refiere al agente encubierto, entiendo que utiliza los dos términos (*agente* y *encubierto*), según su significación general, comprendiendo la concepción procesal formal de agente encubierto, pero sin ceñirse exclusivamente a ella, y dando cabida a toda persona que, de hecho, haya actuado como tal.

Con ello no estoy propugnando una interpretación extensiva del término agente, ya que las palabras *extensiva* y *restrictiva* designan magnitudes relativas, en la medida en que su afirmación o negación precisa de dos términos susceptibles de compararse: algo siempre es más o menos extensivo o restrictivo con respecto a otra cosa.

En este caso, resulta obvio que el concepto penal del término *agente* que mantengo es más extensivo que el procesal, por poderse aplicar a más realidades al exigir menos condiciones para ello.

Pero el Principio de Legalidad exige que la determinación del carácter de interpretación restrictiva o extensiva se realice comparando no la amplitud semántica de un término en dos lenguajes jurídicos específicos, en nuestro caso el lenguaje penal y el lenguaje procesal penal, sino entre un lenguaje jurídico específico (lenguaje penal) y el lenguaje común. Y en nuestro caso la coincidencia entre uno y otro es perfecta, por limitarse el lenguaje penal a adoptar el significado del término agente en el lenguaje común.

De esta manera, la exención específica será de aplicación a cualquier persona que, actuando como agente encubierto, es decir, como persona que obra de forma encubierta a los fines de *averiguar los delitos*, realizare un acto externamente constitutivo de delito. Por lo tanto, esta exención sería aplicable a una figura de notable importancia en la lucha contra la delincuencia organizada, la figura del “arrepentido” o miembro activo de una organización criminal que en un momento dado decide cesar en su actividad, y colaborar con la policía en el esclarecimiento de las actividades delictivas y en la recopilación de pruebas incriminatorias para los que toman o han tomado parte de las mismas.

Ni que decirse tiene que, en el terreno operativo, resulta de gran utilidad la aplicación de la exención que nos ocupa a los llamados arrepentidos, dada la dificultad práctica y el riesgo implícito que supone la infiltración de agentes encubiertos en organizaciones delictivas. De esta manera se permite, cuando

fuere necesario para el buen fin de la organización, prolongar la permanencia del colaborador en el seno de la organización a la que pertenezca, actuando ahora como agente encubierto. En este supuesto responderá por los delitos pasados, pero no por los que pudiere cometer *como consecuencia del desarrollo de la investigación* desde el momento en que comenzó a actuar como agente encubierto, pues estos últimos se verían amparados por la exención específica de constante referencia.

En este sentido, no deja de ser relevante el hecho de que, en la redacción de la enmienda número 22 que dio forma casi definitiva al apartado que ahora nos ocupa, el sujeto activo no era designado con la expresión *agente encubierto*, sino con los términos ***investigador encubierto***.

- b. Porque permite la aplicación de la exención a toda una serie de delitos que caen fuera del ámbito de aplicación de la repetida exención prevista en el punto 7º del artículo 20 del Código Penal.

Afirmo que se amplía el ámbito de impunidad del agente encubierto, porque quedan bajo el amparo de esta exención delitos que, aun cuando

Naturaleza y función político criminal de las figuras de asociación ilícita, organización y grupo criminal.

podrían considerarse vinculadas³²⁸ al ejercicio legítimo de un deber, cargo u oficio³²⁹, no tienen una norma de habilitación legal específica.

Efectivamente. El criterio que fija el legislador para establecer el conjunto de delitos que quedarán impunes, consiste en que **sean consecuencia**

³²⁸ Durante el debate parlamentario de las enmiendas del Senado a la Proposición de Ley de constante referencia, el Grupo Catalán (Convergència i Unió), por voz de Silva Sánchez, pareció entender que los delitos amparados por la exención específica ligada a la figura del agente encubierto, se habían desvinculado de la exención de cumplimiento de un cargo por considerar que el carácter voluntario que establece el último párrafo del apartado 2 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resultaba incompatible con la idea de deber subyacente en la exención de legítimo ejercicio de un cargo:

*“La incorporación a instancia del Grupo Parlamentario Socialista de que ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto, pretendiendo, no lo dudamos en modo alguno, proteger a estos funcionarios, a nuestro juicio, va a producir unos efectos contraproducentes, porque si algo puede proteger al agente encubierto es **aquella causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber**, y desde luego esa causa de justificación **se ve notablemente debilitada atribuyendo el carácter voluntario a este tipo de servicios.**”*

No puedo compartir este parecer. La autorización para actuar bajo identidad supuesta en nada altera el estatuto de funcionario de la Policía Judicial que sigue ostentando el agente encubierto, y por tanto, a este le son exigibles, en todo punto, las obligaciones y deberes propios de este tipo de funcionarios, entre los que se encuentra el de investigar los delitos perseguibles de oficio.

Luego el carácter voluntario para el funcionario de la Policía Judicial de este tipo de actuaciones, no impide que a este se le puedan aplicar la exención de legítimo ejercicio de un cargo o la exención de cumplimiento de un deber, por lo que, en definitiva, es un criterio que no nos permite diferenciar una y otra exención, diferencia que deberá buscarse, como se verá, en que ambas exenciones se refieren a distintos grupos de delitos.

³²⁹ La delimitación entre el ámbito de aplicación de la exención de cumplimiento de un deber y la de ejercicio de un cargo no es fácil. En este sentido, no tenemos más que recordar la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en fecha de 14 de junio de 1988, cuando literalmente afirma que *aunque no coinciden plenamente el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un cargo, no hay duda de que se produce un **amplio solapamiento en el contenido de ambas causas de justificación cuando es la Autoridad o agente de la Autoridad quien desempeña un cargo público.***

Por su claridad expositiva y precisión científica, para el desarrollo de este subapartado me adhiero a la distinción que de una y otra exención propone M^{ra}. Isabel Sánchez García (SÁNCHEZ GARCÍA. *El ejercicio legítimo del cargo y uso de armas para la autoridad*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1995. Pag. 124), y cuya tesis al respecto sintetiza la profesora de la Universidad de Valladolid con las siguientes palabras:

“Podemos decir que el ámbito de la causa de justificación de ejercicio legítimo del cargo alcanza únicamente a aquellos actos en ejercicio, por parte del funcionario público, del haz de potestades que derivan de la competencia que tiene atribuida específicamente en virtud de su cargo, competencia cuyo ejercicio tiene carácter de deber para el funcionario, derivado de la relación Orgánica que une al funcionario con la organización administrativa.

En cambio, el cumplimiento de aquellos deberes que le corresponden como funcionario público en virtud de la relación de servicio que le vincula a la Administración, pero que no derivan de la competencia afectada a su cargo específico, encuentran amparo en la causa de justificación de cumplimiento de un deber.”

necesaria del desarrollo de la investigación, criterio que matiza inmediatamente mediante la agregación de dos condiciones, una positiva, *la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma*, y otra negativa, *que no constituyan una provocación al delito*.

Las dos condiciones que matizan el criterio general no presentan grandes problemas, pues tanto el principio de proporcionalidad en materia penal como la figura de la provocación al delito han sido extensamente tratados por la doctrina y jurisprudencia, siendo de aplicación, también en sede del 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la doctrina general mantenida por el Tribunal Supremo sobre estos particulares.

Determinar el sentido de la expresión legal *consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación* no es tarea fácil. Para ello, proponemos remontarnos a su génesis en fase de tramitación parlamentaria.

En la Proposición de Ley 122/000070 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, la exención que tratamos se incluía el apartado 4 del art. 282 bis, al que, inicialmente, se le había dado la siguiente redacción:

“ Art. 282 bis.1: “A los fines previstos en el artículo anterior, y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, los funcionarios de la Policía Judicial podrán actuar bajo identidad supuesta que será otorgada por el Ministerio del Interior en un Plazo de seis meses prorrogables por iguales períodos, quedando desde ese momento legítimamente habilitados para participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad, la cual podrán mantener para la obtención del testimonio en el proceso que pudiera derivar de los hechos en los que hubieran intervenido como tales, mediante resolución judicial motivada y en la forma prevista en la Ley Orgánica 19/94, de 23 de diciembre.

A los efectos señalados en el apartado anterior se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o mas personas para realizar de forma permanente o reiterada conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal

Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal

Tráfico y Depósito de armas, municiones y explosivos previstos en los artículos 566 a 568 del Código Penal

Falsificación de moneda previsto en el artículo 368 del Código Penal

El blanqueo de bienes de procedencia ilícita previstos en los artículos 301 a 304 del Código Penal

Secuestro de personas previstos en los artículos 164 a 166 Código Penal

Previa autorización judicial, y con el informe favorable del Ministerio Fiscal, el funcionario de Policía Judicial que actúe bajo identidad supuesta podrá, a los fines de la investigación, adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, y diferir la incautación de los mismos, así como utilizar los medios de carácter jurídico y material que se estimen apropiados al caso.

Cuando las actuaciones del agente encubierto afecten a derechos fundamentales de las personas, además de las previsiones legalmente establecidas, deberá recabar, salvo en casos de urgente necesidad debidamente justificada, la intervención de otros funcionarios de la Policía Judicial.

*Queda excluida la responsabilidad criminal del investigador encubierto por su intervención en los **mencionados actos de investigación**, y sólo se podrá proceder contra el mismo por las operaciones autorizadas en que haya participado, mediante resolución judicial motivada del órgano judicial habilitante, previo informe del Ministerio Fiscal.”*

He resaltado en negrita la expresión legal **mencionados actos de investigación**, porque originariamente fue utilizada en la referida propuesta de Ley para delimitar el ámbito de aplicación de la exención específica de responsabilidad criminal. La dificultad consistía en que, hasta ese punto, ni en el artículo 282 *bis* propuesto ni ningún otro precepto anterior al mismo, utilizaba la expresión *actos de investigación*, ni relacionaba actos que pudieran considerarse como *de investigación*, al menos en un sentido estricto, entendiendo por tales actos cuya **finalidad inmediata** es obtener **información** relativa a los fines expresados en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los únicos *actos* que se mencionaban con anterioridad al punto 4 del 282 *bis* propuesto, eran los relacionados en el punto inmediatamente anterior, en la relación de *actos* que podían ser autorizados por el Juez; es decir:

- Adquirir y Transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito.
- Diferir la incautación de los mismos.
- Utilizar los medios de carácter jurídico y material que se estimen apropiados al caso.

