

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO CRIMINALES EN EL TRATAMIENTO PENAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

JOSÉ MARÍA SUÁREZ LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 27-09-2012
Fecha de aceptación: 23-10-2012

RESUMEN: El presente trabajo aborda los principales problemas dogmáticos y político criminales de la criminalidad organizada. Se analiza en clave crítica el modelo que sigue la legislación penal española tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que afronta este fenómeno desde tres planos diferenciados, lo que ocasiona un importante conjunto de problemas concursales. Así, tras detallar los aspectos esenciales de esta regulación se buscan criterios diferenciales entre los nuevos delitos de organización y grupo criminal y el de asociación ilícita y también, desde otra perspectiva, con la conspiración para delinquir. Junto a ello, se valoran los criterios dogmáticos y político criminales que se han seguido destacando las importantes alternativas que la doctrina penal española ha ofertado y que, sin duda, permitirían afrontar este grave fenómeno con mayor eficacia y seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Organizaciones y grupos criminales, asociación ilícita, actos preparatorios punibles, principios de legalidad y proporcionalidad, concurso aparente de normas penales.

ABSTRACT: *This paper addresses the main dogmatic and political criminal problems of organized crime. It analyzes, in a critical key, the model that Spanish criminal law follows after the reform introduced by Law 5/2010 of June 22nd, which addresses this phenomenon on three different levels and which causes a significant set of concurrent problems. Thus, after detailing the essential aspects of this regulation, differential criteria are sought between the new offences of criminal groups and organization and that of unlawful association and also, from another perspective, that of criminal conspiracy. Alongside this, the dogmatic and political criminal criteria are assessed which have continued to stress the important alternatives that Spanish criminal doctrine has offered and which, undoubtedly, would allow this serious phenomenon to be addressed with greater efficiency and legal certainty.*

KEY WORDS: *Criminal organizations and groups, unlawful association, punishable preparatory acts, principles of legality and proportionality, apparent concurrence of criminal laws.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO. III. CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO

CRIMINAL. IV. CRITERIOS DIFERENCIALES ENTRE LOS DELITOS RELATIVOS A LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES, EL DELITO DE ASOCIACION ILÍCITA Y LA CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR. V. OTRAS CUESTIONES DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la criminalidad organizada constituye una materia de gran trascendencia social foco de notoria preocupación, hasta el punto que conforma, como apunta CUELLO CONTRERAS, un fenómeno frente al que no es fácil responder con los instrumentos dogmáticos tradicionales¹. El peso que están adquiriendo los grupos u organizaciones criminales en diversos países pone claramente de manifiesto la gravedad y alcance del fenómeno.

En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ ha afirmado que el crimen organizado constituye uno de los fenómenos más característicos de la criminalidad desde el último tercio del siglo XX y, según todos los indicios, va a ser igualmente dominante en el siglo XXI².

En dicho contexto, no se puede olvidar, como ya apuntó GONZÁLEZ RUS, que el tratamiento penal de la criminalidad organizada ha despertado en los últimos tiempos un creciente interés por parte de la doctrina³. Por ello, no debe sorprendernos que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal haya reformado en profundidad el tratamiento penal de dicha criminalidad. No obstante, la fórmula empleada presenta un importante conjunto de interrogantes que obligan a

¹ Cuello Contreras, J.: «Los casos “irresolubles” como paradigmas de la dogmática penal o ¿sirve para algo todavía la dogmática?», *¿Casos difíciles o irresolubles?*, edit. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 53.

² Sánchez García de la Paz, I.: *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, edit. Dykinson, Madrid, 2009, pág. 21.

³ González Rus, J.J.: «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*, núm. 27, 2000, pág. 561.

analizar los criterios dogmáticos y político criminales del Legislador de 2010 al regular esta materia.

En cualquier caso, la dimensión del fenómeno y sus características han generado una gran preocupación internacional que se ha proyectado en un importante conjunto normativo de carácter supranacional. Así, como ha apuntado ANGUITA OLMEDO, con la transnacionalización del crimen también se deben reajustar las políticas que se emplean para su prevención y control. Los Estados débiles tienen menos mecanismos para contrarrestar la actuación de los criminales y corren el riesgo de caer en manos de estas organizaciones, lo que también puede incidir en otros Estados y penetrar en el sistema económico y financiero, de forma que la cooperación entre Estados u organizaciones internacionales y/o supranacionales resulta de todo punto necesaria⁴.

Dicha premisa permite constatar con claridad, como dice SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, que la gravedad de los efectos negativos del crimen organizado en la estabilidad política y económica de los Estados ha llamado la atención de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas y la Unión Europea⁵. El carácter transnacional que asume el fenómeno en las últimas décadas ha llevado a los Estados a tomar conciencia de la necesidad de adoptar instrumentos internacionales comunes para combatirlo⁶.

En este sentido, son múltiples las actuaciones e instrumentos internacionales aprobados al efecto. En el seno de las Naciones Unidas destaca la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, firmada por España, el 13 de

⁴ Anguita Olmedo, C.: «La delincuencia organizada: Un asunto interior de la Unión Europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 2, julio 2010, pág. 154. http://www.reri-anudi.es/index_archivos/completo2.pdf

⁵ Como apunta SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, también se pueden citar un importante conjunto de iniciativas contra la criminalidad organizada en otras instituciones u organizaciones de carácter internacional como el Consejo de Europa, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y los países del G7/8. Sánchez García de la Paz, I.: *La criminalidad...*, cit., págs. 94 a 98

⁶ Sánchez García de la Paz, I.: *Comentario al Código Penal*, (Dir. Gómez Tomillo), edit. Lex Nova, 2ª edic., Valladolid, 2011, pág. 1924.

diciembre de 2000, y ratificada por instrumento de fecha 21 de febrero de 2002 (BOE núm. 233 de 29 de septiembre de 2003). La misma considera en su art. 2 a) «grupo delictivo organizado» 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 material⁷. A su vez, la letra c) del mencionado artículo considera «grupo estructurado» 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.

