



TESIS DOCTORAL

TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL
DE LAS ORGANIZACIONES Y
GRUPOS CRIMINALES

CUESTIONES DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL

AUTORA: JARA BOCANEGRA MÁRQUEZ
DIRECTORA: PROF^a DRA. M^a CARMEN GÓMEZ RIVERO
CURSO 2018-2019



Tabla de contenido

RESUMEN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL	32
1. Premisa: la importancia de la identificación del bien jurídico protegido por la norma penal.....	32
2. Primeras dificultades en la tarea de identificación del objeto protegido en los delitos de organización y grupo criminal.....	35
3. Posición del legislador: el orden público como núcleo esencial de preservación de los principios, derechos y libertades constitucionales, bien jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal.....	39
4. Teorías sobre el bien jurídico protegido en los delitos de organización y grupo criminal	41
4.1. El objeto jurídico protegido como los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la organización o grupo criminal. La “tesis del adelantamiento”	42
4.1.1. Bases de la teoría.....	42
4.1.2. Críticas	44
4.2. El bien jurídico protegido por los “delitos de organización” como bien jurídico autónomo	55
4.2.1. El orden público como bien jurídico colectivo protegido	57
a. Consideraciones previas sobre el concepto “orden público”. Su problemática como objeto jurídico digno de tutela.	57
b. Concepciones objetivas del orden público	69
b.1. Las concepciones amplias: el orden público como principios jurídicos y/o instituciones sobre los que se funda la convivencia civil	69
b.2. Las denominadas concepciones estrictas o materiales.....	80
b.3. El orden público como “derecho a utilizar los espacios públicos”	93
c. Concepción subjetiva de orden público. El orden público como sentimiento de tranquilidad o paz de la colectividad	98
4.2.2. La seguridad ciudadana como bien jurídico protegido.	111
4.2.3. La teoría de la autotutela estatal.	119
4.3. Tesis eclécticas: el injusto de la organización como injusto autónomo, pero concretado en la lesión de un bien jurídico supraindividual “instrumental” referido en última instancia a los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin.....	125
4.3.1. La seguridad colectiva como bien jurídico instrumental protegido por los delitos de organización y grupo criminal	125
4.3.2. La tesis de Jakobs: La lesión de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma (principal) como injusto de los delitos de organización	131
4.3.3. La tesis de Pastor Muñoz: La seguridad normativa referida a bienes jurídicos individuales como bien jurídico protegido por los delitos de organización	134
5. Resumen de nuestra postura	136
CAPÍTULO II. CONCEPTOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL. LAS AGRUPACIONES CRIMINALES COMO INJUSTOS DE SISTEMA O “SISTEMAS DE INJUSTO”	142
1. La organización y el grupo criminal como objetos de referencia de todas las conductas típicas. Los injustos de organización y grupo criminal como “sistemas de injusto” o “injustos sistémicos”	142
2. El concepto de organización criminal. Análisis de la organización criminal como injusto de sistema constituido.....	150

2.1. Necesidad de interpretar restrictivamente el concepto de organización criminal como organización de tipo mafioso tomando como referente el art. 416 bis CP italiano.....	150
2.2. Elementos <i>de lege lata</i> del concepto de organización criminal. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de los mismos, y reflexiones críticas.....	158
2.2.1. Elementos objetivos	158
a. “Agrupación formada por más de dos personas”.....	158
b. El reparto coordinado y concertado de tareas entre los miembros. La reclamación de una estructura organizativa especialmente compleja por doctrina y jurisprudencias	164
c. Vocación de permanencia	187
2.2.2. Elemento subjetivo: el fin de cometer delitos	189
a. El elemento subjetivo del injusto sistémico como voluntad común y superior a la de los miembros como sujetos individuales. Diferencias con el elemento subjetivo de “la empresa con tendencia criminal”.....	189
b. Diferencias entre la normativa supranacional y la española en la regulación de este elemento	193
b.1. Sobre la tipología de delitos objeto de comisión por la organización criminal	196
b.2. Sobre la exigencia de elementos subjetivos específicos del injusto, en particular, el ánimo de obtener beneficios	204
c. El fin de “cometer delitos” como elemento subjetivo (dolo) de la organización criminal.....	209
3. El concepto de grupo criminal.....	220
3.1. Premisa: la insuficiencia del método interpretativo literal o gramatical para aprehender el concepto de grupo criminal.....	220
3.2. El recurso a los criterios interpretativos teleológico y sistemático como complemento al texto de la ley en la búsqueda de un ámbito de aplicación propio al delito de grupo criminal	223
3.3. Características del grupo criminal	230
3.3.1. Concierto de más de dos personas.....	231
3.3.2. Intención de cometer delitos sin la exigencia de otros “ánimos” específicos.....	241
3.3.3. La vocación de permanencia en el tiempo y su prueba en juicio.....	248
3.3.4. Estructura basada en el reparto de tareas	254
4. Las organizaciones y grupos criminales como portadores de “injustos sistémicos cualificados”. Estudio de las circunstancias agravantes de los arts. 570 bis.2 y 570 ter.2 CP.....	256
4.1. Consideraciones previas.....	256
4.2. Análisis individualizado de las circunstancias agravantes.....	264
4.2.1. “Elevado número de personas”	264
4.2.2. Disposición de “armas o instrumentos peligrosos”	269
4.2.3. Disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte	276
4.2.4. Que “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”	287
CAPÍTULO III. ANÁLISIS TÍPICO DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL.....	296
1. Tipo objetivo	296
1.1. Títulos de imputación	296
1.1.1. Algunas consideraciones previas.....	296
1.1.2. “Conductas de primer nivel”.....	302
a. Consideraciones generales.	303
b. Constituir	304
c. Promover.....	310
d. Dirigir	312
e. Organizar	319
f. Coordinar.....	321
1.1.3. “Conductas de segundo nivel”	323
a. Participar activamente.....	323
b. Formar parte o integrar	338
c. Cooperar económicamente o de cualquier modo o financiar	341

c.1. Consideraciones previas sobre la necesidad de una interpretación restrictiva de “cooperar de cualquier modo”.....	341
c.2. Exigencias a reclamar a las conductas de colaboración para su consideración como típicas. Especial atención a la problemática de las conductas neutrales.	345
1.2. Consideraciones sobre el <i>iter criminis</i>	369
1.2.1. Identificación del momento de inicio y finalización de la consumación de las conductas típicas.....	369
1.2.2. Cuestionamiento acerca del posible castigo de la tentativa.....	376
2. Tipo subjetivo.....	383
2.1. Los delitos de organización y grupo criminal como tipos dolosos	383
2.2. El concepto de dolo en estos delitos	385
2.3. La problemática del error de tipo.....	390
2.4. Sobre la existencia de posibles especiales elementos subjetivos del injusto. Distintas posturas al respecto.....	417
CAPÍTULO IV. CUESTIONES DE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD	428
1. Ámbito de juego de las causas de justificación en relación a las conductas de organización y grupo criminal.....	428
1.1. Introducción	428
1.2. Legítima defensa	431
1.3. Estado de necesidad.....	432
1.3.1. Colaboración ante la amenaza de la producción de un mal. La víctima como colaboradora de la organización o el grupo criminal.	434
1.3.2. Situaciones de penuria económica.....	466
1.4. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.....	475
2. Posible exoneración o atenuación de pena a los sujetos activos de las conductas típicas en sede de culpabilidad	481
2.1. Consideraciones previas.....	481
2.2. El miedo insuperable	483
2.2.2. Conducta de financiación de organización o grupo criminal ante el miedo a que se materialicen unas amenazas condicionales.....	486
2.2.3. Conducta de financiación de organización o grupo criminal en casos de secuestros.....	492
2.3. El error de prohibición	493
CAPÍTULO V. PENALIDAD	500
1. Consideraciones sobre la aplicabilidad de excusas absolutorias a los delitos de organización y grupo criminal.....	500
2. Consecuencias jurídicas de los delitos de organización y grupo criminal	504
2.1. Penas para las personas físicas autoras de las conductas típicas	504
2.1.1. La prisión. Cuestiones generales sobre el principio de proporcionalidad, ponderación de penas y organizaciones y grupos pluridelictivos.	505
2.1.2. Inhabilitación para actividades económicas o negocios jurídicos.....	513
2.2. Atenuación de la pena por el abandono voluntario de las actividades y la colaboración con autoridades. La “medida premial” del art. 570 quáter.4 CP	518
2.2.1. Consideraciones generales y político-criminales	518
2.2.2. Interpretación del art. 570 quáter.4 CP.....	524
a. El elemento del abandono voluntario de las actividades delictivas	527
b. La colaboración activa con las autoridades o sus agentes	531
3. La persona jurídica o ente sin personalidad jurídica como sujeto activo de las conductas típicas: ¿posibilidad de su castigo?.....	535
4. Consecuencias accesorias: El decomiso.....	539
4.1. El decomiso como instrumento clave para una lucha eficaz contra la criminalidad organizada	539
4.2. Regulación actual del decomiso en el Código Penal español. Interpretación de los arts. 127 y ss. CP	544