Sin entrar ahora en disquisiciones interpretativas sobre el sentido y alcance de la expresión utilizada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso recogida en el anterior punto C-, por exclusión de posibilidades, llegábamos finalmente a la conclusión de que el ámbito de aplicación de la exención de responsabilidad criminal contenido en el Proyecto de Ley, se circunscribía a aquellos actos –llamados impropriamente de investigación por su relación mediata con la misma- que pudieran ser –en su caso- externamente

constitutivos de delito, por consistir en adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria³³⁰, se cambia la expresión utilizada para designar el ámbito de aplicación de la exención específica de responsabilidad criminal;

Art. 282 bis, 4. Proyecto L. O.: *“Queda excluida la responsabilidad criminal del investigador encubierto por su intervención en los mencionados actos de investigación...”*

Art. 282 bis, 5 (redacción definitiva) : *“ El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación...”*

Desconozco si la intención del legislador, al cambiar una expresión por otra, fue la de cambiar también el ámbito de aplicación de la agravante, o si pretendía tan sólo una mejora técnico-legislativa en la redacción del precepto.

Lo cierto es que, en mi opinión, la nueva dicción vino a variar notablemente el ámbito de aplicación de la exención, sin corregir, como veremos, su opacidad originaria.

Efectivamente, el término *consecuencia* puede ser entendido desde dos perspectivas, una mecanicista y otra logicista.

La perspectiva mecanicista implica una sucesión cronológica entre causa y consecuencia, de tal manera que esta última es posterior en el tiempo con respecto a la primera. Desde esta perspectiva, la literalidad de la exención nos conduciría al absurdo, pues su propia literalidad impediría su aplicación, toda vez que si *las actuaciones* (realizadas por el agente encubierto externamente constitutivas delito) han de ser *consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación*, necesariamente deben llevarse a término finalizada la investigación, sucediéndola en el tiempo y, por tanto, cuando el agente encubierto ya ha dejado de actuar como tal, al haber concluido aquella. La única consecuencia imaginable y susceptible de derivarse del desarrollo de una investigación, es el esclarecimiento de los hechos, cuando ésta llega a buen fin.

³³⁰ Fue la enmienda número 22 al Proyecto de Ley Orgánica, cuyo primer firmante fue el Grupo Parlamentario Catalán, la que dio al texto legal su relación definitiva en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación de la exención que nos ocupa, con la finalidad, según consta en el correspondiente Boletín Oficial de las Cortes (89-6 de 6 de marzo de 1998) de *“Determinar con mayores garantías en qué supuestos queda excluida la responsabilidad criminal del agente encubierto”*.

La perspectiva logicista, por su parte, no implica necesariamente sucesión en el tiempo, permitiendo la concurrencia cronológica entre causa y consecuencia. La acepción 3ª del significado de la palabra *consecuencia* según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es la de *proposición que se deduce de otra u otras, con enlace tan riguroso que, admitidas o negadas las premisas, es ineludible el admitirlas o negarlas*.

Pues bien, si admitimos la utilización de agentes encubiertos en la instrucción de causas relativas a la delincuencia organizada, debemos admitir también las consecuencias que son **inherentes** al *desarrollo de la investigación* mediante la utilización de tales técnicas, de tal manera que si admitimos la posibilidad de la actuación de un agente encubierto debemos, necesaria e ineludiblemente, admitir la posibilidad de que esas consecuencias implícitas sean formalmente constitutivas de delito.

De esta manera, el ámbito de aplicación de la exención específica que tratamos, se amplía a supuestos distintos de aquellas actuaciones autorizadas a que se refiere el apartado 1 del vigente artículo 282 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque éstos quedan también, lógicamente, incluidos dentro del ámbito de aplicación de la agravante.

Si mantenemos que el agente encubierto es el que actúa bajo identidad supuesta, todos los **actos propios del efectivo ejercicio de esa identidad supuesta**, entrarán en el ámbito de aplicación de la exención específica³³¹, por ser *consecuencia del desarrollo de la investigación* en el sentido que hemos indicado e, insisto, entre esos actos propios del ejercicio de la identidad supuesta, no sólo se incluyen los autorizados (adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, y participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta), tal como se hacía en la citada Proposición de Ley.

Llegados a este punto, y para concretar los distintos grupos de delitos a los que podría serles de aplicación la exención específica de constante referencia, debemos distinguir entre dos casos de agentes encubiertos:

- Agentes encubiertos no infiltrados en organizaciones delictivas.

Se relacionan con dichas organizaciones sin formar parte de las mismas, realizando con ellas operaciones comerciales de bienes y servicios ilícitos y, dentro del organigrama criminal, conservando su absoluta autonomía.

³³¹ Adviértase que el mero hecho de incluirse dentro del ámbito de aplicación de dicha exención, no implica la estimación de la misma, puesto que deberá analizarse luego si concurren en el supuesto los requisitos positivos y negativos que la Ley exige para su apreciación.

- Agentes encubiertos infiltrados en organizaciones delictivas.

En este segundo caso, el agente encubierto entra a formar parte de las mismas, tomando parte en la ejecución de sus operaciones delictivas y sometidos al principio de jerarquía³³² que las rige.

Ahora cobra la exención todo su sentido. Perdida la autonomía del agente para ceñir su obrar exclusivamente al ámbito de las actuaciones externamente delictivas que le han sido autorizadas, el ejercicio efectivo de su identidad supuesta de miembro activo de una organización delictiva, exige su participación en las actividades propias de este tipo de delincuentes, actuaciones que, entiendo, tienen el carácter de *consecuencias necesarias del desarrollo de la investigación* mediante la técnica de agentes encubiertos y, por ello, son abarcables por la exención que nos ocupa.

En consecuencia, cuatro son los tipos de actuaciones que podrán, en mi opinión, ser consideradas *consecuencias necesarias del desarrollo de la investigación*, a saber:

- Actuaciones externamente constitutivas de delito para las que está expresamente autorizado por el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal.

Debemos reparar que la autorización del Juez o del Ministerio Fiscal, al contrario de lo que ocurre con otros delitos³³³, no supone la atipicidad del hecho, en la medida en que, a los efectos de la descripción del tipo de injusto, la concurrencia o no de la autorización superior deviene irrelevante.

- Actuaciones delictivas a las que se dedica la organización en la que se haya infiltrado.

³³² Recordemos como en numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo., con motivo de la definición de la agravante específica de pertenencia a una organización, ha manifestado que el carácter jerárquico es una característica propia de este tipo de organizaciones (**Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre 1985; 19 de enero 1995**), hasta el punto de ser un criterio válido para distinguir una organización de otras formas de participación (**Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 28 de marzo de 1984; 20 de septiembre de 1991**). El hecho de que el legislador haya omitido toda referencia al carácter jerárquico en su definición de delincuencia organizada, con buen criterio, dada la dificultad probatoria de este extremo, máxime en fases tan incipientes de la instrucción, no supone un obstáculo para su consideración en sede de la exención específica de responsabilidad penal del agente encubierto.

³³³ Por ejemplo, con el delito de allanamiento de morada cometido por autoridad o funcionario público, tipificado en el artículo 204 del Código Penal.

- Actuaciones delictivas realizadas por el agente infiltrado con motivo de hallarse sujeto al principio de jerarquía sobre el que se articulan las relaciones internas entre los miembros de este tipo de organizaciones.
- Delitos conexos a alguno de los delitos susceptibles de encuadrarse en cualquiera de las tres clases precedentes.

Al agente encubierto no se le autoriza a utilizar cualquier medio, lícito o ilícito, para averiguar los delitos y descubrir a los delincuentes, sino algo muy distinto: a cometer los delitos estrictamente imprescindibles para no ser sorprendido en su actuación encubierta.

Pues bien, aún admitiendo que todos y cada uno de los delitos a los que nos acabamos de referir tengan una cierta vinculación con el ejercicio de un deber, cargo u oficio de la policía judicial, lo cierto es que ninguno de ellos se ve amparado por una norma de habilitación, por lo que la exención de responsabilidad prevista en el Código Penal no podría ser aplicable en la inmensa mayoría de supuestos.

Existe un párrafo de la conocidísima sentencia del Tribunal Supremo en la que se condenaba a varios mandos de la Guardia Civil por pagar con droga a confidentes, dictada, por cierto, cuatro días antes de que entrara en vigor la repetida Ley Orgánica 5/99, que nos puede servir como punto de partida desde el que orientar nuestra reflexión:

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 Enero 1999: *“A nadie se le puede ocurrir que la comisión de un delito puede ser fruto del cumplimiento de un deber o que pueda ser exonerada la responsabilidad por el ejercicio de un cargo. Es decir, cuando se hace entrega de unas cantidades de droga a terceros a sabiendas de que por estos va a ser introducida en el mercado ilícito, en vez de “cumplimiento” sólo cabe hablar de “incumplimiento” de sus obligaciones, incumplimiento que incluso es más patente y grave cuando se ocupa un cargo policial de las características y categoría del que era poseedor el recurrente.”*

La Constitución Española, en los apartados 1 y 3 *in fine* del Artículo 9, consagra respectivamente el principio de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y a las Leyes, y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principios que reitera en el artículo 103 del mismo cuerpo legal, cuando establece que *la Administración Pública...actúa con sometimiento pleno a la Ley y al derecho.*

Luego cuando la Ley³³⁴ establece que será obligación de todos los miembros de la Policía Judicial averiguar los delitos públicos que se cometan en su demarcación, y practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, obliga a practicar tales diligencias de conformidad a la Ley es decir, y entre otras cosas, sin cometer actuaciones constitutivas de delito.

El deber consiste en realizar una actividad con medios adecuados a derecho. No consiste en alcanzar un resultado lícito por cualquier medio, si así fuera, todos los delitos cometidos con la finalidad de concluir una averiguación (desde pagar a confidentes con droga hasta torturar a los sospechosos) quedarían automáticamente amparados bajo la exención de cumplimiento de un deber, en este caso, del deber de averiguar los delitos y descubrir a los delincuentes.

Así por ejemplo, en los supuestos de utilización de armas por parte de agentes de policía, la exención de cumplimiento de un deber opera porque, en determinados casos, la utilización de armas de fuego es un medio lícito y previsto en una norma legal, aunque produzca un resultado lesivo para el bien jurídico vida o integridad física, no por que la finalidad lícita, por ejemplo, de evitar la comisión de un delito, justifique cualquier medio. Ambos planteamientos corresponden a opciones político criminales irreconciliables, el segundo de ellos incompatible con la idea de Estado de derecho.