La Convención a lo largo de sus 41 artículos tiene por objeto, como señala expresamente su art. 1, promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional mediante la adopción por parte de los Estados de diferentes medidas legislativas y administrativas⁸. En este sentido, el art. 5 establece un importante conjunto de obligaciones para los Estados firmantes. Así, en relación con la incriminación de la criminalidad organizada el art. 5 señala que: «1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

⁷ Según el art. 2 b) de la Convención, «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»

⁸ En relación con la actividad desplegada contra el crimen organizado por las Naciones Unidas y los instrumentos aprobado, vid., Sánchez García de la Paz, I.: *La criminalidad...*, cit., págs. 83 y 84. Zúñiga Rodríguez, L.: *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, edit. Comares, Granada, 2009, págs. 48 a 50. Y 178 a 180.

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado».

En cuanto a la Unión Europea⁹, además de un importante conjunto de actuaciones e instrumentos, destaca la Acción Común que sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea se adoptó por el Consejo relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 1998, que fue sustituida después por la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada y que, de acuerdo con el art. 10, obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Decisión marco antes del 11 de mayo de 2010.

La mencionada decisión entiende en su art. 1 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 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; y por asociación estructurada «una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros

⁹ En relación con la actividad desplegada contra el crimen organizado por la Unión Europea y los instrumentos aprobados, vid., Anguila Olmedo, C.: «La delincuencia...», cit., págs. 164 a 171. Sánchez García de la Paz, I.: *La criminalidad...*, cit., págs. 85 a 94. Zúñiga Rodríguez, L.: *Criminalidad...*, cit., págs. 51 a 56 y 180 a 184.

funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada».

De acuerdo con el art. 2 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, aún cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad».

En cuanto a las sanciones, prevé el art. 3 de la Decisión Marco que: «1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que:

a) el delito contemplado en el artículo 2, letra a), sea punible con una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años, o

b) el delito contemplado en el artículo 2, letra b), sea punible con la misma pena máxima de reclusión que el delito que constituye el objetivo de la conspiración o con una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años.

2. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que el hecho de que los delitos mencionados en el artículo 2, conforme a lo determinado por cada uno de los Estados miembros, hayan sido cometidos en el marco de una organización delictiva, pueda considerarse como una circunstancia agravante».

Este conjunto normativo de carácter supranacional sin duda ha incidido y propiciado la Reforma que en esta materia se introduce por la Ley Orgánica 5/2010¹⁰. Así, SÁINZ CANTERO CAPARRÓS afirma que la incorporación del nuevo capítulo 6 del título XXII del libro segundo relativo a las “organizaciones y grupos criminales” parece en principio justificada por una clara incidencia de ciertas obligaciones supranacionales en materia de armonización normativa en relación con la criminalidad organizada, entre las que menciona la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000, y a la Decisión Marco de la UE 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada¹¹.

II. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO

Como ya se ha anticipado, la reforma de 2010 modifica radicalmente el tratamiento penal de la criminalidad organizada con la introducción dentro de los delitos contra el orden público del título XXII, de un nuevo capítulo 6 relativo a las “organizaciones y grupos criminales”.

Así, con anterioridad la legislación española diferenciaba, como ha apuntado GONZÁLEZ RUS, dos opciones para afrontar el fenómeno de la criminalidad organizada por una parte mediante el delito de asociación ilícita (arts. 515 a 521),

¹⁰ En este sentido Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, (Dir. Quintero Olivares, edit. Aranzadi, Pamplona 2010, págs. 359. Circular núm. 2/2011, de 2 de junio de la Fiscalía General del Estado, pág. 1

¹¹ Sáinz Cantero Caparrós, J.E.: *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, (Coord. Lorenzo Morillas Cueva), edit. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1185.

castigando el hecho asociativo en sí, mediante la punición de la promoción, la fundación, la administración, la pertenencia o la colaboración con organizaciones o asociaciones que el propio Código Penal declara ilícitas y por otra agravando ciertos comportamientos delictivos cuando se realizan en el marco de una organización criminal¹².

Dicha situación se ve claramente modificada como consecuencia de la reforma. Así, tras la misma, la criminalidad organizada se afronta desde tres planos diferenciados. Por una parte sigue vigente, y en consecuencias es aplicable, el art. 515 que incrimina la asociación ilícita, además, se incorpora un nuevo capítulo 6 relativo a las organizaciones y grupos criminales, arts. 570 bis¹³, 570 ter¹⁴ y 570 quáter¹⁵ y, en

¹² GONZÁLEZ RUS, J.J.: «Asociación...», cit., pág. 563.

¹³ Art. 570 bis «1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal 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.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

a) Esté formada por un elevado número de personas.
 b) Disponga de armas o instrumentos peligrosos.
 c) Disponga 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.
 Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos».

¹⁴ Art. 570 ter. «1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:

a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.
 b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.
 c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior,

tercer lugar, se afronta el fenómeno de la comisión de delitos en el marco de una organización o grupo criminal a través de la previsión de circunstancias agravantes específicas en algunos delitos como, al margen de las organizaciones y grupos terroristas, el de trata de seres humanos, art. 177 bis 6, los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, art. 183.4, los delitos relativos a la prostitución, arts. 187.4, 188.4 y 189.3, el descubrimiento y revelación de secretos, art. 197.8, contra la propiedad intelectual e industrial, arts. 271 y 276, blanqueo de capitales, art. 302.1, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, arts. 305.1 y 307.1, el tráfico ilegal de personas, art. 318 bis 4, falsificación de moneda, art. 386, o el tráfico de drogas y sus precursores, arts. 369.1.2^a, 369 bis, 370.2^a y 371.2.

Esta sistemática es criticada, por SÁINZ CANTERO CAPARRÓS que, con excelente criterio, afirma que si bien supone una modificación que implica un punto de inflexión en una política criminal un tanto errática, en lugar de abordar definitivamente la problemática de la criminalidad organizada, viene a distorsionar aún más la previsión

tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:

- a) Esté formado por un elevado número de personas.
- b) Disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) Disponga 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.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado».

¹⁵ Art. 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.