4.2.1. El decomiso directo o basado en condena (art. 127 CP)	545
4.2.2. El decomiso sin sentencia condenatoria o “decomiso autónomo” del art. 127ter CP..	551
4.2.3. El decomiso ampliado (art. 127 bis CP)	553
4.2.4. Decomiso por reiteración delictiva (arts. 127 quinquies y 127 sexies CP).....	557
5. Consecuencias jurídicas para la organización criminal o el grupo criminal como entidades portadoras del “injusto de sistema”	560
5.1. Consideraciones previas. Sobre la necesidad de adoptar medidas contra la agrupación criminal, y, en su caso, sobre su forma jurídica	560
5.2. Estado actual de la legislación penal	564
5.2.1. Breve análisis de las consecuencias jurídicas para entidades con o sin personalidad jurídica previstas en el Código penal antes y después de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio.....	564
5.2.2. Consecuencias jurídicas previstas para las organizaciones o grupos criminales. Análisis del apartado 1 del art. 570 quáter CP.....	571
6. Reflexiones finales. La insuficiencia del recurso a la vía penal de cara a una lucha eficaz contra la criminalidad organizada	579
CAPÍTULO VI. RELACIONES CONCURSALES	585
1. Introducción.....	585
2. Relación concursal entre los tipos de los arts. 570 bis y 570 ter CP y las distintas vías de castigo de la participación en organizaciones o grupos criminales.....	586
2.1. Relación concursal con el delito de asociación ilícita del art. 515.1º y ss. CP.....	586
2.1.1. El aparente solapamiento absoluto entre los arts. 515.1º y ss. y el art. 570 bis CP.....	586
2.1.2. Propuestas doctrinales para dotar al delito de asociación ilícita de un ámbito de aplicación autónomo y diferenciado del del tipo de organización criminal	593
2.1.3. El recurso al art. 570 quáter.2.II CP ante el fracaso de todo intento de establecer ámbitos de aplicación diferenciados de los arts. 570 bis y 515.1º CP	609
2.2. Relación concursal con los tipos de asociación ilícita de los arts. 515. 2º, 3º y 4º CP	614
2.2.1. Calificación jurídica de la relación	614
2.2.2. Resolución de los concursos de leyes en relación a los arts. 515.2º y 3º CP.....	626
2.2.3. Toma de postura.....	631
2.3. Relación concursal con los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal de la Parte Especial.....	635
2.3.1. Consideraciones generales sobre los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal	635
2.3.2. Tratamiento jurídico de los concursos de leyes	643
3.2. Propuesta de lege ferenda: La supresión de los subtipos cualificados.	652
2.4. Relación concursal entre los delitos de participación activa en organización o grupo criminal y los delitos cometidos en su seno.....	657
2.4.1. La identificación del “injusto de organización” como presupuesto para determinar la relación concursal existente. Toma de postura por la aplicación del concurso de delitos.	657
2.4.2. Concreción de la modalidad de concurso delictivo	661
a. Consideraciones generales sobre la “unidad de acción” a efectos penales	661
b. Aplicación de los postulados generales al ámbito de la criminalidad organizada	669
b.1. Consideraciones sobre la naturaleza de las conductas típicas en conflicto	669
b.2. Tratamiento de los concursos de delitos de forma particularizada	671
b.2.1. Relación concursal con los “delitos instrumentales” y “delitos-fin”	672
b.2.2. Relación concursal con los delitos ejecutados en el marco de la agrupación por decisión autónoma de sus miembros	677
b.2.3. Relación concursal con los delitos cometidos para adquirir la condición de miembro	680
2.4.3. Problemas de la apreciación del concurso ideal en relación a delitos permanentes. El peligro de infringir el pº non bis in ídem.....	680
2.5. Relaciones concursales entre los delitos de colaboración con organización criminal o financiación a grupo criminal y los delitos-fin o instrumentales cometidos por el <i>extraneus</i>	684
CONCLUSIONES.....	688

<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	717
<i>ANEXO: ABSTRACT Y CONCLUSIONI</i>	750

INDICE DE ABREVIATURAS

AAN Auto de la Audiencia Nacional
ATS Auto del Tribunal Supremo
CC Código Civil
CE Constitución Española
CP Código Penal
DLE Diccionario de la Lengua Española
FCSE Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE Fiscalía General del Estado
FJ Fundamento Jurídico
LECrím Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO Ley Orgánica
LOPSC Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana
pp. páginas
RD Real Decreto
StGB *Strafgesetzbuch* (“Código penal”, en referencia al Código penal alemán)
SAN Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP Sentencia de la Audiencia Provincial
SOCTA *Serious and Organised Crime Threat Assessment* (Informe sobre la amenaza de la criminalidad grave y organizada)
ss. siguientes
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STS Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
UE Unión Europea

RESUMEN

La amenaza que entraña para la sociedad la existencia de agrupaciones con medios personales y logísticos estructurados racionalmente para delinquir, obteniendo con ello beneficios de diverso tipo, principalmente económico, se ha tornado en especialmente preocupante tras la caída del muro de Berlín. La instauración del capitalismo como sistema económico social preponderante, la apertura de las fronteras interiores entre Estados, con la firma del acuerdo Schengen, y la liberalización de los mercados han provocado, junto con la llamada revolución tecnológica, un desarrollo cualitativo sin precedentes de la criminalidad organizada. De ser un fenómeno eminentemente nacional, restringido a determinadas áreas espaciales, la delincuencia organizada pasa a ser un problema global, que atañe a la sociedad internacional. Las Naciones Unidas y la Unión Europea, conscientes de la necesidad de abordar estrategias coordinadas de actuación a este respecto entre los distintos países, establecen una serie de obligaciones a los Estados nacionales, entre la que se encuentra la de incriminar las conductas de participación en agrupaciones delictivas como tipos penales independientes a los delitos cometidos en el marco de estas organizaciones. El cumplimiento de dichas obligaciones supranacionales por parte de España cristalizó en los delitos de participación en organización criminal y grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter CP, cuyo análisis dogmático y político-criminal constituye el objeto de la presente tesis doctoral.

El contenido y la estructura de nuestro trabajo responde al esquema clásico del análisis típico de los delitos de la Parte Especial. Así, nos planteamos, en primer lugar, cuál es -si lo hay – el objeto jurídico-penal que se pretende tutelar con la incriminación de las conductas de participación en y colaboración con agrupaciones criminales. Ésta es una de las cuestiones más abordadas por la complejidad que en principio entraña justificar el castigo de la sola participación en una agrupación delictiva, con independencia de la ejecución en su seno de delitos, por lo que su estudio implicará analizar, junto a la postura manifestada a este respecto por el legislador en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, las variadas y múltiples posturas doctrinales existentes al respecto. Tras el estudio crítico y pormenorizado de las mismas, llegaremos a una conclusión personal sobre la cuestión.

Una vez identificado el bien jurídico afectado por las conductas típicas, y, el contenido del injusto de las mismas, procedemos al análisis de los conceptos de organización y grupo criminal, en tanto elementos centrales de reunión de los distintos comportamientos típicos. Con la ayuda de la jurisprudencia y doctrina nacionales, y tomando siempre como referencia los convenios internacionales que establecen los tipos-modelo de organización criminal y grupo criminal, analizamos qué ha de entenderse por dichos conceptos *ex* arts. 570 bis y 570 ter CP, abordando cuestiones

como las características a exigirse en su caso a los tres integrantes de estas agrupaciones, la forma y estructura de estas agrupaciones, o el significado de la fórmula “cometer delitos”.

Aprehendido el significado de los conceptos de organización y grupo criminal, y la diferencia existente entre los mismos, nos adentramos en el análisis de las conductas típicas individuales, examinando, en lo que respecta al tipo objetivo, el significado de los distintos comportamientos y, con ello, la relación a exigirse entre los sujetos activos de los mismos y la organización y el grupo criminal. Se plantea asimismo la posibilidad de castigar la tentativa en estos delitos, cuando, por ejemplo, se envía un cargamento de armas a la organización criminal, que, por causas ajenas al autor del envío, no llega finalmente a ser recibida por los miembros de la agrupación. Desde el prisma subjetivo, concretamos el significado del dolo en estos delitos, y planteamos la casuística posible de supuestos de error de tipo -tema éste apenas tratado por la doctrina española-, aclarando qué sucederá cuando, por ejemplo, un sujeto lleve a cabo una conducta efectiva de colaboración con una organización criminal sin conocer la finalidad delictiva de la misma, o un integrante de una organización crea erróneamente que los delitos objeto de la misma son de menor gravedad que los que constituyen realmente el programa delictivo.

Tras el análisis típico de los delitos, nos cuestionamos la posibilidad de exonerar, o al menos, atenuar la responsabilidad penal de los sujetos activos de los comportamientos típicos, en sede de antijuridicidad o de culpabilidad. Nos planteamos aquí, tomando como referentes algunos famosos supuestos enjuiciados de conductas de colaboración con organizaciones y grupos terroristas, aquellos casos en que se realice “obligadamente” la conducta típica de cooperar con o financiar una organización o grupo criminal ante amenazas de la propia agrupación delictiva, estudiando la viabilidad de aplicar a los autores de esta conducta la circunstancia eximente del estado de necesidad o, en su defecto, del miedo insuperable. Si bien no en España, en Italia supuestos de este tipo eran y, son aun hoy, por desgracia, muy frecuentes, si se piensa, por ejemplo, en la cuota de protección impuesta por organizaciones mafiosas a los propietarios de establecimientos comerciales. Adicionalmente, abordamos otras hipótesis de realización “obligada” de las conductas típicas, como pudiera ser la de realizar una colaboración puntual con la organización criminal a cambio de una contraprestación para hacer frente al pago de una deuda o de una operación médica, y su posible impunidad mediante las circunstancias mencionadas *supra*.

Atendiendo a la mayoría de supuestos en que la conducta típica resulte antijurídica y culpable, procedemos al estudio de las penas establecidas en los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP. Habida cuenta de que las mismas son ponderadas en atención a la gravedad del delito perseguido por la agrupación delictiva, abordamos aquí cuestiones como la determinación del marco penal en los casos en que la organización o el grupo lleve a cabo actividades delictivas de diversa gravedad. Clave también en sede de penalidad es el estudio de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal

condicionada al abandono voluntario de la agrupación y a la colaboración con las autoridades, prevista en el art. 570 quáter CP, y en numerosas disposiciones de códigos penales europeos. Apartado independiente merece también la figura del decomiso, como instrumento reputado clave desde los convenios internacionales para la prevención y represión de la criminalidad organizada. En lo que respecta a la organización y al grupo criminal, se abordan también las consecuencias jurídicas aplicables a los mismos en la distinta tipología de supuestos que pueden en la práctica concurrir: agrupaciones delictivas sin forma jurídica, y con forma jurídica simulada o real.

El cierre del estudio dogmático y político-criminal de los delitos de organización y grupo criminal requiere abordar, por último, la que es quizás la cuestión práctica más compleja atinente a estos tipos: las relaciones concursales de los mismos con el resto de normas existentes en nuestro Código penal para el castigo de la participación en agrupaciones delictivas, así como con los delitos ejecutados en el seno de la organización o del grupo criminal, ya sean delitos fin propiamente dichos, ya delitos instrumentales. En lo que respecta a las primeras relaciones concursales, ha de intentarse poner algo de luz respecto al complejo conflicto actual existente entre el clásico delito de asociación ilícita de objeto criminal de los arts. 515.1º y ss. CP y el delito de organización criminal, en tanto que, al menos aparentemente, comparten ámbito de aplicación. Asimismo habrá de tratarse la coexistencia actual entre los tipos que nos ocupan y los subtipos agravados precisamente por razón de la pertenencia a organizaciones y grupos criminales en relación a delitos especialmente vinculados a la criminalidad organizada. En cuanto a la relación entre los delitos de organización y grupo criminal y los delitos cometidos en su marco por el integrante de la agrupación, en España la cuestión apenas ha sido estudiada, aceptándose como premisa indiscutida la existencia en estos casos de un concurso real de delitos. Atendiendo a la doctrina de otros países, especialmente la alemana, que ha abordado con profundidad esta cuestión, insta reflexionar a este respecto acerca de otras posibilidades distintas, que, además, eviten la imposición de penas excesivamente altas.