En la exención específica que nos ocupa, encontramos un deber, el de averiguar los delitos y descubrir a sus autores, y un medio lícito, la utilización de agentes encubiertos, amparado este último por una norma, el artículo 282 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si el mero hecho de *actuar bajo identidad supuesta*, en el sentido que hemos dado a esta expresión legal, fuera constitutivo de delito, sin duda éste estaría amparado por la exención de cumplimiento de un deber. Pero la exención específica no se refiere al hecho de actuar bajo identidad supuesta, entre otras cosas, porque esa actuación no sería constitutiva de delito, sino a las *consecuencias necesarias* de esa actuación, es decir, a la realización de actividades ilícitas (en cuanto que no existe norma alguna que permita su realización) cuya finalidad es, en definitiva, la de ocultar la verdadera identidad e intenciones del agente encubierto.

Luego aquí existe un salto cualitativo entre la exención de cumplimiento de un deber y la exención específica del agente encubierto, la primera no responde al aforismo, como hemos visto, de que el fin justifica los medios, pero

³³⁴ Art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concordantes.

la segunda, dentro los límites de la necesidad y de la proporcionalidad, sí; se justifican los medios ilícitos si responden a la finalidad lícita de ocultar la verdadera identidad del agente encubierto.

Retomando la Sentencia de fecha 11 de enero de 1999, considero que el **pago con droga**, en este caso, a confidentes, no queda amparado bajo la exención de cumplimiento de un deber, pues supone la utilización de un medio ilícito (en cuanto no hay norma alguna que permita pagos de tal naturaleza) para la obtención de un resultado lícito (averiguación del delito y descubrimiento de sus autores).

Sin embargo, si esos mismos pagos hubieran sido efectuados por un agente encubierto en alguno de los supuestos anteriormente relacionados (v.g. cumpliendo órdenes de un jefe de la organización en la que está infiltrado), entiendo que sí quedarían amparados por la exención específica de responsabilidad del agente encubierto³³⁵, aunque suponga un medio ilícito (en cuanto que sigue sin haber norma alguna que permita pagos de tal naturaleza), para la obtención de un resultado lícito (asegurar y permitir la actuación de un agente encubierto en el seno de una organización delictiva); toda vez que, en definitiva, dichos pagos no serían más que una *consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación*.

3.2.2.3.2 El decomiso.

El artículo 127³³⁶ del Código Penal establece una presunción de origen delictivo del *patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas en el por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*.

³³⁵ Siempre, evidentemente, que dicha actuación cumplimentara el requisito de proporcionalidad.

³³⁶ Artículo 127 del Código Penal. "1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas."

Evidentemente supone tal presunción un régimen excepcional de aplicación del decomiso cuando dicha consecuencia accesoria se aplica fuera del marco de la delincuencia organizada o del terrorismo, puesto que fuera de ese ámbito corresponde a las acusaciones probar que los bienes cuyo decomiso se pretende provienen directa o indirectamente (por transformación) de una concreta actividad delictiva, de tal manera que, en caso de indeterminación, no procede el decomiso de los bienes de origen dudoso.

3.2.2.3.3 Limitación temporal de acceso al tercer grado penitenciario.

Dentro del grupo de delitos calificados por la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, como de *extrema gravedad*³³⁷, encontramos los delitos *cometidos en el seno de una organización criminal o grupo criminal*. Para estos delitos se exceptúa la posibilidad de acceder a un tercer grado inicial, o de progresar al mismo durante el cumplimiento de la primera mitad de la pena impuesta, tal como regula el Código Penal en la nueva redacción del artículo 36³³⁸.

³³⁷ “De conformidad con los principios que orientan la reforma, se procede a la modificación del artículo 36. De esta forma, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado se establece en el caso de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Esta modificación, que se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad, se considera por el contrario innecesaria como régimen general respecto de todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años. Por esta razón se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Así, la remodelación del llamado “periodo de seguridad” garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma.”

³³⁸ Artículo 36 del Código Penal. “1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres a meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente código.

Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y en este código.

2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este código.

Ni que decirse tiene que la medida contenida en el citado precepto compromete, en mi opinión, la aplicación efectiva de lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución Española, en relación a la orientación que deben tener las penas privativas de libertad, amén de las bases misma de nuestro sistema penitenciario, en concreto, el principio de individualización del tratamiento establecido en el apartado c) del artículo 62 de la Ley General Penitenciaria, y el de progresión establecido en el apartado f) del mismo precepto. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que –con anterioridad al cumplimiento de la mitad de la pena privativa de libertad- concurrir en el interno un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

3.2.2.3.4 Especialidad relativa a la atenuación específica para la figura del colaborador prevista en el artículo 376 del Código Penal.

En sede de delitos contra la salud pública, el artículo 376³³⁹ del Código Penal, contempla la potestad del Tribunal de Instancia de disminuir la pena en uno o dos grados siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente la actividad delictiva y haya colaborado activamente para impedir la producción del delito, o bien para obtener pruebas decisivas contra la organización en las que haya participado.

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

c) Delitos del artículo 183.

d) Delitos del capítulo V del Título VIII del Libro II de este código, cuando la víctima sea menor de trece años.

El juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.”

³³⁹ Art. 376 del Código Penal. “*En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.*

Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.”

Siguiendo a Cuerda Arnau³⁴⁰, podemos afirmar que –amén del cese voluntario en su actividad criminal- *lo decisivo es que el sujeto sea fuente de conocimiento; su colaboración va, pues, dirigida a la obtención de aquel tipo de datos, que sólo pueden considerarse pruebas si se utiliza tal término en su acepción usual, como argumentos, razones o indicios, los cuales, eso sí, deben ser –y ahí está el gran problema– decisivos para la identificación o captura de otros responsables.*

No es este el lugar para desarrollar todas las cuestiones dogmáticas y político criminales que el precepto suscita, desde sus dificultades de aplicación forense, ligada, sin duda, al carácter potestativo del juez de instancia –no del Juez de Instrucción-, hasta su imposibilidad de revisar su inaplicación –o aplicación- en sede casacional. Me basta con indicar que se trata de una medida excepcional, ligada directamente a la delincuencia organizada y que supone –nuevamente- una cierta tensión con el resto del ordenamiento jurídico, tal como acertadamente pone de manifiesto Benítez Ortúzar³⁴¹.

3.2.2.3.5 Especialidad relativa al grado de determinación de la identidad de la persona contra la que se dirige el procedimiento a los efectos de la interrupción de la prescripción del delito.

La aplicación del artículo 132 –en su anterior redacción³⁴², al específico ámbito de las organizaciones criminales, motivó una línea jurisprudencial, de la que fue exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de julio de

³⁴⁰ CUERDA ARNAU. *Atenuación y remisión de la pena en delitos de terrorismo*. Ministerio de Justicia y de Interior. Madrid. 1995. Pag. 463.

³⁴¹ BENÍTEZ ORTÚZAR. *El 'colaborador con la Justicia'*. Dickinson. Madrid. 2004. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/epilogo-conclusiones-toma-postura-246299>. Pag. 189. “*El Derecho premial, con el establecimiento de un premio o perdón como contraprestación por una conducta post-delictual realizada por el culpable confeso presenta graves contradicciones con los postulados sobre los que se construye el Derecho penal liberal. La compatibilidad de la recompensa por la conducta realizada por el sujeto con los fines preventivo generales y especiales propios del Derecho penal moderno encuentra difícil justificación*”

No obstante, razones político-criminales de utilidad en la lucha contra la delincuencia organizada han justificado su utilización en los distintos Estados occidentales. Especialmente significativa ha sido su utilización en dos grupos de delitos, por su estructura organizada y permanente: los relativos al terrorismo y los referentes al tráfico de drogas. Fruto de esta práctica son los actuales artículos 376 CP – en relación a los delitos relativos al tráfico de drogas– y 579.3 CP –de aplicación a los delitos terroristas.”

³⁴² Art. 132.2 del Código Penal. “*La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.*”

1998³⁴³, confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de marzo de 2001, que, en palabras de Choclán Montalvo³⁴⁴, derogaba *en supuestos singulares, por razón de las dificultades de prueba de la identidad de los culpables, la norma general conforme a la cual la interrupción de la prescripción requiere la individualización del responsable penal, lo que no equivale a designación nominativa*, para admitir un grado más laxo de identificación consistente en la mera exigencia de que la *querrela o denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirija contra la colectividad a la que pertenece el culpable*.

Esta doctrina de origen jurisprudencial, goza hoy del amparo legal que le ofrece la regla 3ª del artículo 132.2., en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, a la que tantas veces me he referido, cuando establece que *a los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirija el deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quien se atribuya el hecho*.

3.2.2.4 Especial referencia al principio de oportunidad previsto en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 27 de julio de 2011.

Una de las novedades más significativas de las previstas en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, es la consagración del principio de oportunidad.

³⁴³ **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de julio de 1998.** *(en relación a la determinación del culpable a los efectos de la interrupción de la acción) “[...] sólo puede tener aplicación en los supuestos delictivos ordinarios, cuando el delito ha sido cometido por una sola persona o por unas pocas, no cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito, y que por ello más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse... en estos últimos supuestos, ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de la cual pudiera llegar a identificarse individualmente.”*

³⁴⁴ **CHOCLÁN MONTALVO.** <<Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción? >> “Actualidad Jurídica Aranzadi”. Num. 488. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2001.

Junto a una regulación general del principio, prevista en los artículos 148³⁴⁵ -reglas generales-, 149³⁴⁶ -régimen general de archivo por razones de

³⁴⁵ Artículo 148. Reglas generales. “1. El procedimiento penal podrá concluir por razones de oportunidad cuando la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento.

Sólo cabrá la aplicación de criterios de oportunidad en los casos y con los requisitos fijados en este capítulo.

2. Corresponde al Ministerio Fiscal la apreciación discrecional de las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad.

El Fiscal General del Estado dictará las Circulares e Instrucciones generales que sean necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de esta facultad, asegurando el respeto efectivo al principio de igualdad en la aplicación de la Ley penal.

3. Corresponde a la autoridad judicial, en la forma prevista en este capítulo, el control del cumplimiento de los elementos reglados que permiten la aplicación del principio de oportunidad.

4. El investigado en ningún caso tiene derecho a instar la conclusión del procedimiento por razones de oportunidad.”

³⁴⁶ Artículo 149. Archivo por razones de oportunidad. “1. Para todo tipo de faltas y para los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años, el fiscal podrá decretar el archivo total o parcial de la investigación siempre que:

a) La incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que ésta se produjo.

b) Pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.

c) La comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena.