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 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».

legislativa de dicha fenomenología. A su juicio, el legislador de 2010, en lugar de optar bien por la supresión de los delitos de asociación ilícita y su sustitución por una fórmula más específica y coherente con otros modelos de derecho comparado, o en lugar de mantener los delitos de asociación ilícita facilitando un nuevo concepto más claro y específico de tales asociaciones que lo hiciera más conveniente para su utilización en el marco de la criminalidad organizada, ha optado por la peor y más confusa de las soluciones; mantener los delitos de asociación ilícita, sin más modificaciones que algunas puramente sistemáticas, conservar e incluso dar mayor dimensión a los diversos tipos cualificados por pertenencia del autor a una organización o asociación criminal, e incorporar, finalmente, esta nueva modalidad delictiva relativa a las organizaciones y grupos criminales, en el marco de los delitos contra el Orden público, creando así un *tertium genus*, a modo de una perspectiva normativa añadida a las existentes desde hace tiempo, que sin duda vendría a complicar aún más el análisis y la aplicación de los tradicionales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada. Complicaciones que, no sólo se pueden plasmar en la generación de nuevas y casi irresolubles relaciones de concurso normativo entre distintos instrumentos legales que se ocupan de la delincuencia organizada, sino que también pueden afectar al propio entendimiento tradicional de los mismos, muy destacadamente en lo que se refiere a los delitos de asociaciones ilícitas¹⁶.

Desde otra perspectiva, ha señalado SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ que la aplicación práctica del delito de asociación ilícita en las últimas décadas se ha producido en el ámbito de las asociaciones de finalidad terrorista y más limitadamente de la delincuencia organizada de finalidad lucrativa, en particular la dedicada al tráfico de drogas y estupefacientes, y que en el ámbito del Derecho comparado, la mayoría de los ordenamientos jurídicos, que también contaban tradicionalmente con una figura de asociación criminal, han venido desarrollando y creando figuras específicas para la lucha contra el crimen organizado. Al respecto, también señala que diferentes instrumentos internacionales, elaborados ante la preocupación creciente por la amenaza que la criminalidad asociativa, guiada por móviles de lucro o terroristas, supone para la

¹⁶ Sáinz Cantero Caparros, J. E.: *Sistema...*, cit., págs. 1185 y 1186.

estabilidad económica y política de los Estados, han venido abogando además por ello y que a este propósito responderían las nuevas figuras de los arts. 570 bis y ss¹⁷.

En el mismo sentido GARCÍA RIVAS ha indicado que la creación de un nuevo espacio en nuestro Código Penal dedicado a la definición y al castigo de las organizaciones criminales constituía una necesidad reclamada no sólo por la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de algunos instrumentos jurídicos internacionales básicos, sino también por la Fiscalía General del Estado, por considerar que las figuras recogidas hasta ahora en el Texto punitivo adolecían de lagunas de punibilidad explícitas y eran objeto además de una interpretación muy restrictiva por parte de nuestros tribunales, defectos a los que había que añadir los problemas de compatibilidad con otros ordenamientos y el subsiguiente riesgo a la falta de reconocimiento mutuo en este terreno, especialmente proclive a la adopción de medidas de investigación penal coordinadas en varios países¹⁸.

No obstante, en línea con la crítica anteriormente apuntada, también señala GARCÍA RIVAS que la inclusión de nuevas figuras delictivas que pretenden dotar de mayor armonía a la protección contra las organizaciones criminales habría debido aprovecharse para recomponer el cuadro tipológico vigente mediante la depuración de esos otros tipos y subtipos a los que parece querer sustituir el legislador, por su ineficacia. Sin embargo, no ocurre así. Por una parte, los delitos de asociación ilícita permanecen sin modificación, salvo la eliminación como tales de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, de manera que a los problemas existentes hasta ahora respecto a la aplicación de esa figura a las organizaciones criminales hay que sumar el de la confluencia de ambas regulaciones sobre fenómenos en principio similares y por otra parte, la pervivencia de los subtipos agravados generará también problemas de colisión normativa¹⁹.

¹⁷ Sánchez García de la Paz, I.: *Comentario...*, cit., pág. 1923.

¹⁸ García Rivas, N.: «Organizaciones y grupos criminales», *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Dir. Álvarez García/ González Cussac), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 504 y 505.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 505.

Es obvio que esta nueva opción legislativa, sin duda, loable en cuanto pretende afrontar con mayor eficacia el grave problema de la criminalidad organizada, presenta cuanto menos aspectos dogmáticos y de política criminal muy discutibles.

El legislador en el preámbulo de la Ley alude a las razones que la justifican y apunta, aunque ello es discutible, a la incapacidad del delito de asociación ilícita para afrontar este fenómeno por su configuración y por la naturaleza de las organizaciones y grupos criminales y a los problemas, en el campo de la cooperación internacional por la exigencia de doble incriminación, que se habían generado por la inclusión de las organizaciones terroristas en el art. 515 del Texto punitivo.

III. CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

Aunque no es fácil concretar conceptualmente la criminalidad organizada, dado que estamos, en palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, ante un fenómeno, proteico y difícil de aprehender por los diversos saberes, es esencial una definición clara del crimen organizado, pues definirlo ayuda a examinar por qué ocurre, cuándo y cómo lo hace, lo que proporciona claves para controlarlo²⁰.

La expresión crimen organizado, como dice SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, viene a designar desde el punto de vista criminológico, la realización de actividad criminal por grupos de delincuentes organizados logísticamente al modo de una empresa criminal con el fin de maximizar los beneficios económicos derivados del delito; actividad criminal que suele centrarse en delitos de particular gravedad como la extorsión, el tráfico de drogas, de armas, de personas destinadas a la prostitución, de inmigrantes ilegales, etc.²¹.

Como apunta GÓNZÁLEZ RUS carecía el Texto punitivo de una definición legal de criminalidad organizada y la misma no podía obtenerse acudiendo a los preceptos

²⁰ Zúñiga Rodríguez, L.: *Criminalidad...*, cit., págs. 30 y 31.

²¹ Sánchez García de la Paz, I.: *Comentarios...*, cit., pág. 1924.

relativos al delito de asociación ilícita ni a los definidores de tipos cualificados, pues si se recurría al primero para obtener dicho concepto, se ampliaba su campo de acción a la comisión de cualquier delito, yendo más allá del contenido que tradicionalmente le asignan las definiciones más aceptadas y si se utilizaban los tipos específicos se reducía su contenido a concretos delitos que son sólo una parte de los que se inscriben generalmente en este ámbito²². Por lo demás, tampoco tenía relevancia a efectos sustantivos la definición de delincuencia organizada del art. 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relevante sólo en orden a la aplicación de la figura del agente encubierto²³.