En definitiva, con este trabajo de investigación se pretende aportar algo de luz a los problemas, tanto de legitimación como de aplicación práctica por los tribunales, que plantea la existencia de los delitos de organización y grupo criminal, así como proponer *de lege ferenda* ciertas modificaciones legales de los arts. 570 bis y 570 ter CP que hagan de estos delitos tipos más respetuosos con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad.

INTRODUCCIÓN

Es un hecho indiscutido que la comisión de delitos entre varias personas garantiza en mucha mayor proporción el éxito de la empresa criminal que la actuación individualizada de un único sujeto. La superioridad numérica produce un mayor una mayor eficiencia en la actuación, principalmente cuando la misma se efectúa tras una previa coordinación y reparto de actividades entre los sujetos. Los mayores medios personales garantizan a su vez la disposición de mayores medios materiales y logísticos para actuar. Por otra parte, el grupo permite la comisión de delitos de especial complejidad, que difícilmente podrán llevarse a cabo exitosamente por un individuo aislado, como el tráfico de drogas a gran escala o la trata de personas con fines de explotación sexual o laboral.

Estudios en el campo de la sociología y de la psicología revelan, además, que la interacción entre distintos sujetos puede dar lugar, sobre todo si la interacción es continuada, como sucede en grupos formados con cierta estabilidad, a la producción de dinámicas de grupo capaces de influir decisivamente en el comportamiento individual de los integrantes, llevándoles a realizar acciones que de modo individual no se hubieran siquiera planteado ejecutar¹. Las instigaciones de unos sujetos a otros a actuar de un modo determinado producen así efectos especialmente efectivos en contextos grupales, pudiendo suceder que el sujeto individual actúe, llevando a cabo la conducta a que se instiga, ante el miedo a no ser aceptado por los demás, y ser objeto de críticas o rechazo. A su vez, el hecho de ser integrante de un grupo, de sentirse parte de él y contar con el apoyo del resto reduce, o incluso, en casos extremos, elimina, los factores de inhibición del comportamiento, a la vez que minimiza el sentimiento de culpabilidad de sus miembros por posibles acciones reprochables cometidas de forma grupal². Los efectos psicológicos de la actuación colectiva repercuten asimismo en el comportamiento de personas externas al propio grupo de delincuentes. La superioridad

¹ Destaca a este respecto el estudio de JÄGER, H., *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, Alfred Metzner, 1985 (especialmente pp. 19 y ss.), sobre la influencia de las dinámicas colectivas en el comportamiento criminal individual del sujeto integrante de una masa o grupo. Ya fuera del terreno sociológico, SCHUMACHER, W., “Gruppendynamik und Straftat”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 35, 1980, pág. 1883, se ha planteado la posibilidad de que ese probado efecto de las dinámicas de grupo en el comportamiento humano individual tenga alguna repercusión de cara a determinar la responsabilidad jurídica del sujeto. Concretamente, el autor propone a estos efectos aplicar en sede de culpabilidad una atenuación o exoneración de la responsabilidad penal de los sujetos que delincan bajo la influencia de dichas dinámicas, a través de la aplicación de los §§ 20 y 21 StGB, que prevén la “incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas”, y la “capacidad de culpabilidad reducida”, respectivamente.

² Destaca el poder de las dinámicas de grupo en el concreto ámbito del acoso escolar SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., “El acoso escolar. Un apunte victimológico”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, pp. 2 y ss.: “la confluencia de varios agresores que, bajo la dirección de uno o varios líderes integran un grupo, intensificando con ello la sensación de dominio y favoreciendo distorsiones cognitivas en sus miembros (percepción absolutista, despersonalización, difuminación de la responsabilidad, culpabilización de la víctima), dada la naturaleza disruptiva del colectivo en que se integran y la desinhibición conductual y el analfabetismo emocional que exigen a sus integrantes”.

numérica del grupo presenta un indudable efecto intimidatorio en la víctima y, en su caso, en posibles testigos de los hechos, provocándoles sentimientos de miedo y respeto, que pueden llevarles a guardar silencio sobre los sucesos acaecidos por el temor a sufrir posibles represalias por parte del colectivo, lo que a su vez contribuye en un fortalecimiento de la seguridad de los delincuentes integrantes del grupo.

Esta realidad ha sido tenida en consideración por los legisladores penales, pues, ya desde los inicios de la codificación penal, se encuentran a nivel de derecho comparado disposiciones legales que castigan de manera específica y más gravosa la ejecución de delitos de manera grupal³. En los casos en que, además, la delincuencia grupal responde a ideas políticas disidentes con las del régimen gobernante, el Estado presenta un interés especial en reprimir el fenómeno al ver en él un peligro a su propia existencia. Entre los mencionados instrumentos legales de que se dotan desde los inicios de la codificación los países para hacer frente a la delincuencia grupal se encuentran, junto a la circunstancia agravante de la responsabilidad penal de abuso de superioridad, la declaración constitucional de ilicitud de las asociaciones dedicadas a delinquir, y la previsión de penas para los miembros y colaboradores de tales asociaciones mediante la creación de tipos de asociación ilícita. El origen de esta figura se sitúa concretamente en la Francia napoleónica de principios del siglo XIX, y, concretamente, en el delito de *association des malfaiteurs*, que, situado entre los “delitos contra la paz pública”⁴, castigaba originariamente la participación en bandas armadas cuyos fines fuesen la comisión de delitos contra las personas o la propiedad. Se otorgaba así relevancia penal autónoma a la sola conducta de participar en una organización dedicada a delinquir, con independencia del delito o delitos en su caso ejecutados en el seno de la asociación. El carácter antijurídico de las finalidades de la agrupación teñía de ilicitud a la conducta de participación con la misma.

³SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *Derecho Penal Contemporáneo*, nº. 23, 2008, pág. 112, va más atrás en el tiempo, conectando la lucha contra la criminalidad grupal con el origen de la pena estatal: “Es precisamente la lucha contra la criminalidad de grupos y de masas, de particular peligrosidad frente a aquella individual, la que se encuentra en la raíz del nacimiento de la pena estatal, que deja atrás la venganza privada. Así ya en la Roma antigua el nacimiento del Derecho Penal como Derecho Público aparece unido a la reacción frente a este tipo de comportamientos en los que se aprecia su peligrosidad para el interés público y estatal”.

⁴SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pág. 113, explica esta denominación de la rúbrica señalando que: “en la época de la Ilustración, al interés en la protección del Estado o de su autoridad se sobrepone el interés de la generalidad del poder vivir en paz, o incluso la “confianza” o “tranquilidad” de la población; el delito de asociación ilícita suele aparecer así bajo la rúbrica de los delitos contra la “paz pública”. Como ejemplo adicional de esta práctica en otros países la autora se refiere a los Códigos españoles de 1848 y 1850, que también situaban los delitos de asociación ilícita entre los delitos contra la tranquilidad, la paz y la seguridad públicas.

El tipo asociativo, creado originariamente en Francia, se expande como la pólvora entre el resto de países europeos⁵, también interesados en castigar especialmente la delincuencia grupal en el seno de organizaciones, surgiendo así múltiples variaciones de la originaria *association des malfaiteurs*, aún hoy vigentes en los Códigos penales actuales: arts. 515 y ss. de nuestro Código penal, art. 416 CP italiano, art. 299 CP portugués, art. 187 CP griego, art. 140 CP holandés, art. 322 CP belga, art. 322 CP Luxemburgo, o, incluso, y a pesar de no pertenecer a la cultura latina, en el §129 StGB alemán⁶. Característica común a estos tipos penales, tanto en sus redacciones originarias en los Códigos penales decimonónicos, como en las actuales de los Códigos penales vigentes en los distintos países, es la generalidad y amplitud de sus términos, al castigar a grandes rasgos la participación en una agrupación para delinquir, sin especificarse incluso en algunos casos, como el alemán (§129 StGB), el número mínimo de integrantes exigible de cara a la aplicación del tipo. Tal abstracción, generalmente criticada por la doctrina a nivel comparado, ha permitido a los poderes reinantes de turno emplear el tipo penal con distintas finalidades, según cuáles fuesen los intereses y amenazas existentes en cada época y territorio. Así, la figura, originariamente ideada en Francia para combatir el bandolerismo, ha sido empleada, principalmente a lo largo del siglo XIX, mientras la alternancia en el poder de regímenes liberales y absolutistas con anhelos de permanencia, como arma de represión política con la que mantener a raya a los opositores políticos del régimen gobernante⁷.

⁵ Señala la larga tradición del tipo asociativo en los países de cultura latina, MILITELLO, V., “La pertenencia a una organización criminal como tipo penal modelo europeo”, *Persona y Derecho*, n° 51, 2004, pp. 286 y 287.

⁶ Señálese que en los países anglosajones, donde rige el sistema del *Common Law*, la incriminación de la delincuencia grupal se articula mediante la figura de la *conspiracy*, a través de la que se castiga el mero acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito en base a la doctrina del *general danger rationale*, según la cual -transcribiendo a CORDINI, N. S., “Delitos de organización: los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal” en el derecho interno y en el derecho internacional”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, n.º 104, enero-junio de 2017, pág. 93 -, “1) si muchas personas actúan de manera concertada, ellas producen un peligro social mayor que una persona individual; 2) la probabilidad de que muchas personas lleven a cabo sus intenciones es mayor, y 3) muchas personas son más capaces de cometer delitos más complejos que una persona individual”. Si tras el acuerdo se ejecuta el delito objeto de la conspiración se aplica, según este sistema, tanto el castigo por la conspiración, como por el delito ejecutado, de manera similar a lo que ocurre en los países latinos con los delitos de la asociación ilícita u organización criminal y los “delitos-fin” ejecutados en su marco. Véase CORDINI, N. S., “Delitos de organización: los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal” en el derecho interno y en el derecho internacional”, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

⁷ Concretamente, en Francia, donde nace el tipo, empieza a ser utilizado por el Estado liberal para reprimir los comportamientos de grupo que pudieran hacer peligrar o menoscabar la hegemonía de las tesis liberales, siendo posteriormente, a partir de la restauración del absolutismo en 1.814, utilizada contra las agrupaciones contrarias al nuevo régimen. En el caso de Alemania, el tipo de *Kriminelle Vereinigung* del §129 StGB es utilizado durante el periodo imperial (1.871-1.918) para reprimir los movimientos de los trabajadores organizados, así como del Partido Socialdemócrata (SPD), entonces ilegal. España, por su parte, dejando reservado en el CP de 1.822 el castigo de la criminalidad común a la figura de la cuadrilla de malhechores (arts. 338-334), incorpora una serie numerosa de tipos penales como modalidades de asociaciones específicas para la represión política de las asociaciones: las facciones (art. 315), que castigan el concierto de personas para lograr objetivos contrarios al orden público; las corporaciones (art. 316), a través de las que se pena a los que formen hermandades o cofradías sin conocimiento y licencia del Gobierno; las sociedades, juntas y asociaciones (arts. 317 y 318), mediante las que se castiga a los individuos que formen alguna de estas agrupaciones sin licencia del Gobierno

Tal práctica se acentúa en el S. XX, especialmente en el periodo de entreguerras (1918-1939), en aquellos países en que se instauran regímenes totalitarios⁸.