2. No obstante, no cabrá el ejercicio de esta facultad discrecional cuando:

a) en la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación,

b) el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta,

c) el investigado se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad establecidos en este capítulo,

la víctima sea menor de catorce años.

3. En cualquier caso, la facultad prevista en este artículo no será de aplicación a los delitos de violencia de género ni a los relacionados con la corrupción.

4. Decretado el archivo por oportunidad, quedará a salvo el derecho de los ofendidos o perjudicados por la infracción de obtener la reparación civil ante la jurisdicción correspondiente.

5. Si antes de la expiración del plazo de prescripción de la infracción el investigado cometiera un nuevo delito, el fiscal reabrirá el procedimiento archivado por razones de oportunidad, continuando su tramitación con plena sujeción al principio de legalidad.”

oportunidad, 150³⁴⁷ -suspensión del procedimiento por razones de oportunidad- y 151³⁴⁸ –aplicación de la oportunidad en la fase intermedia-, el anteproyecto

³⁴⁷ Artículo 150. Suspensión del procedimiento por razones de oportunidad. “1. En los supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que concurran los requisitos fijados en el artículo anterior, el fiscal podrá acordar la suspensión del procedimiento de investigación, condicionándola al cumplimiento por el investigado de una o varias de las siguientes obligaciones o reglas de conducta:

- a) Indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada.
- b) Dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que éste considere adecuada y suficiente.
- c) Entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias.
- d) No acudir a determinados lugares.
- e) No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o de comunicarse con ellos.
- f) No ausentarse del lugar donde resida.¹⁶¹
- g) Comparecer personalmente en la Fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas.
- h) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.
- i) Someterse a tratamiento de deshabitación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización.
- j) Cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. La suspensión del procedimiento requiere en todo caso:

- a) que el investigado haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos punibles en la forma prevista en el artículo 253 de esta Ley,
- b) que se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto, y
- c) que el ofendido o perjudicado haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas al investigado.

3. La suspensión quedará siempre condicionada a que el sujeto no delinca en un plazo de dos años, quedando entretanto interrumpido el cómputo de la prescripción de la infracción cometida.

4. El plazo para el cumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta se fijará atendiendo a las circunstancias del sujeto investigado, sin que pueda exceder de dos años.

5. Para el seguimiento y vigilancia de las obligaciones y reglas de conducta establecidas, el fiscal, sin perjuicio de dictar las órdenes o instrucciones pertinentes a la Policía Judicial, podrá recabar el apoyo necesario de los servicios sociales y de las autoridades administrativas.

6. Cumplidas las obligaciones y reglas de conducta en el plazo fijado y transcurridos dos años sin que el sujeto investigado haya delinquido, el fiscal, de oficio o a petición del interesado, remitirá el procedimiento al Juez de Garantías, que acordará su sobreseimiento, con pleno efecto de cosa juzgada, previa audiencia de la víctima del delito.

7. Cuando la persona investigada haya incumplido las obligaciones o reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto o cuando haya delinquido durante los dos años siguientes a la suspensión, el

preveía dos supuestos de aplicación específica en el ámbito de la delincuencia organizada. El primero de ellos, regulado en el artículo 152³⁴⁹ preveía el archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal, a fin de, tal como establece literalmente la exposición de motivos del texto de constante referencia, *evitar que el desarrollo de una investigación relativa a una infracción de menor importancia ponga en grave peligro el curso de un procedimiento más complejo relacionado con una red de criminalidad organizada*. El segundo supuesto, viene regulado en el artículo 153³⁵⁰, y su

fiscal solicitará del Juez de Garantías la reapertura del procedimiento, que continuará por sus trámites con plena sujeción al principio de legalidad."

³⁴⁸ Artículo 151. Aplicación de la oportunidad en la fase intermedia. "1. Siempre que así lo soliciten todas las partes personadas, el Juez de la Audiencia Preliminar podrá disponer el sobreseimiento de la causa por las razones de oportunidad señaladas en los artículos anteriores, constatando a tal efecto la concurrencia de los elementos reglados que permiten su aplicación.

2. En este supuesto, la eficacia del sobreseimiento quedará igualmente condicionada a que el sujeto no delinca y a que cumpla las obligaciones y reglas de conducta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, se fijen en el auto judicial, correspondiendo en este caso el control de su efectividad al propio juez.

3. En el caso de comisión de un delito o de incumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta, el juez acordará la reanudación del procedimiento por los trámites de la fase intermedia, sin posibilidad de una nueva aplicación del principio de oportunidad."

³⁴⁹ Artículo 152. Archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal. "1. El fiscal podrá acordar el archivo del procedimiento cuando su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a las actividades de una organización criminal.

2. El archivo tendrá carácter reservado, excluyéndose toda audiencia o notificación que haga peligrar la finalidad perseguida con el mismo.

3. El decreto se remitirá de inmediato al Juez de Garantías con los documentos que sean necesarios para acreditar el riesgo que lo motiva, surtiendo efecto el archivo mientras no sea revocado.

4. El juez podrá recabar del fiscal informes periódicos sobre la necesidad de mantener la situación de archivo, pudiendo revocarla en cualquier momento.

4. Desaparecido el riesgo generado para la investigación principal y en todo caso una vez que el secreto de la misma se haya alzado, el fiscal solicitará del juez la reapertura del procedimiento archivado, que éste acordará salvo que haya prescrito entretanto la infracción que constituía su objeto."

³⁵⁰ Artículo 153. Archivo por colaboración activa contra una organización criminal. "1. En los supuestos de delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, cualquiera que sea su extensión, cometidos en el seno de una organización criminal, el fiscal podrá disponer el archivo del procedimiento siempre que:

a) el investigado haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado, y haya colaborado activamente con éstas para impedir la producción del delito o

b) coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

posible aplicación se reserva para la figura del arrepentido, para aquellos casos en los que –siguiendo nuevamente la exposición de motivos- *el arrepentimiento sea real, la colaboración prestada sea activa y sustancial y siempre que las víctimas del delito cometido hayan sido debidamente resarcidas.*

Si bien es cierto que el proceso de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedó interrumpido, no es menos cierto que los futuros intentos por dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una Ley ritual más acorde con las nuevas realidades sociales y demandas jurídicas, deberían tener en cuenta la inclusión –limitada- del principio de oportunidad³⁵¹.

3.2.3 La política criminal específica en materia de delincuencia organizada: conclusiones.

A poco que analicemos las especialidades a las que nos acabamos de referir, y las comparemos con los principios jurídicos que informan el ordenamiento procesal y penal, concluiremos que dichas especialidades responden al criterio de sacrificar derechos, garantías y protección a determinados bienes jurídicos, en aras a una mayor eficacia represiva, criterio que, en síntesis, vendría a manifestarse de dos maneras distintas:

- a. Unas veces en detrimento de las garantías procesales establecidas para la salvaguarda de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional³⁵²; así:

2. *Será en todo caso necesario para hacer uso de esta facultad que el investigado haya satisfecho las responsabilidades civiles que directamente le alcancen o que acredite la imposibilidad de cumplirlas.*

3. *El archivo quedará condicionado a que el investigado no frustre con su propia conducta la efectividad de la colaboración prestada y a que no reanude la actividad delictiva.*

4. *Transcurridos cinco años desde la fecha del archivo sin que el sujeto investigado haya reiniciado la actividad delictiva abandonada y sin que haya vuelto a colaborar con la organización criminal, podrá interesar de la autoridad judicial el sobreseimiento del procedimiento archivado, con pleno efecto de cosa juzgada.”*

³⁵¹ En este sentido se pronuncia Quintero Olivares (QUINTERO OLIVARES. *La justicia penal en España*. Aranzadi Editorial. Pamplona. 1998. Pag. 158. “*El principio de oportunidad reglada puede incardinarse, técnica y político-criminalmente, entre las instituciones características de la obligada flexibilidad del derecho penal moderno.*”

³⁵² En este sentido, resulta muy elocuente la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo en fecha de 1 de marzo de 2.001**, cuando, refiriéndose a la diligencia de intervención telefónica, afirma: “*Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este medio excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada; de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio de*

- La especialidad relativa a la aplicación del artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afecta directamente a las garantías atinentes al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que consagra el artículo 18.2 de la Constitución Española.
 - La relativa a la aplicación del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las garantías atinentes al derecho de defensa que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española.
 - La especialidad relativa a la posibilidad de que el agente encubierto no revele su verdadera identidad cuando testifique en el proceso, ex art. 282 *bis*.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁵³, a las garantías atinentes al derecho de defensa que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española.
 - La especialidad relativa a la inaplicación de la garantía prevista en el art. 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según lo dispuesto en el apartado 4 del art. 263 *bis* del mismo cuerpo legal, afecta a las garantías atinentes al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de la Constitución Española.
- b. Otras, en detrimento de la protección de bienes jurídicos tutelados por normas penales, así:
- La diligencia de entrega vigilada supone de por sí la asunción de un riesgo de lesión o puesta en peligro de los distintos bienes jurídicos en cuya instrucción está permitida la utilización de esta técnica, precisamente por la posibilidad de que se pierda la pista de la circulación de las sustancias prohibidas a que se refiere el

ponderación concretado a cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida.”

³⁵³ Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/94 de 23 de diciembre.

repetido artículo 263 *bis*, máxime en aquellos casos que, por no ser la sustancia enviada ni droga ni estupefaciente, la misma no ha podido ser sustituida según prevé el citado precepto en su apartado 4.

- La diligencia de utilización de agentes encubiertos, no sólo supone la asunción de un peligro contra la vida, integridad física y/o patrimonio de la persona del agente –de ahí su carácter voluntario -, sino también el eventual sacrificio de los bienes jurídicos protegidos en aquellos delitos que pueda cometer el propio agente encubierto al amparo de la amplia exención de responsabilidad criminal prevista en el art. 282 *bis* apartado 5 de la repetida Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con respecto a la actuación de agentes encubiertos, existe una viva polémica sobre si esa actuación vulnera de por sí derechos fundamentales de los miembros de la organización investigada.