Dicha carencia, es subsanada por la LO 5/2010 que introduce una definición auténtica de organización y grupo criminal. Así, en cuanto a las organizaciones criminales el art. 570 bis número 1 párrafo segundo define a las mismas como «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».

Este concepto, a pesar de ser tributario del art. 1.1 de la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008²⁴, como afirma SÁINZ CANTERO CAPARRÓS difiere notablemente de los acuñados por los textos internacionales en los que los nuevos delitos encuentran su origen. Así, obvia dos requisitos conceptuales de las organizaciones criminales, en los mencionados textos, por una parte que el objeto primario o fin esencial de las organizaciones sea la realización de “delitos graves” en general o de los que expresamente se prevén en el texto de la Convención de las Naciones Unidas y, además, por otra, que los mencionados textos

²² Señala, no obstante, GONZÁLEZ RUS que con todo como se estructura la protección en el derecho español, la falta de definición no parece que constituya una deficiencia significativa ni un obstáculo para la operatividad de la regulación penal, pues lo importante es que el ámbito de la protección, tanto en los preceptos de vocación más generalistas, -asociación ilícita- como en los de objeto más específico -tipos cualificados- está suficientemente delimitado. González Rus, J.J.: «Asociación...», cit., pág. 563.

²³ Vid., en este sentido, González Rus, J.J.: «Asociación...», cit., pág. 563. Sánchez García de la Paz, I.: *Comentarios...*, cit., pág. 1924.

²⁴ Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., pág. 361.

internacionales exigen para la caracterización de las organizaciones criminales, que estas busquen como fin ulterior, añadido o último la obtención de beneficios económicos u otros beneficios de carácter material²⁵.

En cuanto a los grupos criminales, el art. 570 ter núm. 1 párrafo segundo también ofrece una interpretación auténtica de los mismos como «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión reiterada de faltas».

En este caso, a diferencia de las organizaciones criminales, los instrumentos internacionales que se suele afirmar están en la base de esta normativa no obligan a los Estados parte a tipificar como delito esta tipología de grupo²⁶ y, además, la inclusión de los grupos criminales, como un intento de articular una forma específica de intervención penal en estructuras criminales más o menos transitorias quedaba más que cumplida con los múltiples y más eficaces tipos cualificados por “pertenencia” a una organización o asociación en los que precisamente, como dice SAÍNZ CANTERO CAPARRÓS, en un alarde de realismo se ha venido previendo la posibilidad de que tales organizaciones o asociaciones fueran transitorias²⁷.

Por otra parte, no se puede obviar que la fórmula empleada por el legislador de contraposición con las organizaciones criminales como elemento definitorio principal, es, amén de desmedidamente amplia, también especialmente difusa, por lo que de mantenerse debería precisarse con un mayor respeto al principio de taxatividad²⁸.

No parece discutible que se ha intentado al introducir los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales adecuar la normativa española a las convenciones supranacionales a las que estamos vinculados, pero tampoco parece cuestionable que se

²⁵ Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., págs. 1192 y 1193.

²⁶ Vid., en este sentido: Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., pág. 361. Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., págs. 1202 y 1203.

²⁷ Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., pág. 1203.

²⁸ *Ibidem*, págs. 1203 y 1204.

ha olvidado, como apunta GONZÁLEZ RUS, que el concepto de asociación ilícita acuñado por la doctrina y jurisprudencia nacionales en aplicación del art. 515.1 del Código Penal es más amplio incluso que el que se propone en foros internacionales, pues para integrar el consorcio criminal bastan en el derecho español dos personas, se incluyen a las asociaciones transitorias y se configura cualquiera que sea la clase y gravedad de los delitos que se pretenden cometer, tanto si la finalidad delictiva es inicial como sobrevenida y en los tipos cualificados, por añadidura, se recogen las que sólo ocasionalmente realizan el delito correspondiente²⁹.

IV. CRITERIOS DIFERENCIALES ENTRE LOS DELITOS RELATIVOS A LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES, EL DELITO DE ASOCIACION ILÍCITA Y LA CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR.

La creación de estas nuevas infracciones penales, genera importantes dificultades exegéticas a la hora de diferenciarlas de otras hipótesis penalmente relevantes. Así, es inicialmente complejo, por no decir imposible el establecimiento de fronteras entre las formas de autoría y participación en una organización criminal del art. 570 bis y las previstas en relación con una asociación ilícita en los arts. 515 y ss. Por otra parte, también puede ser compleja la diferenciación entre la conspiración para delinquir, como expresamente se menciona en el art. 3 de la Decisión-Marco, y la constitución, financiación o integración de un grupo criminal del art. 570 ter.

Así, el concepto de organización criminal, entendiendo por tal la agrupación constituida por tres o más personas con una vocación de permanencia en el tiempo que, de manera concertada y coordinada, se reparta tareas o funciones con el fin de cometer delitos o la perpetración reiterada de faltas, coincide, como apuntan CORCOY BIDASOLO/ GÓMEZ MARTÍN/ BESIO HERNÁNDEZ en esencia con el del art. 515.1 y contiene los requisitos exigidos por la jurisprudencia: a) pluralidad de personas, que el art. 570.1 establece de forma explícita en al menos tres; b) existencia de

²⁹ González Rus, J.J.: «Asociación...», cit., pág. 582.

organización más o menos compleja en función del tipo de actividad y que, según algunos pronunciamientos, no requiere responder necesariamente a un esquema jerárquico pudiendo ser horizontal (el art. 570 bis 1 exige una actuación coordinada que importe el reparto o división de tareas o funciones); c) vocación de permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, cuestión que el precepto acentúa al requerir un carácter estable o por tiempo indefinido; y d) finalidad delictiva de la asociación³⁰.

En esta línea, apunta SÁINZ CANTERO CAPARRÓS que el concepto de organización criminal que introduce el art. 570 bis, se caracteriza por:

1. Agrupación o reunión de varias personas.
2. Que dicha agrupación se haga con carácter estable o por tiempo indefinido, lo que obviamente supone la exigencia de cierta permanencia.
3. Que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas y funciones.
4. Que esto último se haga con la finalidad de cometer delitos o llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas³¹.