Con la instauración general de la democracia en los países europeos cambian, sin embargo, radicalmente los objetivos de los Estados a este respecto⁹. El Derecho Penal deja de ser un instrumento en manos de los gobernantes de turno, imponiéndose a los poderes públicos el obligado respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas del individuo reconocidos constitucionalmente, entre los que se encuentra el derecho a reunirse y asociarse libremente¹⁰. De esta forma, el delito de asociación

(art.317), así como a las confederaciones que hicieren éstas entre sí para oponerse a alguna disposición del Gobierno o de las autoridades, impedir, suspender o entorpecer la ejecución de alguna ley, reglamento o acto de justicia o para cualquier otro objetivo contrario a las leyes; y las reuniones secretas (art.319), que penan las conductas de dirección o integración de una reunión que tuviera por objeto una acción contraria a las leyes. Los códigos penales sucesivos reducirán considerablemente la lista de asociaciones ilícitas dejándolas en dos modalidades básicas: sociedades secretas y demás asociaciones ilícitas, en el caso del CP de 1.848, y asociaciones que por su objetivo y circunstancias fueran contrarias a la moral públicas y asociaciones que tuvieran por objeto cometer algún delito penado en este Código, en el caso del CP de 1.870, considerado el antecedente legislativo por excelencia del sistema actual de asociaciones ilícitas. Sin embargo, con la llegada de la dictadura franquista, y la promulgación de un nuevo código penal en 1.944, el listado de asociaciones se incrementará de nuevo, llegando incluso a superar el casuismo del CP 1.822. Para más información sobre la evolución de la figura de la asociación ilícita en la legislación española, véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, 1977, Barcelona, pp. 17 y ss.

⁸Ejemplos de ello son la Alemania nazi y la Italia de Mussolini, donde los respectivos tipos de “kriminelle Vereinigung” y “associazione per delinquere” son utilizados para eliminar cualquier atisbo de oposición a las directrices del régimen. Lo mismo sucede en España, aunque años más tarde, durante la dictadura del General Francisco Franco (1939-1975). Así, el CP franquista de 1.944, manteniendo las dos figuras de asociaciones ilícitas del CP de 1932, originarias del CP de 1.980, incorpora con un claro matiz político un catálogo extensísimo de nuevos tipos de asociaciones ilícitas, procedentes muchos de ellos de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1.941. Ejemplos de las nuevas figuras son los grupos u asociaciones que tiendan a la destrucción o al relajamiento del sentimiento nacional (art. 173.1º), los constituidos dentro o fuera de España para atacar la unidad de la Nación española o promover o difundir actividades separatistas (art. 173.2º), las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás otras entidades análogas declaradas fuera de la ley y cualesquiera otras de tendencia análoga (art. 173.3º) o las asociaciones que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de españoles en grupos políticos o de clase (art. 173.4º). Para más detalles sobre la regulación del sistema de asociaciones ilícitas en el CP de 1.944, véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

⁹ Hay que matizar que durante la Guerra Fría (1947-1991), principalmente en los años 50, el tipo asociativo sigue utilizándose con fines políticos en algunos países europeos, ya democráticos, para reprimir las actividades de grupos comunistas.

¹⁰ En el caso concreto de España, manifestación clara del cambio que supuso la instauración de la democracia la tenemos en la Ley 23/1976 que reformó el CP franquista de 1944 para adecuarlo a la nueva situación político-social del país. En lo que respecta a la regulación de los delitos asociativos, esta ley supuso la supresión del excesivo casuismo del CP de 1944, pasando los tipos de ser nueve a cinco. Se revela también la intención del legislador de garantizar la continuidad del nuevo régimen de libertades instaurado con la tipificación de la participación en “asociaciones que se propongan implantar un sistema totalitario” en el apartado 5º del art. 172. Aun así, siguen observándose tras la reforma resquicios del antiguo sistema, como el uso de conceptos vagos e indeterminados en los arts. 172.1º (“asociaciones contrarias a la moral pública), y 172.3º (“asociaciones que tengan por objeto la subversión violenta o destrucción del orden público, político, social o económico, o el ataque a la soberanía, la unidad o independencia de la patria, la integridad del territorio o la seguridad nacional”), que criticaba en su momento GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 79, 80, 88 y 89.

criminal pierde su funcionalidad como instrumento de represión política, iniciándose por parte de los operadores jurídicos la búsqueda de otros ámbitos de aplicación que dar al tipo para evitar que quede en desuso. El problema se resuelve en parte en muchos países en los años 60 y 70 con la llegada del auge del terrorismo, que dota al tipo asociativo de una nueva utilidad como instrumento de lucha contra las organizaciones terroristas, aunque la mayoría de países no se sirven del tipo básico de asociación criminal para afrontar el fenómeno, sino que incorporan a sus respectivos códigos tipos específicos de asociación para ello. Ejemplos de estos nuevos tipos son la asociación terrorista del art. 516 del Código Penal español¹¹, la asociación con fines terroristas del art. 421.2.1 del CP francés o la asociación con finalidad terrorista internacional del art. 270 bis del CP italiano¹².

Tras la caída del muro de Berlín en 1991 se abre paso una nueva etapa a nivel internacional, que ofrece nuevos ámbitos de aplicación a los tipos asociativos. El auge del sistema capitalista, y de la economía de libre mercado, y, específicamente en Europa, la apertura de las fronteras entre países en la circulación de personas y bienes, con la entrada en vigor del acuerdo Schengen en 1985 son factores que, unidos a la llamada “revolución tecnológica”, propician un cambio cualitativo en el fenómeno de la criminalidad organizada. Las organizaciones criminales, hasta entonces circunscritas en su ámbito de actuación a territorios determinados, se aprovechan de las ventajas de ese nuevo contexto social, y pasan a actuar transnacionalmente, aprovechando la rapidez de las comunicaciones y la eficacia de los aparatos electrónicos, y adoptando, en ese camino, los modelos y estructuras de tipo empresarial¹³ en la búsqueda del máximo beneficio posible en el mercado de productos y servicios ilegales¹⁴. El crecimiento de

¹¹ El tipo, sin embargo, ya no se encuentra vigente. Fue derogado por la LO 5/2010, que incorporó en su lugar en un nuevo capítulo VII del título XXII, junto a los delitos de terrorismo, los tipos de participación en organizaciones y grupos terrorista, actualmente en vigor.

¹² Alemania fue, junto con España, uno de los primeros países en incorporar estos tipos específicos. Introdujo el delito de asociación terrorista en 1976 como tipo agravado (§129a StGB) respecto del tipo básico de la “kriminelle Vereinigung” (§129 StGB). Francia e Italia introdujeron la figura más tarde. En el caso de Francia, fue en el año 1996, a través de la ley 96-647. Italia la incorporó en 2001, tras el atentado de las torres gemelas del 11 de septiembre en EEUU. De ahí el carácter internacional del tipo: asociación con finalidad terrorista internacional (art. 270 bis).

¹³ Señalan este aspecto BLANCO CORDERO, I., y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, *Revista Penal*, nº 6, 2000, pp. 3 y 4: “las organizaciones criminales [...] tienen ahora una orientación empresarial y capitalista [...] el delincuente organizado es un empresario, y la organización actúa como una auténtica empresa criminal”.

¹⁴ Describe muy bien este “salto cualitativo” de las organizaciones criminales ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en SANZ MULAS, N. (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, pp. 43 y 44: “Luego de la caída del muro de Berlín se inicia un periodo histórico caracterizado por el triunfo ideológico del capitalismo y la consiguiente liberalización de los mercados. Esto le supone un renacer a la criminalidad organizada, pues el tinte mercantil de maximización de los beneficios, aprovechamiento de los adelantos tecnológicos, prevalencia del mercado, le permitirá dar un salto cualitativo”. En el mismo sentido, véase también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, *op. cit.*, pág. 61, MILITELLO, V., “La pertenencia a una organización criminal como tipo penal modelo europeo”, *op. cit.*, pág. 289, y JAIME-JIMÉNEZ, O., y CASTRO MORAL, L., “La

las desigualdades económicas y sociales, que promueven grandes flujos de inmigración, y la existencia de una gran demanda de productos o servicios ilegales en las sociedades capitales, ante una política de mano dura contra fenómenos como el tráfico de drogas o la prostitución, y de encarecimiento de ciertos bienes legales, como el tabaco, contribuyen asimismo de forma sustancial al crecimiento y fortalecimiento de la criminalidad organizada, que ve nichos de mercado con los que lucrarse ilícitamente de manera rápida y fácil.

Con la excepción de Italia, que, dada la especificidad y gravedad de la realidad de la criminalidad organizada en dicho país, ya disponía entonces de un tipo concreto para hacer frente al fenómeno¹⁵ -el tipo de asociación de tipo mafioso del art. 416 bis CP¹⁶-, en el resto de países el único tipo penal disponible a aplicar entonces para la represión del nuevo fenómeno era el susodicho delito de asociación ilícita¹⁷, y, efectivamente así se hizo judicialmente hablando, aunque en países como España, en escasas ocasiones. A la interpretación restrictiva que venían haciendo los tribunales españoles del tipo de asociación ilícita, ante su excesiva amplitud, que venía dejando en la impunidad a integrantes de algunos grupos criminales por la conducta de participación en la misma, se unió además, y en parte motivado por ello, una postura doctrinal generalizada reticente a la concepción de este delito como arma contra la delincuencia organizada. A este respecto, la configuración del tipo penal como delito contra la Constitución, y, más concretamente, como delito cometido en el ejercicio del derecho de asociación, y, su tradicional empleo en la represión de la disidencia política,

criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 91, pág. 175, quienes se refieren, a este respecto, a un “proceso de internacionalización del crimen”.