Una respuesta afirmativa a esta cuestión ha sido defendida y magníficamente desarrollada en la doctrina por el Magistrado Delgado Martín³⁵⁴. Su tesis puede condensarse en la afirmación de que la actuación de un agente encubierto afecta, siempre y necesariamente a:

- El derecho a la intimidad de las personas investigadas:

*“La ocultación de la condición de agente, esencia de la figura del A.E., determina por sí sola una restricción del derecho a la intimidad de los miembros de la organización investigada. Y esa invasión de la esfera privada es aún más intensa en los casos de compleja estructura en los que, tanto por la más larga duración de la infiltración como por la necesidad de una mayor integración en la organización, el agente tiene más amplio acceso a los datos propios de la vida privada de los investigados, muchos de ellos ajenos a la propia misión.”*³⁵⁵

- derecho a la defensa, necesariamente en el desarrollo de la investigación, y con serios peligros durante el Juicio Oral.
- Durante el desarrollo de la investigación:

³⁵⁴ DELGADO MARTÍN. <<El proceso ante la criminalidad organizada. El Agente encubierto>>. in “Actualidad penal”. Editorial La Ley Actualidad. Madrid. Del 3 al 9 de enero de 2.000.

³⁵⁵ DELGADO MARTÍN. *Op.cit.* pag. 9.

“El Estado, mediante el empleo del A.E., consigue eludir la aplicación de normas elementales para el derecho de defensa del imputado exigibles en el momento de su declaración [...] en primer lugar, la utilización por el Estado del engaño inherente a la figura del A.E., y el consiguiente uso de un método interrogatorio que debe considerarse prohibido, en segundo término, la falta de información al “interrogado” de sus derechos como imputado; en tercer lugar, la conducción de la conversación por parte del A.E. mediante métodos capciosos que pudieran rondar la figura de la provocación del delito; y, por último, el empleo de medios para grabar lo visto y oído por el A.E.”³⁵⁶

• Durante el Juicio Oral:

“El mantenimiento de la identidad supuesta durante toda la tramitación del proceso penal, también durante el juicio oral, sin que las partes lleguen a conocer la real, supone una necesidad primaria para el correcto funcionamiento, o incluso para la propia existencia, de la figura del A.E. [...] El mantenimiento de la reserva durante la instrucción ya se aceptaba por la LEY ORGÁNICA 19/95, de 23 de diciembre, de protección de los testigos y peritos en las causas criminales, y ha sido admitida por varias sentencias del TEDH. Ahora bien, lo que el citado TEDH ya no admite es que la identidad del testigo permanezca oculta durante la fase del juicio porque, << si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permiten probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito, y no podrá demostrarlo si no tiene informaciones que le permitan fiscalizar el crédito que le merece el autor o ponerlo en duda>>”.³⁵⁷

Con todo, pensamos que en fase de instrucción no puede mantenerse que la actuación de todo agente encubierto suponga necesaria e irremediamente la vulneración de derecho fundamental alguno de los investigados; en este sentido conviene recordar la **Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 15 de junio de 1992 (Caso Lüdi contra Suiza)**, donde se establece literalmente que *el recurso a un agente encubierto no afecta por sí, ni en combinación con las escuchas telefónicas, a la esfera privada del demandante en el sentido del artículo 8*; también parece ser esta la postura que inspiró la articulación del texto legal, por cuanto en el artículo 282 *bis* se refiere a dos autorizaciones distintas que, a efectos dogmáticos, conviene distinguir; una, la que tratamos, en su apartado 1, y la otra en su párrafo 3, esta última expresamente contemplada para *cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales*.

Sin embargo, tenemos serias dudas acerca de la constitucionalidad del mantenimiento de la identidad supuesta durante el juicio oral, máxime vista la

³⁵⁶ DELGADO MARTÍN. *Op.cit.* Pags. 18- 19.

³⁵⁷ DELGADO MARTIN. *Op.cit.* Pag 19.

posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordada por Delgado Martín en su trabajo.

En Cualquier caso, no cabe duda de que la delincuencia organizada ha generado una política criminal *ad hoc* en busca de una mayor eficacia³⁵⁸, fenómeno al que con gran acierto Choclán Montalvo alude³⁵⁹ cuando se refiere a un *modelo diferenciado de represión del delito*, o a un *derecho penal de distintas velocidades*; Insolera, cuando se refiere *al Diritto penale della criminalità organizzata*³⁶⁰, o Blakesley cuando se refiere a los “nuevos enfoques” dirigidos a combatir el crimen organizado³⁶¹.

En igual sentido Tocora, al referirse a la *legislazione d'emergenza* y a las *legislaciones de excepción*:

*“[...] Il existe un cadre juridique complexe et dispersé, appelé en Europe, particulièrement en Italie legislazione d'emergenza et dans nos pays d'Amerique legislaciones de excepción qui, pour une grande part, comprend des mesures contre le crime organisé. Ont peut relever, dans ces ensembles législatifs, un manque de politique ou au plus une pratique de politiques conjoncturelles dans lesquelles on ne peut pas trouver de cohérence, seulement des reformes et des contre-réformes. Mais surtout ce qui est le plus remarquable, c'est le contraste entre la législation ordinaire de type “garantiste” et la législation d'urgence de type “restrictiviste”.*³⁶²

³⁵⁸ Ya en 1993, en los albores de la consolidación de la política criminal específica contra la delincuencia organizada, advertía Ruíz Antón (RUÍZ ANTÓN. <<La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del Estado de Derecho>>. “Anuario de la Facultad de Derecho”. Nº 11. Universidad de Extremadura. 1993. Pag. 229) sobre la gravedad de primar argumentos de eficacia policial sobre los propios del estado de Derecho: “la eficacia policial nunca puede superar los límites impuestos en el estado de Derecho para la obtención de pruebas de cargo. ¿Están autorizados los medios de control formal del delito para provocar una prueba y luego presentarse como principales testigos del suceso? ¿No aparece ya contaminada la prueba? ¿cabe predicar la caducidad de la pretensión de persecución por parte del Estado cuando se acude por la policía a los métodos de agente provocador, incluso aunque sólo se pretenda aportar una prueba?”

No tranquiliza nada, sino inquieta mucho, el argumento de que el procedimiento tan sólo es válido ante sospechosos de determinadas formas de delincuencia o como medio para descubrir delitos de tracto sucesivo o incluso delitos ya consumados. ¿Por qué sólo en los delitos de tráfico ilícito de drogas y no también con el resto?. En un Estado de Derecho no se puede estar fomentando la permanente sospecha de que todo individuo es susceptible de cometer un delito, y que, para desmentirlo o acreditarlo, nada mejor que la intervención de un agente provocador.”

³⁵⁹ CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* 2001. Pág. 219.

³⁶⁰ INSOLERA. <<La Nozione Normativa di “Criminalità Organizzata” e di “Mafiosità”: Il Delitto Associativo, Le Fattispecie Agravanti e Quelle di Rilevanza Processuale.>> In “L’Indice Penale”. CEDAM. Padua. Enero-Abril de 2001. Pag. 403.

³⁶¹ BLAKESLEY. *Op.cit.*. 1997. Pag 126.

³⁶² TOCORA. *Op. cit.* Pag. 87.

Pues bien, si la figura penal de la organización debe inscribirse en el marco de una política criminal específicamente diseñada para el tratamiento de la delincuencia organizada, resulta evidente la imposición de una interpretación absolutamente restrictiva del término penal organización, desde el instante en que el principio rector de esta política criminal lo constituye ese criterio restrictivo al que nos hemos referido, cuya aplicación implica un detrimento de las garantías de derechos constitucionales cuando no una restricción directa de los mismos, así como un riesgo para distintos bienes jurídicos merecedores de protección penal.

De esta manera, el término designará única y exclusivamente a aquellas organizaciones de entidad suficiente como para motivar unas medidas político criminales como las que acabamos de ver.

De otro modo estaríamos sacrificando garantías y arriesgando bienes jurídicos durante la instrucción de delitos cometidos a través de entidades colectivas de escasa potencialidad criminógena, lo que, ni decirse tiene, resultaría contrario al principio de proporcionalidad y absolutamente injustificable en un Estado de Derecho.

4 Naturaleza y función político criminal de la figura de grupo ex artículo 570 *ter* del Código Penal.

Vistas la naturaleza y función de las figuras de asociación ilícita y de organización, me centraré ahora en la figura del grupo criminal introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Como se verá a continuación, la actual configuración legal del grupo permite asignarle una doble naturaleza, según sea la circunstancia prevista en el artículo 570 *bis* que no concurra en cada supuesto concreto. Ello tendrá una repercusión directa en la función político criminal que se pretenda asignar a la figura que tratamos, pues, en función de su naturaleza, se deberá entender el grupo como un instrumento normativo destinado a la prevención y control de la delincuencia organizada –asimilándola, pues, a la función propia de la figura de organización criminal-, o a la prevención y control de la delincuencia de grupo.

4.1 La doble naturaleza del grupo criminal.

La configuración residual del grupo con respecto a la organización criminal, conlleva una consecuencia inmediata: la heterogeneidad de esta categoría colectiva. Podemos afirmar la naturaleza de categoría colectiva sinérgica compleja en aquellos casos en la que, concurriendo el reparto

concertado y coordinado de tareas o funciones, no concurren las circunstancias de estabilidad y tiempo indefinido, pues, en este caso, ya concurre la racionalización de procesos y métodos que define a la sinergia compleja. Por el contrario, cuando falte esta característica, sólo podremos afirmar la naturaleza de categoría colectiva sinérgica simple del grupo.

Ello, evidentemente cuestiona la idoneidad de dar un tratamiento punitivo unitario a los posibles grupos criminales, pues la antijuricidad propia de las categorías colectivas sinérgicas complejas no parece equiparable a la propia de las sinérgicas simples. Su contenido de injusto es radicalmente distinto, tanto por los respectivos bienes jurídicos afectados, como por sus respectivas capacidades lesivas. Aún en el supuesto de que la categoría sinérgica compleja no sea permanente o no tenga un carácter indefinido, no puede ser equiparada, en términos de antijuricidad y, por ende, en términos de extensión de la pena, con una categoría sinérgica simple, sin comprometer gravemente el principio de fragmentariedad y, consecuentemente, el de proporcionalidad. Con mucho mayor motivo, en aquellos casos en los que la actividad del grupo consista en la *comisión concertada y reiterada de faltas*.

En mi opinión, la solución técnica más correcta, hubiera sido configurar el grupo en el que concurre la circunstancia de reparto concertado y coordinado de tareas o funciones, como un tipo privilegiado de organización criminal, formalmente incardinado en el artículo 570 *bis*, reservando su aplicación para aquellas organizaciones que (aun siendo categorías sinérgicas complejas) no tiene carácter estable o indefinido. Entiendo que de esta manera, se habría dotado a la regulación penal sobre categorías colectivas de una deseable homogeneidad y mayor solidez sistemática.