El paralelismo de estos elementos con los que tradicionalmente se utilizaban, por doctrina y jurisprudencia, a la hora de afrontar la criminalidad organizada es, como venimos apuntando, más que evidente. Así, si aceptamos el concepto de asociación ilícita que propuso CÓRDOBA RODA concibiéndola como el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas, dotado de una entidad independiente de sus miembros, con una cierta consistencia formal y un esbozo de organización y jerarquía, y dirigido al logro de un determinado fin³², comprobamos claramente que diferenciar cuándo estamos ante una organización criminal o ante una asociación de tal naturaleza puede ser francamente muy complejo. Por lo demás, dicha similitud, cuestiona de forma más que evidente la justificación que esgrime el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010,

³⁰ Corcoy Bidasolo, M./ Gómez Martín V./ Besio Hernández M.: *Comentarios al Código Penal. Reforma L.O. 5/2010*, (Dir. Mir Puig/ Corcoy Bidasolo), edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 1114 y 1115.

³¹ Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., págs. 1192 y 1193.

³² Córdoba Roda, J.: «Libertad de Asociación y Ley Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, págs. 7 y 8.

al justificar la reforma apuntando a la incapacidad del delito de asociación ilícita para afrontar este fenómeno por su configuración y por la naturaleza de las organizaciones y grupos criminales, porque si realmente son nociones prácticamente idénticas, qué sentido tiene la incriminación de esta figuras en el texto punitivo.

Sobre esta cuestión un sector doctrinal ha insistido en dicha identidad. Así, MARTELL PÉREZ-ALCALDE/ QUINTERO GARCÍA han aludido al abrumador solapamiento que este nuevo tipo de delincuencia organizada presenta respecto del viejo delito de asociación ilícita del art. 515 del Código Penal para concluir, tras cuestionar los criterios de diferenciación que se podrían plantear, que dicho solapamiento aboca a la incertidumbre y a un previsible uso reiterativo de la regla 4ª del artículo 8, a la que el propio legislador hace referencia en el art. 570 quáter 2, consciente de la dificultad de encontrar dimensiones de injusto diferenciadoras y propias entre una tipicidad y otra que permitieran acudir a los criterios de consunción y especialidad³³. En el mismo sentido SÁINZ CANTERO CAPARRÓS tras destacar la necesidad de diferenciar el nuevo concepto del de asociación ilícita, pues la identidad de ambos conceptos puede poner en duda la necesidad de una regulación específica de las organizaciones criminales, ha concluido que la diferenciación es imposible³⁴.

Dicha disfuncionalidad también ha sido apuntada por CORCOY BIDASOLO/ GÓMEZ MARTÍN/ BESIO HERNÁNDEZ que destacan que la tipificación del nuevo delito de organización criminal entraña el peligro de dejar sin ámbito de aplicación el delito de asociación ilícita que se mantiene aunque con modificaciones sustanciales³⁵.

También la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado ha señalado que la coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal puede plantear un conflicto de normas cuando el supuesto examinado puede 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

³³ Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., págs. 360 y 361.

³⁴ Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., págs. 1194 y 1195.

³⁵ Corcoy Bidasolo, M./ Gómez Martín V./ Besio Hernández M.: *Comentarios...*, cit., pág. 1113.

la comisión de ilícitos penales. Apuntando, como solución en dicho caso, al criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 de conformidad con el art. 570 quáter³⁶.

Si acudimos a los pronunciamientos jurisprudenciales, la identidad se reafirma, pues, por una parte, el concepto de asociación generalmente utilizado por el Tribunal Supremo identifica a éstas, como afirma la sentencia núm. 503/2008, de 17 julio, con las siguientes exigencias: 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 actividad prevista; c) consistencia temporal o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y d) el fin de la asociación –que 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 precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar³⁷ y, por otra, dicho Tribunal parece que da por descontada tal similitud al aludir de forma conjunta a los conceptos de asociación u organización y vincularlos con el nuevo art. 570 bis, en la sentencia núm. 312/2012, de 24 de abril, que afirma que «Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 808/2005, de 23 de junio (RJ 2005, 7684) , que en el concepto de asociación u organización debe incluirse "cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo". Serán notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: 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 reemplazado 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. Este complejo de personas con

³⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, de 2 de junio, pág. 26.

³⁷ En este sentido, vid., entre otras las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 994/2011, de 4 de octubre, 50/2007, de 19 de enero y 234/2001, de 3 de mayo.

organigrama y planificación previa, pertrechadas normalmente con medios adecuados a los fines delictivos propuestos, hace que resulte más difícil al Estado luchar contra tales redes perfectamente estructuradas, que a su vez realizan, lógicamente, operaciones de mayor envergadura. Esa y no otra es la "ratio" de la cualificación de la conducta.

Esta interpretación que hace la Sala sobre el concepto de organización se ve respaldado por la incorporación al Código Penal, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (RCL 2010, 1658) , de un concepto propio de organización criminal y así, en el artículo 570 bis, se dispone que "A los efectos de este Código se entiende por organización criminal 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"».

Por otra parte, los criterios de diferenciación que normalmente se han esgrimido tampoco resultan eficaces. Así, no parece adecuado, como se ha apuntado, distinguirlos por un elemento formal³⁸, dado que la asociación vendría a implicar una dimensión institucional, que incluso podría conllevar su inscripción registral, de la que carece la organización, pues ello nos llevaría a privilegiar de forma incomprensible a las primeras que tendrían una menor sanción a pesar de valerse de forma abusiva del derecho fundamental de asociación. Tampoco es adecuado acudir al carácter originalmente criminal de las organizaciones frente al inicialmente legal de las asociaciones que al delinquir posteriormente se convierten en ilícitas³⁹, pues el art. 515 contempla de igual forma a «las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas,

³⁸ En este sentido, vid., Llobet Anglís, M.: «Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo», *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (Dir. Silva Sánchez), edit. La Ley, Madrid, 2011, págs. 692 y 693.

³⁹ En este sentido, García del Blanco, V., «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», *Memento experto. Reforma Penal 2010*, edit. Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2010, pág. 560. García Rivas, N.: «Organizaciones...», cit., págs. 518 y 519. Dicho criterio se podría deducir del contenido del preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 cuando afirma que la naturaleza de las organizaciones y grupos criminales no es en general el de una asociación que delinque, sino el de una agrupación de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva carente en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotada de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

promuevan su comisión» y, además, sería contrario al contenido de la censurable regla concursal que prevé el art. 570 quáter⁴⁰.