¹⁵ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, *op. cit.*, pág. 60 señala que en Italia, al que suma EEUU, “sí se percibió antes como un fenómeno con cierta trascendencia”, mientras que “en la mayoría de países no se había tomado conciencia de la dañosidad social de las organizaciones criminales dedicadas a los tráficos ilícitos”.

¹⁶ Este tipo penal es introducido en el Código penal italiano por la Ley 646/1982 ante -transcribiendo a MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, nº 5, 2000, pág. 14 - la “presunta inidoneidad del viejo artículo 416 del Código penal, la asociación para delinquir, considerada incapaz para captar el fenómeno mafioso en la totalidad de sus aspectos criminales”.

¹⁷ Así lo señalaba en su momento en España CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en CANCIO MELIÁ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra, 2008, pág. 4: “la amplitud [...] de la formulación típica de los delitos de asociación ilícita ya existentes en ordenamientos como el español, el italiano o el alemán estaría en condiciones de absorber cualquier concepto de criminalidad organizada”, aunque, a continuación, señalaba que: “en contraste con esta posibilidad jurídico-positiva, parece claro que en el plano empírico, la punición de este tipo de colectivos no es nada frecuente en supuestos sin trascendencia política”. A pesar de esta realidad el autor pronostica que la subsunción de los casos de criminalidad organizada en el tipo de asociación ilícita, a falta de tipos más específicos, será finalmente inevitable: “lo que está claro es que ya no queda mucho tiempo; en España se oye ya el silbato de la locomotora “criminalidad organizada”: cada vez es más frecuente el fenómeno de resucitación de la asociación ilícita del art. 515.1 CP respecto de grupos de delincuentes comunes”. En lo que respecta a la jurisprudencia, sí encontramos varias sentencias que aplican los arts. 515 y ss. a organizaciones criminales propiamente dichas; no obstante, se mantenía una interpretación muy restrictiva del precepto.

se arguyeron como principales óbices de cara a su empleo en el campo de la delincuencia organizada común, motivada sólo por el ánimo de lucro¹⁸. Así, el tipo asociativo, creado en una época completamente diversa al siglo XX, en la que ni existía, ni se imaginaba, el fenómeno del crimen organizado transnacional¹⁹, se reputaba de manera general, salvo contadas excepciones²⁰, inadecuado para hacer frente a esta nueva realidad²¹. Este pensamiento caló de forma generalizada en Europa, extendiéndose la opinión de que una represión penal eficaz del nuevo fenómeno requería de la creación ad hoc un tipo penal específico que atendiese a las especificidades y problemáticas concretas del mismo²². Este tipo, debiera, además, presentar unas características mínimas comunes a todos los Estados, habida cuenta del carácter transnacional del “nuevo” crimen organizado, y, por ende, de la necesaria cooperación entre los países a efectos de su represión.

¹⁸ Principal representante de esta corriente crítica fue QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. y ANARTE BORRALLA, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp. 181-184 y 189: “el artículo 515 CP, que describe el delito de asociación ilícita, es consecuencia del artículo 22 de la Constitución que reconoce el derecho de asociación... [...] Para el TS la asociación típica es “cualquier grupo humano estable que tenga cierta permanencia”, aunque no tenga una forma que le confiera una naturaleza jurídica precisa. [...]...pero entonces hay que recordar que cualquier grupo humano que quiera desarrollar actividades conjuntas no supone una manifestación del derecho de asociación proclamado en el artículo 22 de la Constitución. [...]...la condición o carácter de asociación ilícita se vincula a lo político o constitucional, y no se puede predicar de cualquier persona jurídica desde la que se haya cometido un delito”. Por otra parte, la amplitud de los términos del tipo era duramente criticada en la doctrina, que abogaba por una modificación del precepto, en el sentido de hacerlo más concreto en sus términos, o bien por su supresión, y la creación de un tipo ex novo específico para la represión de la participación en organizaciones criminales. Así, criticando la inseguridad jurídica creada por los arts. 515 y ss. CP, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pp. 678 y ss., y proponiendo su supresión, y la creación de un tipo específico para la fenomenología del crimen organizado, QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 190 (“Tal vez la única tipicidad precisa sería la pertenencia a una organización criminal (tipo Mafia o similar) como delito individual... [...] Pero en todo caso resulta superflua, y, lo que es peor, contraproducente la existencia de un tipo genérico de asociación ilícita tal como ahora está construido”).

¹⁹ Así lo señalaba ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, *op. cit.*, pp. 236 y 241.

²⁰ Nótese que había autores que no veían problema alguno en emplear el tipo de asociación ilícita para la represión de la criminalidad organizada. Véase, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, n° 30, 2012, pág. 26: “siendo cierto que durante muchos años el delito de asociación criminal se utilizó casi con exclusividad para reprimir la disidencia política, no lo es menos que la posición doctrinal más solvente vino sosteniendo desde siempre que los delitos proyectados por la asociación criminal podían ser cualesquiera, dado que la letra del precepto no establece ninguna limitación en la naturaleza del objeto delictivo”.

²¹ Indirectamente en este sentido ZAFFARONI, E.R., *El crimen organizado. Una categorización frustrada*, Leyer, Bogotá, 1996, pág. 16, cuando refiere que: “quien habla del crimen organizado no se está refiriendo a cualquier pluralidad de agentes ni a cualquier asociación ilícita, sino a un fenómeno distinto, que es inconcebible en el mundo precapitalista, donde no había empresa ni mercado en la forma en que la conocemos hoy”.

²² Véase MILITELLO, V., “La pertenencia a una organización criminal como tipo penal modelo europeo”, *op. cit.*, pág. 304.

La exigencia de doble incriminación de cara al reconocimiento de sentencias o a la extradición hacía urgente la tarea de llevar a cabo una mínima homogenización de los tipos penales de los distintos países atinentes al castigo de la participación en organizaciones criminales²³. Ello se erigió, además, expresamente como una medida preceptiva a través del Tratado de Amsterdam, que modificó el Tratado de Maastrich o TUE, que establecía como objetivo de la Unión Europea la creación de “un espacio común de seguridad, justicia y libertad” (el llamado tercer pilar²⁴) mediante “una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal”²⁵, que incluirá “la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”²⁶.

La cristalización de dicho propósito se fraguó por primera vez en la Acción Común, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión europea (Acción Común 98/733/JAI), en la que, por primera vez, se aporta una definición a nivel europeo de “organización delictiva”, y se establece, en su art. 2.1, la obligación de los Estados miembros de tipificar en sus legislaciones penales, bien la conducta de participar intencional y activamente en las actividades de la organización, bien la concertación con una o más personas para llevar a cabo “delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo”²⁷, siguiendo el modelo en este último caso de la “conspiracy”

²³ Apuntaba a esta necesidad ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, *op. cit.*, pág. 67: “la cooperación policial y judicial en este ámbito de control y prevención de la criminalidad organizada pasa necesariamente por armonizar las legislaciones penales y procesales”.

²⁴ Desde la entrada en vigor del Tratado de Maastrich (TUE) en 1993 hasta la del Tratado de Lisboa en 2009 los ámbitos de actuación de la Unión Europea se estructuraban en tres grandes categorías o “pilares”: un primero, relativo a las Comunidades Europea (pilar comunitario), al que corresponden las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea, la CECA y la EURATOM; un segundo, relativo a la política exterior y de seguridad común (PESC), y regulado en el Título V del TUE; y un tercer y último pilar, concerniente a la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI), ubicado en el Título VI del TUE. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 modificó el TUE, eliminando esa estricta separación entre los tres pilares de la Unión Europea.

²⁵ Así, art. K.1 del Tratado de Ámsterdam: “el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de [...] la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo K.3”.

²⁶ Véase el art. K.3.e del Tratado de Ámsterdam: “la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá [...] la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”.

²⁷ Art. 2.1 Acción Común 98/733/JAI: “Para facilitar la lucha contra las organizaciones delictivas, los Estados miembros se comprometerán, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 6, a

anglosajona²⁸. Junto a ello, se impone complementariamente el deber de los Estados de prestarse “la mayor asistencia mutua posible” en lo que se refiere a estas infracciones, así como a las contempladas en el art.4.3 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea²⁹.

En lo que respecta a la “organización delictiva”, como eje central al que van referidas las conductas de participación activa mencionadas *supra*, la misma se define en el art. 1 de la citada Acción Común como “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 delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”. La distinta casuística presente en los diversos países europeos en relación al fenómeno de la criminalidad organizada, y, con ello la dificultad en trazar una definición concreta que resulte aplicable de forma generalizada³⁰, llevan, como se ve, al Consejo a elaborar

garantizar que uno o los dos comportamientos contemplados a continuación estén sujetos a sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias:

a) el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente:

– en las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aún cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución,

– en las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1;

b) el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad”.

²⁸ Lo cierto es que esta segunda opción, esto es, el castigo de la concertación de dos o más personas para cometer delitos con pena privativa de libertad de al menos un máximo de cuatro años, constituye una medida penal mucho más represiva y cuestionable en cuanto a su legitimidad que la primera. Si ya es muy cuestionada, como veremos, la cuestión de la identificación de un objeto jurídico digno de protección en los delitos de participación en organización criminal, más aún lo sería en relación a la concertación no estable de dos personas para delinquir. Así en la doctrina, así, PORTILLA CONTRERAS, G., “Reformas y procesos de armonización de las leyes penales y procesales europeas en materia de criminalidad organizada”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (Coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 219, y MILITELLO, V., “Criminalidad organizada transnacional y Unión Europea: perfiles y problemas”, *Revista Científica A Barriguda*, v. 2, n. 1, 2012, pág. 151, que señala: “Se disipa de este modo el peligro específico de la organización criminal, entendida como *quid pluris* respecto a la mera complicidad en el delito concreto”. Por suerte, nuestro legislador nacional optó por la vía del castigo de la participación en una organización delictiva.

²⁹ Ello se dispone en el art. 2.2 de la Acción Común 98/733/JAI.