Esta doble naturaleza, no sólo presenta un problema en la esfera de la antijuricidad, según ya he dicho; lo presenta también en la esfera exegética.

He mantenido que existe una correspondencia entre la sinergia compleja y la delincuencia organizada en el ámbito fenomenológico, de forma y manera que la delincuencia organizada está llamada a cumplir una función exegética en aras a delimitar el contenido semántico del término jurídico "organización criminal".

Desde el momento en que el grupo criminal puede aparecer también como una categoría colectiva sinérgica compleja, la delincuencia organizada se erige igualmente como un referente metajurídico desde el que dotar de contenido semántico al término "grupo". Es decir, que el término "grupo" podrá ser interpretado desde una doble referencia fenomenológica: la delincuencia organizada, cuando se presente como una categoría sinérgica compleja, y la

delincuencia de grupo, cuando se presente como una categoría sinérgica simple.

Ni que decirse tiene que, en una exégesis permeable a la fenomenología social, el propio concepto de grupo puede adquirir matices distintos según sea el referente metajurídico que oriente la interpretación del término.

4.2 La función político criminal del grupo ex artículo 570 ter del Código Penal. La delincuencia de grupo: entre la delincuencia individual y la delincuencia organizada.

La heterogeneidad de la institución que tratamos se traduce también en la doble función político criminal que está llamada a cumplir, puesto que se espera de ella que, por una parte -y junto a la figura de la organización criminal- sea un instrumento de prevención y control de la delincuencia organizada, y, por otra, un instrumento de prevención y control de la delincuencia que voy a denominar como delincuencia de grupo.

Sobre la primera función, poco he de añadir a lo ya indicado en relación a la función político criminal de la organización: cuando en el grupo concurra la circunstancia de un reparto coordinado y concertado de tareas o funciones, estemos ante una figura penal incardinada en la política criminal específica de la delincuencia organizada y, en consecuencia, serán aplicables al proceso todas las especialidades procesales y sustantivas propias de esa política criminal específica.

Por el contrario, cuando no concurra tal circunstancia en el grupo, el proceso quedará al margen de la política criminal específica de la delincuencia organizada, y su referente fenomenológico vendrá constituido exclusivamente por la delincuencia de grupo, sobre la que me centraré a continuación.

No pretendo desarrollar un modelo acabado de este tipo de delincuencia, pero sí marcar los rasgos que, en mi opinión, la definen y justifican que nos podamos referir a ella como una entidad perfectamente diferenciada respecto a otros fenómenos criminológicos.

Resulta evidente la existencia y proliferación de un tipo de delincuencia cuya nota más característica es su comisión a través de grupos, más o menos extensos en cuanto a número de integrantes, cuya actividad ilícita se constituye como un verdadero *modus vivendi* (carteristas, *claveleras* etc.).

Según nos enseña la práctica forense, estos grupos se caracterizan por las siguientes notas:

- a- Se encuentran formados o bien por lo que en términos sociológicos denominamos *grupo de iguales*, o bien por *grupos naturales*.
- b- Carecen de una sólida estructura o normativa interna. En los grupos de iguales una débil estructura y normativa interna –cuando existe- cumple más bien una función simbólica o de fijación de la identidad grupal, antes que una función de optimización operativa, por lo que no es relevante en términos de sinergia compleja. En los grupos criminales cuyos miembros forman, además, un grupo natural, la débil estructura o normativa interna –cuando existe- no es más que una prolongación de la que se da en el grupo natural.
- c- Comparten sus miembros unos mismos o parecidos valores delincuenciales.
- d- Tienen una cierta continuidad temporal, aunque la misma no depende de una especial capacidad para sustraerse a la acción de la justicia, más allá de la propia de cualquier delincuente individual.
- e- Vendrían caracterizados también por la comisión reiterada de delitos leves o menos graves, incluso de faltas.
- f- Carecen de un grado de especialización mas allá de su habilidad personal para la comisión del delito, fruto generalmente de la práctica reiterada de un mismo *modus operandi*.
- g- Carecen de especial infraestructura (tanto material como formal o jurídica), y de necesidad o posibilidad de acceso a una línea de financiación interna o externa para sus propias actividades ilícitas.
- h- Aunque con matices sociológicos distintos, también debe considerarse delincuencia de grupo la propia de las bandas juveniles, tal como acertadamente recoge la circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado³⁶³.

³⁶³ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado. “En esta materia merece también especial atención el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas (“Latin King”, “Ñetas”, “Dominicans don’t Play”, “Forty Two”, “Trinitarios”, “Bling bling”...) cuya estructura y actuación se encuadra en parámetros muy característicos que podemos resumir en los siguientes términos: a) se trata de grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de “reglas” y “Leyes” propias; b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo...) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría; c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo “lo latino”; d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de

Como puede verse, la diferencia fenomenológica entre la delincuencia de grupo y la delincuencia organizada es notable. Por ello -y esto me parece importante- el *plus* de antijuricidad del que es portador el grupo criminal justifica la conformación de un tipo penal que permita un tratamiento diferenciado de la simple coautoría, pero no un tratamiento procesal que suponga una especial limitación de derechos y garantías.

En todo caso -y en armonía con el parecer de que debería excluirse del tipo previsto en el artículo 570 *ter* del Código Penal a aquellos grupos que son, por naturaleza, organizaciones- considero que la figura de grupo criminal se debería ceñir exclusivamente a realizar una función de prevención y control de la delincuencia de grupo, entendida como una clase específica de la delincuencia común.

delitos contra la vida o la integridad física, y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas.”

CAPÍTULO IX

LAS CATEGORÍAS COLECTIVAS SINÉRGICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. CONCLUSIONES

En aras a una mayor claridad, ordenaré las conclusiones en dos apartados. El primero, de conclusiones generales, comprenderá aquellas consideraciones que se refieren a las categorías colectivas en cuanto a tales, con abstracción de su concreta configuración e inserción en nuestro ordenamiento jurídico. Girarán todas ellas en torno a cuestiones que se han ido planteando a propósito de distintos ordenamientos jurídicos europeos y que han merecido una mayor atención doctrinal. El segundo apartado lo dedicaré a la redacción de conclusiones particulares, centrándome ahora en aquellas consideraciones que merecen las figuras de asociación ilícita, organización y grupo criminal tal como vienen configuradas en la parte especial de nuestro derecho punitivo.

Necesariamente muchas de las conclusiones recogidas en uno y otro apartado tendrán el carácter de provisionales. Me conformaré con señalar las carencias (tanto dogmáticas como político-criminales) que hoy parecen intrínsecas a las categorías colectivas, y quizás con apuntar algún camino transitable de reflexión teórica, capaz de conducirnos a un mayor conocimiento y a una mejor configuración de las categorías objeto de esta tesis.

CONCLUSIONES GENERALES.

- I. Durante las últimas décadas, prácticamente todos los países europeos han experimentado en sus ordenamientos penales un proceso continuo de inclusión de nuevas categorías colectivas. Este proceso se ha manifestado, principalmente, en la descripción de nuevos tipos cualificados por la relación del sujeto activo con una organización delictiva.
- II. Este proceso expansivo se encuentra indisolublemente ligado a la aparición y consolidación de una política criminal específicamente orientada a la prevención y control de la delincuencia organizada. Esta política criminal (inicialmente articulada como un conjunto de respuestas excepcionales al fenómeno del tráfico ilícito de estupefacientes) fue ampliando su ámbito de aplicación y, en consecuencia, demandando nuevos tipos cualificados por la relación del sujeto con una organización.

- III. La conexión entre la inclusión de nuevas categorías colectivas y la política criminal específica para la prevención y control de la delincuencia organizada, ha tenido consecuencias negativas para aquellas, a saber:
- a- En la esfera técnico legislativa, supuso la inclusión de nuevas categorías colectivas, a impulsos del denominado *derecho penal simbólico*, resultando la incorporación masiva y tantas veces desordenada de figuras de escasísima aplicación en el ámbito forense pero que, sin embargo, originaron irresolubles situaciones de antinomia en el seno de sus respectivos sistemas punitivos.
 - b- En la medida en que la política criminal específica para la prevención y control de la delincuencia organizada asimiló los postulados del denominado *derecho penal del enemigo*, se relajaron las garantías dimanantes de los principios de taxatividad y certeza en la descripción típica de las categorías colectivas, apareciendo figuras cuyo ámbito de aplicación posible desconocía por completo el principio de fragmentariedad.
- IV. La celeridad con la que se desarrolló el fenómeno de la delincuencia organizada en los países occidentales y la necesidad, socialmente sentida como urgente, de dar una respuesta eficaz a la misma, aun en detrimento de los postulados que integran el denominado *derecho penal del ciudadano* o *derecho penal de garantías*, explica que se pusieran en circulación categorías colectivas que adolecían de importantes lagunas teóricas y que, paradójicamente, acabaron por comprometer su eficacia. Estas lagunas son particularmente notorias en la determinación de su función político criminal y en la concreción de su contenido de injusto.
- V. Por lo general, la función *preventivo policial* –en expresión de Sánchez García de Paz- de los tipos autónomos o cualificados que contienen categorías colectivas, ha desplazado el interés del legislador por reflexionar sobre cual debe ser la función político criminal que tales figuras están llamadas a cumplir en el ordenamiento punitivo. En este sentido, podemos afirmar que planteamientos utilitaristas han prevalecido sobre consideraciones dogmáticas. Esta deficiencia, no solo despliega sus nefastas consecuencias en el campo de la exégesis, por cuanto priva al intérprete de la utilización del importante criterio teleológico. También compromete la propia legitimidad de las figuras

penales que tratamos, por cuanto da carta de naturaleza a unos tipos penales cuya función principal se reduce, en ocasiones, a justificar la adopción de medidas extraordinarias de investigación que resultarían inaceptables en ámbitos distintos al propio de la delincuencia organizada.

- VI. No obstante la principal carencia que hoy por hoy presentan los tipos penales, autónomos o derivados, cuyo núcleo lo constituye una categoría colectiva, es la determinación de su contenido de injusto.

El marco teórico tradicional (configurado a la medida de las necesidades dogmáticas de delitos de configuración individual y desde los postulados del derecho penal liberal) se ha mostrado claramente insuficiente para dar una respuesta adecuada a los retos que presenta la determinación del contenido de injusto en las categorías colectivas. De ahí que una parte de los investigadores hayan realizado sus propuestas desde un marco teórico revisado, adaptado a las exigencias dogmáticas propias de las categorías colectivas. Tal es el caso, entre otros, de Jackobs (injusto de amenaza), Lampe (injusto sistémico) o Ziffer (injusto como pérdida de control de la actividad social).