Desde otra perspectiva tampoco parece excesivamente válido el criterio que utiliza, SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ al afirmar que la delimitación del ámbito propio de una y otra figura debe situarse en el diverso objeto de protección, sobre el cual nos orientamos, los diferentes títulos del Código Penal donde se sitúan, de forma que el tipo penal del art. 515 se orienta a la punición de las manifestaciones de ejercicio abusivo del derecho de asociación que consagra el art.22 de la Constitución y desarrolla la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación concretadas en la comisión de delitos a través de las asociaciones formalmente constituidas, mientras que el bien jurídico de las nuevas figuras de orientación y grupo criminal lo sería el orden público, objeto de protección destacado por otro sector de la doctrina antes de la reforma como el propio de la asociación para delinquir⁴¹ pues, como afirman MARTELL PÉREZ-ALCALDE/ QUINTERO GARCÍA y apuntamos con anterioridad, la interpretación propuesta conduce a un privilegio en la pena de difícil explicación, si atendemos a las graves penas del nuevo art. 570 bis⁴².

La indiscutible dificultad, por no decir imposibilidad, que se encuentra a la hora de diferenciar las asociaciones ilícitas de las organizaciones criminales, de la que el propio legislador es consciente al prever de forma expresa en el segundo párrafo del núm. 2 del art. 570 quáter, la aplicación de la regla del núm. 4 del art. 8, sin duda pone de manifiesto que la nueva sistemática introducida por la reforma de 2010 puede resultar bastante disfuncional.

En cuanto a los grupos criminales y admitiendo, en línea con SÁINZ CANTERO CAPARRÓS al concretarse su concepto en el art. 570 ter por oposición a la organización criminal, que vienen a coincidir con las organizaciones criminales de «estructura fluida» que carecen precisamente de una específica jerarquía y que suponen

⁴⁰ En este sentido, vid., Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., págs. 360 y 361. Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., págs. 1194 y 1195.

⁴¹ Sánchez García de la Paz, I.: *Comentarios...*, cit., pág. 1922.

⁴² Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., pág. 361.

concertaciones no ocasionales, pero tampoco duraderas⁴³, con una organización coyuntural y un reparto funcional vinculado al tipo de actividad a desarrollar, se debe plantear, en atención a la amplitud de dicho concepto, su distinción con la preparación del delito, principalmente en relación a la conspiración para delinquir del art. 17. En dicho caso, un criterio para diferenciar tales supuestos podrá vincularse a la finalidad de comisión de un único⁴⁴, concreto y específico hecho delictivo propio de la conspiración frente a las conductas propias del grupo que no se limitarán a dicho único delito y como ulterior recurso diferenciador se podrá acudir al desvalor autónomo y vinculado al concepto de orden público que suponen o ha de suponer los delitos relativos a los grupos criminales⁴⁵.

La propuesta anterior no permite, sin embargo, silenciar los problemas dogmáticos que acompañan a estos grupos criminales que terminan por romper el sistema de *numerus clausus* en materia de actos preparatorios punibles que introdujo el Texto punitivo de 1995. En efecto, como dicen MARTELL PÉREZ ALCALDE/ QUINTERO GARCÍA, el precepto eleva a la categoría de tipicidad autónoma el conjunto y la totalidad, sin limitarlo a un grupo de tipos penales, de supuestos de simple coautoría y para aquellos casos de falta de ejecución efectiva de otros delitos, construye una suerte de conspiración para delinquir no acotada a «numerus clausus»⁴⁶.

V. OTRAS CUESTIONES DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL

⁴³ Con esta perspectiva, el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, justifica la creación de dichos grupos porque la exigencia jurisprudencial, en relación con el delito de asociación ilícita y con las organizaciones criminales recogidas en algunos tipos específicos del libro segundo, de comprobación de una estructura con vocación de permanencia, da lugar a que queden fuera, por tanto, otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

⁴⁴ En esta línea, ha afirmado LLOBET ANGLÍ que la planificación de un único hecho delictivo, no puede subsumirse en la figura del grupo criminal. Llobet Anglí, M.: «Tenencia...», cit., pág. 696. En el mismo sentido, vid., García Rivas, N.: «Organizaciones...», cit., pág. 511.

⁴⁵ Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., pág. 1204.

⁴⁶ Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., págs. 364 y 365.

Junto a los problemas conceptuales y de diferenciación entre organización criminal y asociación ilícita y conspiración para delinquir y grupo organizado ya analizados, se pueden destacar un importante conjunto de aspectos dogmáticos y político criminales que dificultan la exégesis de los preceptos y menoscaban su eficacia.

Así, en primer lugar, se debe aludir a la ubicación sistemática del precepto y a la fundamentación de la misma que se hace en el preámbulo de la Ley que, como apunta GARCÍA RIVAS, al situar estas infracciones en los delitos contra el orden público, parece optar por un concepto del mismo en un sentido formal e institucional ya superado tras la aprobación de la Constitución que lo concebía como orden «institucional», frente al actual que en un plano más material lo vincula a la «seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana» o, si se prefiere, con la «seguridad ciudadana»⁴⁷. Sin duda, parece obvio que cualquier opción legislativa debe ser nítida en relación con el bien jurídico que pretende tutelar sin incurrir en afirmaciones que lo vinculen a conceptos impropios de un Estado social y democrático de Derecho.

También hay que mencionar la escasa taxatividad que emplea el legislador. En este sentido, han destacado MARTELL PÉREZ-ALCALDE/ QUINTERO GARCÍA que se incurre en la redacción de los preceptos en extraordinarias imprecisiones en el ámbito de la autoría que pugnan con la taxatividad y la exigencia de certeza⁴⁸.

En línea de principios, junto a los problemas vinculados con el de legalidad ya apuntados, también se deben tener en cuenta los relacionados con el principio de proporcionalidad, pues parece que el legislador desconoce su existencia, equiparando conductas de autoría y participación en el art. 570 ter, cuando en el art. 570 bis se diferencian al prever una sanción mayor para el que promueve, constituye, organiza, coordina o dirige una organización criminal frente a la prevista para el que coopera con ella. En este sentido, ha apuntado en relación con el art. 570 ter, SÁNCHEZ GARCÍA

⁴⁷ García Rivas, N.: «Organizaciones...», cit., pág. 506. En sentido crítico vid., Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., págs. 1188 ss.