³⁰ Señalan la dificultad que supone establecer una definición, ya en sede jurídica, ya en sede criminológica, de validez común de criminalidad organizada para el conjunto de Estados, ANARTE BORRALLA, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pág. 20, que refiere “la complejidad que tiene el intento de reducir a un denominador común manifestaciones tan dispares y dependientes de contextos históricos y geopolíticos

un concepto genérico de “organización delictiva”, caracterizado por la unión estructurada y no transitoria de más de dos personas para cometer delitos de cierta gravedad, medida ésta por la pena aparejada a la infracción. Como medidas adicionales de cara a una represión coordinada y eficaz de la criminalidad organizada, el Consejo establece la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para garantizar que las personas jurídicas puedan ser responsables jurídicamente -ya en sede penal, ya en otra sede – y de forma autónoma, esto es, independiente de la responsabilidad de las personas físicas, por los delitos a cuya tipificación se obliga³¹ (véase, el de participación en organización delictiva o el de conspiración para delinquir), así como la competencia de los tribunales nacionales para enjuiciar dichas conductas cuando se cometan en su territorio³².

diferentes, como difícilmente aprehensibles”, añadiendo a tal problemática la “diversidad de perspectivas con que se aborda el intento, cada una dependiente de los propios puntos de partida con frecuencia entremezclados, como es el caso de la confusión entre la verdad jurídica y la de la Criminología”, de manera que finalmente concluye el autor: “No es de extrañar por ello que se juzgue 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 conceptual por la fijación de los límites”; y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., “La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales”, en *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, 2012, pp. 12 y 13: “Al tratar de analizar las organizaciones criminales en su conjunto, lo primero que nos encontramos es una amplísima variedad de tipos y formas que podría configurarse como un continuo. En los extremos del continuo nos encontramos desde pequeñas asociaciones ligeramente organizadas a través de vínculos débiles e inestables, hasta organizaciones consolidadas y de notoria tradición como las grandes mafias tradicionales: Cosa Nostra, Ndrangueta, las Tríadas chinas o la Yakuza japonesa. El conjunto conforma un dilatado abanico de organizaciones y grupos cuya estructura, disciplina, normas internas, división de roles y actividades ilegales desarrolladas alcanzarían infinitas combinaciones. Esta diversidad es precisamente el primer escollo que encontramos para perfilar una definición universal que consiga captar la esencia y variables comunes de estos grupos criminales”. A esta dificultad en la definición del crimen organizado transnacional, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, pp. 217 y ss., añade la complejidad inherente a la tarea de normativizar, esto es, de pasar a términos jurídicos, un fenómeno social que implica, además, la actuación conjunta de varias personas: “En realidad la concepción de la criminalidad organizada es de tipo sociológica o criminológica y traducirla a las reglas de la legislación penal plantea serias dificultades porque las herramientas conceptuales del Derecho Penal no pueden descifrar todos los códigos que la realidad fenomenológica de la misma posee. [...] Las dificultades estriban en consideraciones de orden metodológico que han sido objeto de controversia durante todo el desarrollo histórico del Derecho Penal: cómo conocer un fenómeno social con el método jurídico-penal. En otros términos, cómo pasar del hecho social al hecho jurídico, del <<ser>> al <<deber ser>>, de las proposiciones descriptivas a las [...] prescriptivas”.

³¹ Así, el art. 3 de la Acción Común: “Los Estados miembros garantizarán que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables penalmente o, en su defecto, responsables de otro modo de los delitos contemplados en el apartado 1 del artículo 2, cometidos por la persona jurídica, conforme a modalidades que deberán definirse en su legislación interna. Esta responsabilidad de la persona jurídica no prejuzga la responsabilidad penal de las personas físicas que sean autoras o cómplices de dichos delitos. Los Estados miembros garantizarán especialmente que pueda sancionarse a dichas personas jurídicas de manera efectiva, proporcional y disuasoria y que puedan sufrir sanciones de carácter patrimonial y económico”.

³² Así lo establece el art. 4 de la Acción Común, que, además, dispone que: “Cuando varios Estados miembros sean competentes para conocer de actos de participación en una organización delictiva, dichos Estados se consultarán para coordinar su acción a fin de lograr un procesamiento efectivo, teniendo en cuenta en particular la localización de los diferentes componentes de la organización en el territorio de los Estados miembros afectados”.

A nivel supra-europeo las obligaciones en materia de armonización de las legislaciones penales en materia de criminalidad organizada llegaron algo más tarde, concretamente en diciembre de 2000, con la firma en Palermo de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Con la finalidad declarada de “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”³³, ante la conciencia de que sólo de esta forma se podrá “socavar verdaderamente la capacidad de los delincuentes internacionales para actuar con eficacia” y contribuir a la salvaguarda de la seguridad de los ciudadanos³⁴, se construye un “tipo penal modelo” de participación en un “grupo delictivo organizado”.

En puridad, el diseño es en esencia el mismo seguido en la precedente Acción Común 98/733/JAI, dándose a los Estados parte la opción de tipificar, bien esa conducta de participación activa y “a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado” en actividades del grupo que contribuyan al logro de su objeto delictivo, bien el acuerdo con una o más personas para cometer un delito grave³⁵. Aparte del cambio en la denominación de “organización delictiva” a “grupo delictivo organizado”, se identifican algunas otras novedades en el texto de la Convención de Palermo en relación a la norma europea precedente, como son la previsión junto a participar activamente de otros comportamientos a incriminar por los Estados parte - “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” -, y el requerimiento del ánimo de obtener un beneficio por parte del “grupo delictivo organizado”³⁶. Además, se incluye un concepto hasta entonces novedoso, junto al “grupo delictivo organizado”, cual es el “grupo estructurado”, definido en el art. 2.c de la Convención como “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”; si bien no se obliga a los Estados parte a incriminar conducta alguna en relación a esta última agrupación. Complementariamente

³³ Así se establece en el art. 1 de la Convención de Palermo.

³⁴ Así lo afirma el entonces secretario de Naciones Unidas, Kofi A. Annan, en el Prefacio de la Convención, que, en esa línea señala: “Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas. [...] Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas. La Convención nos facilita un nuevo instrumento para hacer frente al flagelo de la delincuencia como problema mundial.”

³⁵ Así se dispone en el art. 5 de la Convención.

³⁶ El art. 2.a de la Convención de Palermo define el “grupo delictivo organizado” como “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”.

a lo anterior, se ordena a los Estados parte tipificar también algunas de las conductas de que se sirven instrumentalmente las organizaciones criminales para garantizar su supervivencia, como el blanqueo de capitales³⁷ y en general la corrupción³⁸, y se prevén medidas a adoptar para la prevención de ambos comportamientos³⁹, a la vez que se insta a los Estados a prever en sus legislaciones el decomiso de las ganancias y bienes e instrumentos delictivos⁴⁰, técnicas especiales de investigación⁴¹, y medidas especiales de protección de testigos⁴², y de asistencia y tutela a las víctimas⁴³ en materia de criminalidad organizada, entre otros.

En atención a estas novedades introducidas en el ámbito internacional de Naciones Unidas respecto al ámbito europeo, y a la Comunicación de 29 de marzo de 2004 de la Comisión europea en la que se declara la conveniencia de reforzar el dispositivo de lucha contra la delincuencia organizada en la Unión Europea, el Consejo aprueba la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, que viene a sustituir a la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998⁴⁴, y a cerrar el sistema normativo existente en la actualidad en lo que a armonización penal en materia de criminalidad organizada se refiere. Entre las novedades que la Decisión Marco, siguiendo a la Convención de Palermo, incorpora respecto a la anterior Acción Común, se encuentra el ánimo de obtener un beneficio material en el concepto de “organización delictiva”, no obstante señalar en el apartado 4 del Considerando la posibilidad de los Estados miembros de ir más allá de los términos de la Decisión, criminalizando, por ejemplo, a “grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material”, a la que, por cierto, se acoge, como se verá, España⁴⁵. Las conductas a cuya tipificación se obliga a los Estados miembros en relación a la organización delictiva se ven ligeramente ampliadas, haciéndose referencia, junto a la conducta amplia de participar activamente, al suministro de información o medios materiales, al reclutamiento de nuevos participantes y a la financiación. Siguiendo el modelo de la Convención de Palermo, la Decisión Marco incorpora asimismo, junto a la ahora “organización delictiva”, un segundo concepto, bajo la denominación de “asociación estructurada”, que vendría a corresponderse con el “grupo delictivo organizado” de aquella disposición, definiéndolo en términos amplios como “una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros

³⁷ Así, el art. 6 de la Convención de Palermo.

³⁸ Véase el art. 8 de la Convención.

³⁹ Ello se hace en los arts. 7 y 9.

⁴⁰ Art. 12.

⁴¹ Art. 20.

⁴² Art. 24.

⁴³ Art. 25.

⁴⁴ En el apartado 9 del Considerando de la Decisión Marco se afirma expresamente que “la Acción Común 98/733/JAI debe Derogarse”.

⁴⁵ Esta circunstancia, esto es, que la Decisión Marco es una “norma de mínimos” también se recoge expresamente en el art. 5.2 del texto, que dispone que: “Ninguna de las disposiciones de la presente Acción común impedirá a un Estado miembro hacer punibles conductas cuya definición sea más amplia que la contenida en el apartado 1 del artículo 2, relacionadas con una organización delictiva”.

funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”, pero, al igual que sucediera con la Convención, no se obliga expresamente a los Estados miembros a incriminar la participación en esta organización.

Por si los frentes contra la criminalidad organizada no bastasen aún, el Consejo insta a los Estados miembros en el art. 3.2 de la Decisión Marco a la previsión en sus legislaciones nacionales como circunstancia agravante de la comisión de delitos en el seno de una organización delictiva en relación a los tipos penales que prevean una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años. Junto a ello, se prevé por primera vez, en lo que respecta a los textos internacionales en materia de criminalidad organizada, unas penas mínimas a establecer a los autores de las conductas previstas en relación a la “organización delictiva” o a la “conspiración para delinquir”, si bien tomándose aquí como referente la pena máxima del delito. En este sentido, se establece en relación al delito de “organización delictiva”, que sus autores han de ser punibles con una “pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años”, y, respecto a la “conspiración”, que sea punible al menos 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”⁴⁶. Novedosa también -sólo respecto al texto de la Acción Común del Consejo, pues la Convención de Palermo ya contemplaba cierta disposición en este sentido⁴⁷-es la previsión por parte de la Decisión-Marco de una estrategia político-criminal, diversa a la vía meramente represiva, en la lucha contra el fenómeno. Nos referimos a la posibilidad de los Estados, contemplada en el art. 4 de la Decisión-Marco, de premiar -bien atenuando su pena, bien no aplicándola -al autor del delito de organización delictiva que abandone sus actividades delictivas y colabore con las autoridades administrativas o judiciales proporcionando información relevante⁴⁸.