- VII. Pero la antijuricidad es sólo uno de los campos en los que podría darse un desajuste entre las categorías dogmáticas propuestas para pensar el derecho penal liberal, y los nuevos retos que supone la incorporación al sistema punitivo de unas figuras tan heterogéneas como son las categorías colectivas de nuevo cuño. También sería deseable revisar –y clarificar- el marco teórico de la imputación de los sujetos por su relación con una determinada categoría colectiva.

En este sentido podemos afirmar que la inclusión en la parte especial de los que podríamos llamar genéricamente como *delitos de organización*, exige una adecuación de conceptos en sede de parte general, a fin de evitar disfunciones indeseables en el seno del sistema punitivo.

- VIII. En la esfera técnico legislativa es bastante común el error de introducir comportamientos típicos relacionados con categorías colectivas, optando de forma arbitraria unas veces por la creación de tipos autónomos y otras por la creación de tipos cualificados. Ello, además de ser fuente importantes disfunciones (principalmente duplicidades innecesarias y situaciones de antinomia), origina un problema de mayor calado, habida cuenta de que el contenido de injusto de los tipos

derivados se encuentra indisolublemente ligado al contenido de injusto del tipo base, de forma y manera que, en el ámbito de la antijuricidad, no puede establecerse una equivalencia exacta entre un tipo autónomo por la relación del sujeto activo con una determinada categoría colectiva, y un tipo cualificado por la concurrencia de esta misma relación.

- IX. Por otra parte, la falta de un modelo explicativo final, acabado y consensuado, de lo que debe entenderse por *delincuencia organizada*, la amplitud semántica de tal expresión y su difícil aprehensión conceptual, en nada facilita la descripción de figuras legales para su prevención y control. También desde las ciencias empíricas se debe avanzar para poder ofrecer al legislador penal un referente criminológico bien delimitado del fenómeno de la delincuencia organizada. Sin este referente, se corre el riesgo de aplicar medidas procesales de excepción y sanciones penales a presupuestos fácticos de escasa potencialidad criminógena.

CONCLUSIONES PARTICULARES.

- X. Desde que la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, introdujera en nuestro ordenamiento punitivo la categoría colectiva de *organización*, su relación con la categoría de *asociación ilícita* -en su modalidad de las que tienen *por objeto cometer algún delito o que después de constituidas promueven su comisión*- no ha sido satisfactoriamente resuelta, ni en su delimitación conceptual, ni en su función político criminal.
- XI. La concurrencia de tipos cualificados por la pertenencia a una organización junto a la subsistencia del delito autónomo de pertenencia a una asociación ilícita -en su modalidad apuntada en el punto anterior-, supuso una auténtica ruptura del sistema normativo. Unas veces la aplicación de los tipos cualificados ofrecían un incremento punitivo con respecto a la solución concursal entre el tipo básico y el autónomo de asociación ilícita, y otras una aminoración de la pena. A pesar de la diversidad en la extensión de las penas resultantes, no podía establecerse ninguna explicación lógica que, en términos de contenido de injusto, pudiera explicar satisfactoriamente tal diversidad. En consecuencia, dicha ruptura sólo podía explicarse en términos de error técnico legislativo en la configuración de los tipos penales y en la previsión de sus respectivas consecuencias punitivas, especialmente en

aquellos tipos cualificados que no preveían una mayor pena para los jefes, administradores o encargados de tales organizaciones.

- XII. Esta situación de antinomia se vio agravada por la disparidad de criterios con los que se fueron configurando los distintos tipos cualificados por la pertenencia a una organización. Tal disparidad afectaba tanto a la descripción de los hechos típicos (refiriéndose a organizaciones unas veces; a organizaciones y asociaciones otras; e incluso equiparado punitivamente las organizaciones a asociaciones *incluso de carácter transitorio* y de actuación *ocasional...*), como a la determinación de las penas a aplicar (unas veces fijándolas con carácter general para todos los sujetos activos, y otras fijándolas en función de la distinta responsabilidad asumida por el sujeto activo en el seno de la organización –jefes administradores y encargados, o meros integrantes–; unas veces estableciendo la pena mayor en grado, y otras veces estableciendo la pena en su mismo grado pero en la mitad superior;...). Tampoco respondía tal disparidad en la formulación de los tipos a ningún criterio jurídico razonable, sino a la promulgación de sucesivas reformas sin la debida coherencia interna.
- XIII. Desde un análisis estrictamente sistemático, la importante reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, no supuso la corrección de los graves errores técnico legislativos acumulados por nuestro Código Penal en materia de categorías colectivas, por los motivos que apuntaré en algunas de las conclusiones siguientes.
- XIV. No se derogó formalmente el ordinal 1º del artículo 515 donde se tipifica la figura de asociación ilícita en la modalidad anteriormente señalada, de tal manera que:
1. Subsisten los problemas de delimitación conceptual y político criminal con respecto a los tipos cualificados por la pertenencia a una organización.
 2. Las nuevas figuras de *organización* y *grupo criminal* respectivamente tipificadas en los artículos 570 *bis* y 570 *ter* del texto punitivo, han desplazado a la figura de asociación ilícita, dejando sin posible contenido su concepto jurídico (a menos que

se acepten las poco loables opciones de reservar tal figura al ámbito de los delitos constitucionales, o para su aplicación a las asociaciones formalmente constituidas como tales según el ordenamiento civil), e impidiendo que se le pueda asignar una función político criminal específica.

3. El artículo 570 *quáter* del Código Penal supone, de facto, su derogación tácita.

- XV. Tampoco se derogaron formalmente los tipos cualificados por la pertenencia a una organización, cuya aplicación supone una pena inferior a la resultante de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico de que se trate y la figura de organización criminal. Todo ello, una vez más, a pesar de la literalidad de lo dispuesto en el repetido artículo 570 *quater* del Código Penal.

La utilización de los tipos cualificados debería ser excepcional con respecto a la solución concursal entre los tipos básicos y el definido en el repetido artículo 570 *bis*, y reservarse únicamente para aquellos supuestos en los que la conjunción entre el tipo básico y la pertenencia a una organización, provocara efectivamente un *plus* de antijuricidad superior al que representa la suma del propio de cada tipo de injusto.

- XVI. La figura de la organización criminal prevista en el artículo 570 *bis* del Código Penal se configura como una categoría colectiva sinérgica compleja. Como tal se integra en la política penal específica en materia de prevención y control de la delincuencia organizada, de donde deriva la exigencia de su interpretación restrictiva. Su contenido de injusto gravita sobre dos particulares:

1. El especial incremento del peligro al que se somete el bien jurídico tutelado por el delito que constituye la actividad ilícita de la organización.

2. El peligro al que se somete el buen funcionamiento de las instituciones públicas por la capacidad corrosiva de la propia organización.
- XVII. Como quiera que la capacidad para interferir en el buen funcionamiento de las instituciones públicas, mediante la corrupción y/o la violencia es mayor en aquellas cuyo fin es la comisión de delitos, y menor en aquellas cuyo fin es la perpetración reiterada de faltas, entiendo que estas últimas deberían configurarse como un tipo privilegiado de organizaciones, en atención a su menor potencialidad lesiva respecto al bien jurídico que he apuntado en el punto 2 de esta conclusión. Ello sin perjuicio de que, a su vez, pudieran admitir tipos cualificados por las circunstancias señaladas en el apartado 2 del artículo 570 *bis*.
- XVIII. Se echa de menos un tipo de organización de tipo mafioso, para dar respuesta punitiva a aquellas categorías colectivas sinérgicas que utilizan de forma racional y premeditada, como un método eficaz para salvaguardar a la propia organización (tanto en su estructura y como en sus normas internas), los fenómenos de dinámica de grupo, a través de rituales de marcado carácter simbólico y el fomento de una determinada cultura y de unos determinados valores.
- XIX. La figura del grupo criminal prevista en el artículo 570 *ter* del Código Penal resulta ser una figura de naturaleza heterogénea. De esta forma, unas veces se presenta como una categoría colectiva sinérgica compleja y otras como categoría colectiva sinérgica simple, en función de que concurra o no la circunstancia de *reparto coordinado de tareas y funciones*.

Como categoría colectiva sinérgica compleja, cuando concurre la circunstancia de *reparto coordinado de tareas y funciones*, se incardina en la esfera de la política criminal específica de prevención control de la delincuencia organizada, siendo este tipo de delincuencia su referente fenomenológico. Por otra parte, afecta a los mismos bienes jurídicos de la figura de la organización criminal, si bien con una menor intensidad.

Luego por su naturaleza, la figura del grupo criminal tipificada en el artículo 570 *ter* del Código Penal, cuando concurre la circunstancia de *reparto coordinado de tareas y funciones*, no es

mas que una modalidad de organización criminal de menor capacidad lesiva y, como tal, sería deseable que se tipificara como un tipo privilegiado en el seno del artículo 570 *bis*.

Como categoría colectiva sinérgica simple, cuando no concurre la circunstancia de *reparto coordinado de tareas y funciones* se incardina fuera de la esfera de cualquier política criminal específica, tomando como referente fenomenológico la delincuencia de grupos.

En consecuencia, no parece adecuado utilizar en la configuración de los sujetos activos del delito tipificado en el repetido artículo 570 *ter*, cuando de organizaciones incardinadas en el ámbito de las categorías sinérgicas simples se trata, el problemático recurso a la equiparación punitiva entre autores y partícipes, por tratarse de un recurso político criminal apenas justificable en el ámbito estricto de la política criminal específica en materia de delincuencia organizada.

En cuanto categoría colectiva sinérgica simple, el contenido de injusto del grupo viene determinado por el incremento de peligro al que se somete el bien jurídico tutelado por el delito que constituye su actividad ilícita.

- XX. La figura de grupo criminal *ex* artículo 570 *ter* del Código Penal, en sus formas más básicas (*unión de más de dos personas que tenga por objeto la perpetración concertada de delitos o unión de más de dos personas que tenga por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas*), debe considerarse como una conspiración, e incardinarse, ontológicamente, como un acto preparatorio, por lo que debería estar sujeto al principio de consunción.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO. *Delitos contra la libertad sexual: agravaciones específicas*. Atelier Editorial S.L. Barcelona. 2004.

ANARTE BORRALLO. "Conjeturas sobre la criminalidad organizada." *In Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1.999.