⁴⁸ Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., pág. 359. En el mismo sentido, Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., págs. 1203 y 1204.

DE LA PAZ que la constitución e integración son conductas de autoría y la de financiación lo es de cooperación, por lo que no habiéndolo tenido en cuenta el legislador señalando diferente pena, debería tomarse en consideración al graduarla dentro del marco penal⁴⁹. Pero es que, además, también existen problemas de este tipo también en relación con el 570 bis pues, como ha afirmado LLOBET ANGLÍ, la equiparación de la pertenencia y la colaboración a la organización del art. 570 bis vuelve a suscitar las mismas dudas con relación al principio de proporcionalidad que ya se plantearon en el ámbito del terrorismo bajo la vigencia del Código Penal de 1973⁵⁰.

Por otra parte, también se puede cuestionar que el legislador acuda una vez más a los delitos de peligro abstracto que, como dice SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, se perfeccionan en este caso desde el punto de vista del injusto con la simple realización de la conducta descrita, sin necesidad de una ulterior afectación del bien jurídico, pues éste ya se ve afectado en el preciso instante que surge la potencialidad como instrumento de un futuro desarrollo criminal de organizaciones y grupos⁵¹.

En este sentido, MARTELL PÉREZ-ALCALDE/ QUINTERO GARCÍA, tras destacar que este nuevo Derecho Penal también representa la ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes y una inquietante flexibilización de las reglas de imputación y del principio de culpabilidad, han cuestionado si era necesario ir tan lejos y si este inflacionismo punitivo no encontraba ya represión proporcionada en el rosario de agravantes específicas que nuestro Código Penal contempla para los supuestos en que el hecho se comete a través de una organización criminal o asociación hasta transitoria⁵².

Tal ampliación del ámbito de intervención penal debe ser vista, a pesar de la gravedad y peligrosidad del fenómeno, con cierta preocupación e inquietud, pues no se puede obviar que, como dice SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ y apuntamos con anterioridad, estamos ante una elevación a la categoría de delito de, a lo sumo, meros

⁴⁹ Sánchez García de la Paz, I.: *Comentarios...*, cit., pág. 1930.

⁵⁰ Llobet Anglí, M.: «Tenencia...», cit., pág. 681.

⁵¹ Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., pág. 1192.

⁵² Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., pág. 359.

actos preparatorios de futuros e, incluso, indefinidos delitos, que en el caso español podrá ser cualquiera⁵³.

Tampoco parece especialmente adecuado ni dogmática ni político criminalmente que una opción sistemática tan poco conseguida y con tan importantes problemas de delimitación entre las figuras penales ya existentes y las nuevas, se resuelva con el principio de alternatividad previsto en el núm. 4 del art. 8⁵⁴. En este sentido, GARCÍA RIVAS ha calificado la regla concursal del art. 570 quáter como «claro caso de remisión defectuosa» y ha apuntado que no basta con referirse a la regla de la alternatividad para resolver todos los casos de concurso de normas ni puede olvidarse que el art. 8 del Texto punitivo establece un orden de prelación en las reglas aplicables al concurso aparente de normas penales que ubica la alternatividad en último lugar⁵⁵.

En este sentido, la previsión de circunstancias agravantes específicas en algunos delitos que, como afirma la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 2 de junio, tienen prevista una pena inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el art. 570 bis o ter, en su caso, como puede suceder en los relativos a la prostitución y a la corrupción de menores de los arts. 187, 188 y 189 y en el blanqueo del art. 302, de forma que la aplicación preferente del subtipo agravado, sin duda más especial, supondría un trato más favorable respecto a la

⁵³ Sánchez García de la Paz, I.: *Comentarios...*, cit., pág. 1925.

⁵⁴ En este sentido, es absolutamente sorprendente que el Código Penal de preferencia en este caso al núm. 4 del art. 8, pues no se puede obviar, como apunta MORILLAS CUEVA, que el Texto punitivo de 1995 se decanta en gran medida por la línea tradicional al proponer los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción y excluir acertadamente, cualquier referencia al de alternatividad, planteando como subsidiario el de mayor gravedad punitiva del núm.4 del art. 8. Morillas Cueva, L.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, edit. Dykinson, 2ª edic., Madrid, 2010, pág. 248.

⁵⁵ García Rivas, N.: «Organizaciones...», cit., págs. 516 y 517. En sentido contrario afirma la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 2 de junio, que la aplicación del criterio de alternatividad para resolver el conflicto de normas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 570 quáter resulta justificada conforme a los principios de proporcionalidad y de congruencia de la pena resultante tras la resolución del concurso, ya que la preferente aplicación del criterio de especialidad frente al de alternatividad conduciría a privilegiar con una menor penalidad a aquellas agrupaciones que revistan una cierta formalidad asociativa con independencia de la gravedad de los delitos que persigan, lo que llevaría a la absurda consecuencia de que se premiaría el mayor desvalor de la conducta criminal que supone la utilización de una apariencia de legalidad que normalmente será un factor que favorece el desenvolvimiento de los fines delictivos de la organización. Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, de 2 de junio, pág. 17.

pena a imponer como resultado del concurso⁵⁶, no puede más que llamar la atención y hacernos cuestionar nuevamente los criterios dogmáticos y de Política Criminal en los que se inspira esta regulación. Sin duda, tales casos se pueden subsanar siguiendo la regla concursal del art. 570 quáter, pero ello no impide, que esos supuestos carezcan de sentido.

Por lo demás, la complejidad del fenómeno, asociada a la ausencia de criterios de política criminal claros, ha llevado al legislador a incurrir en carencias técnicas de todo punto sorprendente y ha propiciado la modificación del art. 570 quáter, por medio de la disposición final segunda de la LO 3/2011, de 28 de enero, para subsanar el manifiesto error en que incurría al aludir a «cualquier otra de las consecuencias del art. 31 bis de este Código»⁵⁷, olvidando, como ha destacado la doctrina, que el mencionado precepto en absoluto regula consecuencias⁵⁸, sino criterios de extensión de la responsabilidad criminal. Se trataba de una disfunción impropia de un Texto punitivo avanzado que si bien ya ha sido corregida por la mencionada reforma permite intuir cierta confusión en el legislador que en esta materia no termina de definir criterios de política criminal claros sino que se mueve entre las obligaciones supranacionales que asume y los contenidos que se han ido introduciendo a lo largo del tiempo. En relación con este precepto, tampoco se puede obviar que resulta incoherente tal previsión con la concepción de las organizaciones y grupos criminales como entidades de hecho, sin forma jurídica, en consecuencia de difícil disolución⁵⁹.