Como forma de asegurar el efectivo y pronto cumplimiento de todas las previsiones y obligaciones en materia de armonización establecidas en la Decisión-Marco, el Consejo establece un plazo límite a los Estados de cara a la adopción de las medidas pertinentes a tal fin, equivalente a antes del 11 de mayo de 2010, debiendo, por tanto, los Estados antes de esa fecha transmitir a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión “el texto de las disposiciones por el que se incorporan en su Derecho nacional” las citadas obligaciones. Sin embargo, y como da cuenta la Comisión, en su informe COM(2016)448final⁴⁹ muy crítico sobre los resultados de esta Decisión-Marco, lo cierto es que al vencer dicho plazo de transposición sólo cuatro Estados miembros habían cumplido con los deberes impuestos, transmitiendo el resto -entre ellos España -

⁴⁶ Véase art. 3.1 Decisión-Marco.

⁴⁷ Así en el art. 26.1 y 2 de la Convención de Palermo de 2000.

⁴⁸ Véase art. 4 Decisión-Marco.

⁴⁹ Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo basado en el artículo 10 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, Bruselas, COM(2016) 448 final, 7.7.2016.

los textos pertinentes al Consejo con posterioridad⁵⁰. Dada la soberanía legislativa nacional de los Estados, y la consecuente libertad de medios dada por el Consejo a los Estados miembros de cara a la efectiva transposición de las obligaciones en materia de armonización de la legislación sobre participación en organizaciones delictivas, el panorama legislativo actual a este respecto muestra, como señala críticamente el citado informe de la Comisión, claras divergencias entre los tipos penales existentes en esta materia en los diversos Estados europeos. Así, se encuentran, en primer lugar, países, como Dinamarca o Suecia, que no llegan a prever un delito autónomo en materia de criminalidad organizada, si bien sí contemplan un sistema especialmente amplio en lo que al castigo de la tentativa de delito y los actos conspiratorios se refiere⁵¹. En segundo lugar, y en lo que respecta al resto de países europeos, si bien todos ellos sí contemplan delitos autónomos para el castigo de la participación en una organización delictiva⁵², se aprecian muchas divergencias entre los mismos, tanto en lo que respecta a las penas aparejadas a las conductas, como, y, sobre todo, al concepto mismo de “organización delictiva”, ampliado por muchos Estados respecto de la definición original de la Decisión-Marco. Así, algunos Estados -los menos⁵³ -hacen referencia expresa al objetivo de la organización de obtener un beneficio material, mientras otros -los más -obvian tal elemento, ampliando en consecuencia el concepto. Lo mismo sucede en relación a los delitos cuya comisión constituye el objetivo de la organización, encontrándose países que siguen la vía marcada por la Decisión marco, restringiendo los

⁵⁰ Concretamente, la Comisión en su informe COM(2016) 448 final da cuenta de que “tras la expiración del período transitorio contemplado en el artículo 10, apartado 3, del Protocolo 36 anejo a los Tratados, el 1 de diciembre de 2014, la Comisión solicitó a los Estados miembros que notificaran las medidas nacionales de transposición de los instrumentos del antiguo tercer pilar del acervo, incluida esta Decisión marco, a través de la base de datos MNE (*Mesures Nationales d'Éxecution*). En el momento de redactar este documento, todos los Estados miembros habían notificado tales medidas”.

⁵¹ La Comisión denuncia así (COM(2016) 448 final, 7.7.2016, pp. 10 y 11) que “Aunque la mayoría de los Estados miembros han adoptado delitos autónomos en relación con la participación en una organización delictiva, de conformidad con el artículo 2, dos Estados miembros no lo han hecho”. A este respecto, señala, en relación a uno de estos países, Dinamarca, que “La normativa nacional danesa no contempla un delito autónomo en relación con el artículo 2 o las correspondientes definiciones del artículo 1. Por lo general, se tipifica cualquier tentativa de cometer delitos penales y las diferentes formas de participación en tales delitos, en tanto que las sanciones dependen de la conducta específica. La circunstancia agravante general basada en la comisión de un delito por varias personas en asociación es aplicable a todos delitos penales”. En lo que respecta al otro país -Suecia- señala que: “La normativa nacional sueca no contempla un delito autónomo en relación con el artículo [...] Se tipifican los actos preparatorios y, en la mayoría de los casos, las tentativas de una serie de delitos que se considera que se cometen generalmente en el marco de una organización delictiva con fines lucrativos y punibles con una pena máxima de privación de libertad de al menos 4 años. La sanción por actos preparatorios debe ser inferior a la más alta y puede ser inferior al límite más bajo aplicable al delito cometido, y no puede exceder los 2 años de reclusión (a menos que se contemplen penas de reclusión de al menos 8 años para el delito cometido). Las disposiciones nacionales hacen que la circunstancia agravante basada en la comisión de un delito en el marco de una organización delictiva sea aplicable a cualquier delito penal. La definición de la delincuencia organizada es aplicable a este fin específico”.

⁵² A este respecto señala el citado informe de la Comisión (COM(2016) 448 final), pág. 11: “Todos los Estados miembros que prevén un delito autónomo incluyen la participación en una organización delictiva [artículo 2, letra a)], si bien algunos de ellos incluyen además el delito de conspiración en el marco de la delincuencia organizada [artículo 2, letra b)]. Ningún Estado miembro ha optado por tipificar únicamente el delito de conspiración en el marco de la delincuencia organizada [artículo 2, letra b)]”.

⁵³ Refiere el informe COM(2016) 448 final, pág. 11, que son sólo tres Estados miembros: Bélgica, Luxemburgo y Eslovaquia.

delitos a infracciones de cierta gravedad, y otros, entre los que se encuentra España, que amplían el objeto criminal a todos los delitos sin excepciones⁵⁴.

Señálese que algunos Estados no crean tipos *ex novo* para la represión de la participación en organizaciones delictivas, alegando dar por cumplidas las exigencias en materia de armonización con los clásicos delitos de asociación ilícita ya existentes, en tanto aptos en principio por su amplio tenor literal para reprimir también la nueva criminalidad organizada. Tal es el caso, por ejemplo, de Alemania o Portugal, que subsumen en sus delitos de asociación criminal del §129 StGB y art. 299 del CP portugués el nuevo fenómeno. Mayores divergencias se identifican aún en la normativa penal de los distintos Estados miembros respecto a la noción de “asociación estructurada”. Habida cuenta de que el Consejo no obligaba expresamente a su transposición, nos encontramos con once Estados que no hacen referencia alguna a la misma en sus legislaciones, resultando, entre los restantes, que sí la contemplan, múltiples diferencias en cuanto a la definición del término⁵⁵.

Este panorama legal explica las críticas de la Comisión, en las conclusiones del citado informe de la Comisión (COM(2016) 448 final), a la Decisión Marco de 2008, en las que reprende que la norma no haya alcanzado “el grado mínimo de aproximación necesario en lo que respecta a la dirección de una organización delictiva o la participación en ella con un único concepto para dicha organización”, permitiendo por el contrario a los Estados miembros “no introducir el concepto de organización delictiva y seguir aplicando el Derecho penal nacional vigente recurriendo a normas generales sobre la participación y preparación de delitos específicos”⁵⁶, como hemos visto que hacen algunos de estos Estados⁵⁷. Lo cierto es que todo intento de lograr una mayor

⁵⁴ Señala el informe COM(2016) 448 final, pág. 5, que: “no se indica el nivel de los delitos principales en ocho Estados miembros (República Checa, Alemania, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, España), lo que significa que su ámbito de aplicación se extiende a todos los delitos penales”.

⁵⁵ Refiere en relación a la definición de asociación estructurada el informe COM(2016) 448 final, pág. 4: “tres Estados miembros (Bulgaria, Croacia, Irlanda) han seguido el tenor literal de la Decisión marco, mientras que otros cuatro (República Checa, Estonia, Lituania, España) mencionan algunos elementos adicionales, sobre todo el reparto de tareas o funciones en la organización delictiva. Un grupo de siete Estados miembros (Bélgica, Chipre, Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Rumanía, Eslovaquia) indican que la asociación debe estar estructurada, y once Estados miembros (Austria, Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovenia) no hacen referencia alguna a la definición de asociación estructurada”.

⁵⁶ Informe COM(2016) 448 final, pág. 11.

⁵⁷ Nótese que anteriormente ya había hecho hincapié en este aspecto de manera crítica el Parlamento europeo en sus Resoluciones de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309(INI)), y, de 23 de octubre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero (2013/2107(INI)). En la primera el Parlamento aludía al “impacto muy limitado sobre los sistemas legislativos de los Estados miembros de la Decisión marco 2008/841/JAI sobre la delincuencia organizada”, señalando que la misma “no ha aportado ninguna mejora significativa a las leyes nacionales ni a la cooperación operativa para combatir la delincuencia organizada”. Para ello el Parlamento instaba a la Comisión a presentar “antes de finales de 2013, una propuesta de Directiva que contenga una definición más concreta de la delincuencia organizada y defina mejor las características clave del fenómeno, centrándose en especial en el concepto clave de organización, y que tome en consideración también las nuevas formas de delincuencia organizada”, solicitándole, como medidas concretas, entre otras, el estudio de “la abolición del doble enfoque actual (que tipifica tanto la

homogeneización entre las legislaciones nacionales de los Estados en esta materia supone una problemática habida del obligado respeto por los legisladores supranacionales de la soberanía nacional en materia legislativa, que sólo le permite establecer, como vemos, “tipos penales mínimos”.

En el caso concreto de España, la Convención de Palermo de 2000 y la Decisión marco del Consejo de 2008 tuvieron una clara repercusión en nuestra legislación. La reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en nuestro Código penal un nuevo “capítulo VI” en el título XXII, relativo a los delitos contra el orden público, comprensivo de tres artículos: arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter, en los que se contemplaban, respectivamente, el delito de participación en organización, y el de participación en grupo criminal, así como una serie de disposiciones comunes a ambos. A pesar de que en el preámbulo de la citada ley de modificación del Código penal no se hace alusión a las obligaciones en materia de armonización penal, refiriéndose el legislador de 2010 únicamente a la inadecuación del tipo de asociación ilícita para reprimir la criminalidad organizada como causa de la inserción de los nuevos tipos penales, parece claro que los mentados textos internacionales tuvieron una contribución complementaria a este respecto.