BENÍTEZ ORTÚZAR. *El 'colaborador con la Justicia'*. Dickinson. Madrid. 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Apuntes de derecho Mercantil*. Octava edición. Thomson/Aranzadi. Navarra. 2007.

BLANCO CORDERO. <<Criminalidad organizada y mercados ilegales>>. *EGUZKILORE*. Número 11. San Sebastián. Diciembre 1997.

BLAKESLEY. <<Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. Section II. Droit pénal spécial.>> -Comentarios a la parte especial del temario del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal.- "*International Review of Penal Law*" (Vol 67). Ramonville Sainte Agne. France. 1997.

BLAKSELEY. <<Informe General. El sistema penal frente al reto del crimen organizado>>. "*International Review of Penal Law*." (Vol 69.). Ramonville Sainte Agne. France. 1998.

BOIX REIG. "Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas". *In Delitos contra la salud pública y el contrabando*. Consejo General del Poder Judicial. "*Cuadernos de Derecho Judicial*". Madrid. 2001.

BORJA JIMÉNEZ. *Curso de Política Criminal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2.003.

BRANDARIZ GARCÍA. "Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º del Código Penal y la nueva reforma penal". *In La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2009.

BRODEUR. <<Le crime organisé hors de lui-même: tendances récentes de la recherche.>> "*Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*". 2/98. Geneve. 1998.

CANCIO MELIA. <<El injusto de delitos de organización: peligro y significado>>. Iustel. "*Revista General de Derecho Penal*". Nº 8. Madrid. Noviembre de 2007.

Bibliografía

CANCIO MELIA; SILVA SÁNCHEZ. *Delitos de Organización*. Euro Editores SRL. Buenos Aires. 2008.

CARBONELL MATEU. <<Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010>>. “*Cuadernos de Política Criminal*”. Segunda época. Nº. 101. Dikinson. Madrid. 2010.

COBO DEL ROSAL *et alii*. *Comentarios al Código Penal*. Edersa. Madrid. 1999.

COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.

CRETIN. *Mafias du Monde. Organisations Criminelles transnationales. Actualité et perspectives*. Presses Universitaires Françaises. Paris. 1997.

CUERDA ARNAU. *Atenuación y remisión de la pena en delitos de terrorismo*. Ministerio de Justicia y de Interior. Madrid. 1995.

CHOCLÁN MONTALVO. *La organización criminal. Tratamiento Penal y Procesal*. Dykinson. Madrid. 2.000.

CHOCLAN MONTALVO. “Criminalidad organizada. Concepto. La Asociación Ilícita. Problemas de Autoría y Participación.” *In La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Consejo General del Poder Judicial . “*Cuadernos de Derecho Judicial*”. Madrid. 2.001.

CHOCLÁN MONTALVO. <<Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?. >> “*Actualidad Jurídica Aranzad*”. Num. 488. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2001.

DELGADO MARTÍN. <<El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto.>> “*Actualidad Penal*.” n.1. 3 al 9 de enero. La Ley. Madrid. 2.000.

FALCONE. <<Qu'est-ce qu'une mafia?.>> “*Revue Esprit*.” nº 10. Paris. 1992.

FARALDO CABANA. *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas*. Tirant Monografías. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.

FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLO. *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

Bibliografía

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Bosch. Bosch. 1977.

GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplices en derecho penal*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense. Madrid. 1996.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Colex. Madrid. 2004.

GÓMEZ TOMILLO. *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova. Madrid. 2010.

GONZÁLEZ RUS. <<Asociación para delinquir y criminalidad organizada. (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997-Caso Filesa-).>> “*Actualidad Penal*.” Nº 27. 3 al 9 de julio. La Ley. Madrid. 2000.

GUZMÁN DALBORA. <<Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas>>. “*Revista de Derecho Penal y Criminología*”. UNED. Madrid. Julio. 1998.

HUICI CASAL. *Estructura y procesos de grupos*. Tercera Edición. Volumen II. UNED. Madrid. 1989.

INSOLERA. *Diritto Penale e criminalità organizzata*. Il Mulino. Bologna. 1996.

INSOLERA. <<La nozione normativa di “Criminalità Organizzata” e di “Mafiosità”: il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale.>> “*L’Indice Penale*”. Gennaio Aprile. CEDAM. Milani. 2001.

JAKOBS. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1995.

JESCHECK. *Tratado de derecho penal, parte general*. Comares. Granada. 1993.

KAZYRYTSKI. “Consideraciones criminológicas en torno a las bandas callejeras de origen latinoamericano en Cataluña”. Tesis Doctoral. Presentada en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Girona. Dirigida por el Dr. Juan Gonzalo Escobar Marulanda. http://www.tesisexarxa.net/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-0121109-091329/Tik1de1.pdf

LAGAZZI; MARUGO. “La ricerca in tema di criminalità Organizzata: Aprocci interpretativi e problematiche metodologiche.” *In La criminalità organizzata*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1993.

Bibliografía

LOPEZ BORJA DE QUIROGA. "Posición de la Unión Europea sobre el Crimen organizado". In *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Consejo General del Poder Judicial. "Cuadernos de derecho judicial". Madrid. 2001.

MANACORDA. *L'infraction d'organisation criminelle en Europe*. Presses Universitaires de France. Paris. 2002.

MARTELL PÉREZ-ALCALDE; QUINTERO GARCÍA. *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Aranzadi. Navarra. 2010.

MARINUCCI, DOLCINI. <<Derecho penal <<mínimo>> y nuevas formas de criminalidad>>. "Revista de Derecho Penal y Criminología." 2ª Época. Num. 9 UNED. Madrid. 2002.

MORENO CATENA. "La Protección de los testigos y Peritos en el Proceso Penal Español". In *Delincuencia organizada, Aspectos penales, Procesales y Criminológicos*. Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

MUÑOZ CONDE. *Derecho penal parte especial*. Cuarta edición. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1982.

MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

MUÑOZ CONDE. *Teoría general del delito*. Tirant lo Blanch. Cuarta edición. Valencia. 2007.

MUÑOZ CUESTA. <<Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia.>>. "Revista Aranzadi Doctrinal". Num. 1/2011. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2011.

PALAZZO. "Les Rapports entre criminalité organisée et ordre politique.", in *Criminalité organisée et ordre dans la société. Institut de Sciences Pénales et de criminologie*. Laboratoire de recherche sur la délinquance et les Déviations. Presses Universitaires D'Aix-Marseille. Marseille. 1997.

PLANTAMURA. <<Reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale.>> "L'Indice Penale." Nuova Serie. Anno X-N.2. Luglio-Dicembre. Verona. 2007.

PISA. *Giurisprudenza commentata di diritto penale*. Volume Secondo. CEDAM. Padova. 1997.

Bibliografía

QUELLOZ. <<Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée: le cas de L' Europe>>. "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé." N° 4. Oct. Déc. Dalloz. Paris. 1997.

QUINTERO OLIVARES. *La justicia penal en España*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 1.998.

QUINTERO OLIVARES *et alii*. *Comentarios a la parte especial de derecho penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1999.

QUINTERO OLIVARES *et alii*. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1999.

QUINTERO OLIVARES. "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita." *In Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

ROSAL BLASCO. "Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales." *In Criminalidad organizada, aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001.

ROXIN. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" *in Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

RUÍZ ANTÓN. <<La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del Estado de Derecho>>. "Anuario de la Facultad de Derecho". N° 11. Universidad de Extremadura. 1993.

SANCHEZ CALERO *et alii*. *Instituciones de derecho mercantil*. Trigésima edición. VOL I. Thomson/Aranzadi. Navarra. 2007

SÁNCHEZ GARCÍA. *El ejercicio legítimo del cargo y uso de armas para la autoridad*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1995.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. <<Concepto. Caracterización del crimen organizado frente a otras formas de asociación para delinquir>>. <http://vlex.com/vid/oacute-crimen-organizado-delinquir-52184240>. Versión generada el 18 de junio a las 10:14.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. "Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado". *In Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca. Cuenca. 2001.

Bibliografía

SCHNEIDER. <<Recientes Investigaciones Criminológicas sobre la Criminalidad Organizada.>> “*Revista de Derecho Penal y Criminología*.” Nº 3. UNED. Madrid. 1993.

SCALFANI. <<Fenomenología, etiología, controllo e prevenzione della criminalità organizzata nella Russia Post-Comunista. Analisi e Prospettive.>> “*Rassegna Italiana de Criminología*”. Anno VIII, n.1, 1/97. Giuffrè Editore. Milán. 1997.

SHAW. *Dinámica de grupo. Psicología de la conducta de pequeños grupos*. Herir. Barcelona. 1983.

SIERRA BRAVO. *Ciencias Sociales. Epistemología, Lógica y Metodología*. Paraninfo. Madrid. 1984.

SILVA SANCHEZ. “¿Pertinencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización a la figura de participación a través de una organización en el delito”. *In Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*. Valencia. 2004.

SILVA SÁNCHEZ. <<La actuación en una empresa como atenuante del delito>>. “*InDret Penal*” http://www.indret.com/pdf/editorial.2_1.pdf

SOUTO GARCÍA. <<La expansión del derecho penal: planteamiento del fenómeno, posiciones doctrinales y el delito económico como exponente de la expansión>>. *Revista de derecho procesal* - Núm.3-4. Noviembre 2009.

SPAGNOLO. *L'Associazione di tipo Mafioso*. CEDAM. Padova. 1993.

TOCORA. <<Crime organisé et lois d'exception.” “*Revue des science et droit pénal comparé*.”>> (Conférence donné dans le cadre du D.E.A. Droit pénal et politique criminelle en Europe (Universités Paris 1, Paris 10 et Paris 11). enero-marzo. Dalloz. Paris. 1999.

VAN DEN WYNGAERT. <<Las transformaciones del derecho penal internacional en respuesta al reto del crimen organizado.>> “*International Review of Penal Law*.” 1 y 2 trimestre. Ramonville Sainte Agne. France.1999.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA. *Comentario al Código Penal*. La Ley. Madrid. 2010.

VIVES ANTÓN; BOIX REIG *et alii*. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.

ZARAGOZA AGUADO. “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico

Bibliografía

ilegal de drogas". In *Delitos contra la salud pública y contrabando*. Consejo General del Poder Judicial. "Cuadernos de Derecho Judicial". Madrid. 2000.

ZIFFER. *El Delito de Asociación Ilícita*. Had-Hoc. Buenos Aires. 2005.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. "Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de <<participación en una organización criminal>>". In *El Derecho Penal ante la globalización*. Editorial Colex. Madrid. 2002.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación." In *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Editorial Comares. Granada. 2009.