Por último, también es muy discutible la opción seguida por el legislador en el ámbito de las consecuencias jurídicas creando reglas de ejecución específicas en relación con el período de seguridad, art. 36, el concurso de delitos, art. 78.3 o la libertad condicional arts. 90 ss., pues sin duda se trata de preceptos que dan un paso más hacia un censurable e inadmisibles Derecho penal del enemigo con importantes reparos

⁵⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, de 2 de junio, pág. 19.

⁵⁷ Tras la mencionada reforma, el art. 570 quáter del Código Penal alude en su número 1 a «cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código»

⁵⁸ Sáinz Cantero Caparrós, J. E.: *Sistema...*, cit., pág. 1207.

⁵⁹ Vid., en este sentido: Llobet Angli, M.: «Tenencia...», cit., pág. 699. Martell Pérez-Alcalde, C/ Quintero García, D.: «De las organizaciones...», cit., pág. 366.

constitucionales⁶⁰. Así, en relación con el art. 78, como ha afirmado CORCOY BIDASOLO, sólo se podrá acceder al tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo y a la libertad condicional cuando quede una octava parte y con ello el penado no sólo cumple una pena privativa de libertad larga sino que, en muchos casos, saldrá de la cárcel sin haber tenido un período intermedio, con permisos, salidas, tercer grado, que está pensado precisamente para facilitar la posibilidad de reinserción⁶¹.

VI. CONCLUSIONES.

La criminalidad organizada constituye en la actualidad una cuestión penal de máxima preocupación, que debe afrontarse con firmeza y decisión. Por ello, es comprensible que el legislador penal español en el año 2010 haya introducido en el texto punitivo los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales. No obstante, dicha loable preocupación no ha venido acompañada de una técnica legislativa acorde a la importancia y gravedad del problema.

La opción que se ha seguido dista de ser la más adecuada. Frente a la dicotomía asociación criminal y organización criminal, más tipos cualificados específicos, podría haber optado por cualquier de las dos siguientes hipótesis: 1) mantener, en línea con lo propuesto por GONZÁLEZ RUS, como respuesta legal básica frente a la criminalidad organizada la ya existente a través del delito de asociación ilícita⁶² o 2) prescindir,

⁶⁰ En este sentido, ha afirmado MAPELLI CAFFARENA en relación con el art. 78 del Código Penal que para los condenados por delitos de terrorismo y cometidos en la sede de una organización criminal las posibilidades de acceder a la libertad condicional o al tercer grado son nulas ya que tiene que transcurrir en el primer caso una octava parte sobre la totalidad de las penas impuestas y en el segundo una quinta parte, con independencia de si el sujeto da o no muestras de arrepentimiento o presenta un pronóstico favorable de cara a su reinserción y que semejante disposición no sólo nos resulta contraria a muchos pasajes de la legislación penitenciaria y de dudosa constitucionalidad, sino cruel, porque como ya señalaba BECCARIA las penas inútiles lo son. Mapelli Carrafena, B.: *Comentario al Código Penal*, (Dir. Gómez Tomillo), edit. Lex Nova, 2ª edic., Valladolid, 2011, pág. 386.

⁶¹ Corcoy Bidasolo, M.: «Sistema de penas y líneas politicocriminales en las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho Penal hacia un “Derecho penal de dos velocidades”?», *Derecho Penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*, (Coord. Cancio Melía/ Gómez-Jara Díez, edit. EDISOFER S.L., Madrid, 2006, págs. 410 y 411.

⁶² González Rus, J.J.: «Asociación...», cit., pág. 584.

siguiendo el criterio de QUINTERO OLIVARES, del delito de asociación ilícita por considerar que supone una respuesta penal excesiva⁶³. Sin duda, cualquiera de las dos soluciones hubiera dado lugar con toda probabilidad a una más segura y eficaz aplicación de los tipos penales vinculados a la criminalidad organizada. Ello, debería acompañarse de la supresión o, subsidiariamente, reducción de los tipos cualificados específicos que recoge el libro segundo del Texto punitivo, pues la existencia de un delito que sancione actos de autoría y participación en relación con una organización criminal o asociación ilícita en concurso real de delitos con la figura de la parte especial correspondiente con carácter general debería ser, además, de dogmáticamente más adecuada, político criminalmente más coherente y, sin duda, evitaría el importantísimo conjunto de problemas concursales a los que con la normativa actual hemos de enfrentarnos.

Aunque se suele vincular la reforma del año 2010 con los convenios supranacionales que con anterioridad había adquirido España, no se puede obviar que los mismos necesariamente no obligaban a la misma, pues el delito de asociación criminal, con un concepto incluso más amplio que el que los textos internacionales prevén en relación con las organizaciones y grupos criminales, junto con los tipos cualificados en determinadas áreas delictivas podría ser suficiente para estimar que se estaban cumpliendo, con carácter previo, las compromisos contraídos a través de dichos convenios o instrumentos internacionales.

Igualmente, es deseable que la normativa que afronte la criminalidad organizada presente parámetros de taxatividad y proporcionalidad compatibles con los principios de legalidad y proporcionalidad. En este sentido, la indefinición que en algunos aspectos presenta la normativa actualmente vigente y la falta de proporcionalidad, en otros, es de todo punto censurable.

⁶³ Quintero Olivares, G.: «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, edit. Universidad de Huelva, 1999, págs. 177 ss.

En la misma línea, el empleo del criterio de alternatividad, para resolver los múltiples concursos de normas que una normativa tan reiterativa genera es de todo punto incoherente con el carácter subsidiario que el mismo tiene en el art. 8.

En definitiva, la regulación de la criminalidad organizada en la legislación penal actual exige de una revisión que evite la superposición de figuras y apueste por criterios dogmáticos y político criminales acordes con el desarrollo de la Ciencia penal en España y con la trascendencia de esta materia. Un tema de tanta importancia, sin duda, merece más y creo que ese plus ya se ha ofertado por la doctrina penal española que debe ser priorizada y reconocida cuando se pretende cumplir con obligaciones internacionales que probablemente ya se habían observado con carácter previo.