Precisamente en el ejercicio de su soberanía nacional, el legislador español es uno de los que trasciende de lo exigido por los convenios internacionales, ampliando el concepto de organización criminal respecto de las definiciones internacional y europea, al no requerir el ánimo de obtención de beneficio, ni acotar los delitos objeto de la agrupación. Junto a la organización criminal, incorpora como concepto de tipo residual el “grupo criminal”, definiéndolo como una agrupación delictiva en la que están ausentes algunas de las notas esenciales de la organización criminal. El paralelismo de esta figura con las de “asociación estructurada” de la Decisión marco, y “grupo estructurado” de la Convención de Palermo ha sido puesto en evidencia tanto por la

participación como la conspiración)”, y examinar “con mayor rigor la cuestión de la tipificación de cualquier tipo de apoyo a las organizaciones criminales”. En la segunda de las resoluciones citadas *supra*, el Parlamento vuelve a instar a la Comisión a presentar en 2013 una propuesta legislativa, dándole nuevas orientaciones al respecto, al señalar que la misma habría de incluir al “delito de asociación de tipo delictivo transnacional, haciendo hincapié en el hecho de que los grupos delictivos de este tipo tienen espíritu empresarial, están sumamente organizados, son técnicamente sofisticados y a menudo actúan mediante la intimidación y el chantaje”. En sentido similar, véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (2012/2117(INI)). A día de hoy, sin embargo, no contamos con ninguna propuesta de Directiva de la Comisión en dicho sentido.

Cabe también señalar lo que parece cierta disidencia en esta materia. El llamado “Libro Blanco sobre el crimen organizado transnacional”, redactado en 2013 por un grupo de doce representantes de los Estados miembros del máximo nivel en este ámbito nombrado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, refería en sus recomendaciones (pp. 7, 12 y 13) que “ya hay suficientes material legislativo (convenios e instrumentos legales) en materia de COT (crimen organizado transnacional), por lo que en vez de en la producción de nuevo material, los esfuerzos deberían centrarse en la efectiva ratificación y correcta implementación de esos textos”, con lo que parece considerar innecesaria una nueva modificación de los textos internacionales, poniendo el acento en su posterior y correcta ratificación por los Estados miembros.

doctrina como la jurisprudencia española, que, precisamente, ante la amplitud de la definición del art. 570 ter.1 CP, se vienen sirviendo de las definiciones de “asociación estructurada” y “grupo estructurado” como herramientas complementarias al texto de la ley en la interpretación del concepto. En el art. 570 quáter CP se prevé esa medida premial a que aludían los convenios internacionales, reflejada aquí como circunstancia atenuantes específica en relación a los arts. 570 bis y 570 ter CP condicionada al efectivo abandono voluntario de las actividades delictivas y a la colaboración con las autoridades por parte del autor del delito.

Como si estas medidas penales contra el crimen organizado, que van más allá, como decimos, de lo exigido por los convenios, no fuesen suficientes, el legislador no sólo mantiene, sino aumenta en 2010 el número de circunstancias agravantes por la pertenencia a organización criminal previstas en relación a distintos tipos delictivos, a la vez que sigue vigente el clásico delito de asociación ilícita de tipo criminal de los arts. 515.1º y ss. CP. Las críticas al panorama legislativo en materia de represión de la participación en estructuras delictivas no se hicieron esperar tras 2010, tachándose por muchos de excesivas las vías actuales de castigo a este respecto, sin obviar la problemática concursal que provoca la coexistencia de las mismas. Sin duda, como critica GONZÁLEZ RUS⁵⁸, la situación legal hoy existente es el reflejo del afán represivo del legislador español en esta materia y de su voluntad de mostrarse a la cabeza en la lucha contra la criminalidad organizada, ante los informes estadísticos, tanto de Europol, en el territorio de la Unión Europea⁵⁹, como del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO)⁶⁰, en España⁶¹, que muestran

⁵⁸GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 17, que, en relación a la reforma en materia de criminalidad organizada operada por LO 5/2010, de 22 de junio, erige en principios político-criminales básicos inspiradores de la misma: “(1.) Partir de una visión extravagante de la criminalidad organizada, que permite castigar todo lo que, aún de lejos, pueda relacionarse con la misma, hasta llegar a lo grotesco en el afán pancriminalizador. (2.) Castigarlo (todo) con una extrema dureza, hasta la redundancia y el abandono de cualquier remota idea de proporcionalidad, sacrificada por la búsqueda de la mayor eficacia simbólica y policial-preventiva, y (3.) Castigarlo de la forma más confusa, contradictoria y difícil de aplicar que fuera humanamente hacedero”, concluyendo: “Para hacer honor al legislador, debe reconocerse que la regulación en que la reforma se ha materializado ha alcanzado con pleno éxito tales objetivos: no se puede castigar más, ni más gravemente”.

⁵⁹ A fecha de hoy la Oficina Europea de Policía (Europol) ha publicado dos importantes informes sobre la amenaza de la criminalidad grave y de la delincuencia organizada para la Unión Europea: el SOCTA 2013 y el SOCTA 2017, siglas ambas de *Serious and Organized Crime Threat Assessment*, en los que se proporcionan datos estadísticos concretos sobre estos fenómenos, obtenidos gracias a la colaboración entre Europol, las autoridades policiales de los Estados miembros y terceras personas, como agencias de la Unión Europea. El SOCTA 2017 da cuenta de la presencia de aproximadamente 5.000 organizaciones criminales internacionales bajo investigación en la UE, lo que supone un importante aumento respecto de la cifra detectada a este respecto en el SOCTA 2013, equivalente a 3.600 grupos de delincuencia organizada. Tras este aumento, la Europol ve subyacente una importante mejora de los servicios de inteligencia, así como el cambios en los mercados criminales, y el surgimiento de grupos más pequeños y empresarios criminales individuales en actividades delictivas específicas, especialmente aquellos que tienen lugar a través de internet.

⁶⁰ El CITCO es un organismo de inteligencia responsable de gestionar y analizar la información estratégica relativa al terrorismo, la criminalidad organizada y las organizaciones radicales de carácter violento en España, de cara a la elaboración de estrategias y criterios de actuación y coordinación entre

una importante actividad de organizaciones y grupos criminales en ambos ámbitos, sobre todo en lo que respecta a la actividad de narcotráfico⁶².

En este trabajo de investigación pretendemos llevar a cabo un análisis dogmático y político criminal de estos relativamente nuevos delitos para el castigo de la participación en agrupaciones estructuradas para delinquir. Ante la agudizada tendencia represiva ya señalada, entendemos necesaria una interpretación minuciosa de los términos legales respetuosa con el debido equilibrio entre el pragmatismo y la debida - ahora más que nunca - preservación de los principios y garantías penales. La lucha contra la criminalidad organizada ha de ser, sin duda, una prioridad de los Estados, pero ello no puede hacerse a costa de menoscabar los derechos y garantías de los ciudadanos, por lo que trataremos aquí en la medida de lo posible de suministrar una interpretación de los arts. 570 bis y 570 ter CP acorde a ambas exigencias, efectuando, cuando ello no sea posible, por el propio tenor literal de los preceptos, propuestas *de lege ferenda*, para modificar los términos actuales de la ley.

distintas instituciones y al diseño de estrategias globales de lucha contra estos fenómenos. Fue creado el 15 de octubre de 2014, en virtud del RD 873/2014, de 10 de octubre, por el que se modifica el RD 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, y, en puridad, es el resultado de la unión del Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA) y el Centro de Inteligencia Contra el Crimen Organizado (CICO), ambos dependientes de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

⁶¹ El último informe del CITCO publicado sobre la situación de la criminalidad organizada en España es el correspondiente al año 2016, en el que se da cuenta de la detención de 5.356 personas por actividades relacionadas con la criminalidad organizada, y de la detección de 444 organizaciones y/o grupos organizados (uno menos que en 2015), de los que el 69% presentaba una actividad internacional, habiéndose desarticulado 256 del total de los grupos (el 58%). Las actividades principales de estas agrupaciones son el narcotráfico - y, dentro de éste, el tráfico de cocaína (26%), y de hachís (23%) -, el robo con fuerza (12%), la estafa (9%) y el robo con violencia o intimidación (7%). De la comparación de los resultados de este balance con los de años anteriores se aprecia una tendencia progresiva a la disminución del número de detenidos (en 2012, 6.460, y, progresivamente la cifra fue descendiendo, hasta llegar en 2016 a 5.356), que no se corresponde con el desarrollo de las cifras relativas al número de investigados, pues éstas van ascendiendo o disminuyendo de un año a otro sin una tendencia identificable.

⁶² A pesar de ello se ha destacado desde siempre entre los estudiosos de la delincuencia organizada lo reducido de los datos estadísticos en la materia, así como el carácter discutibles de estos. Véase, por ejemplo, el antes mentado “Libro Blanco sobre el crimen organizado transnacional”, pág. 15, que señala en este sentido la “ausencia de cifras precisas y fiables sobre la dimensión, el impacto y los costes relacionados con el crimen organizado en el espacio paneuropeo”, o ZAFFARONI, E.R., “*El crimen organizado. Una categorización frustrada*”, *op. cit.*, pág. 20, que se refiere *al* “monopolio sobre los datos” en materia de crimen organizado por parte de la policía, denunciando que “los agentes policiales no permiten que los científicos accedan a los datos”. Pero para mayor información sobre esta “cifra oscura” de delitos relacionados con la criminalidad organizada, véase GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., REQUENA ESPADA, L., y DE JUAN ESPINOSA, M., “La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión imposible?”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Art. 9, Nº 7, 2009, pp. 8 y 9, que hacen un estudio sobre este extremo, señalando como factores que lo explican la clandestinidad con que operan las organizaciones y grupos criminales, el poder de inserción de muchas de estas organizaciones en las instituciones legales mediante mecanismos corruptos, el carácter transnacional de la actividad delictiva, que dificulta la medición a nivel local, o incluso nacional, así como el hecho de ser una delincuencia grupal, lo que puede provocar el miedo de testigos y víctimas a denunciar los hechos ante la superioridad y poder de los delincuentes, y las posibles represalias. A todo ello se une además el desinterés de algunos Estados en revelar la veracidad de las cifras nacionales a instancias supranacionales por miedo a perder credibilidad ante el resto de países.

Muchas cuestiones se plantean con el estudio de estos delitos, empezando por su misma *ratio iuris*. ¿Por qué castigar a través del Derecho penal la sola conducta de participar en estas estructuras, antes y de manera independiente a que en su seno se ejecuten delitos? Intentaremos, si es que es posible, identificar un objeto jurídico digno de tutela penal tras la incriminación de las conductas de participación en organización y grupo criminal, que legitime, de acuerdo con el principio de ofensividad, estos delitos (capítulo 1). Tras ello, pretendemos realizar un análisis típico de ambas infracciones, analizando los conceptos de organización y grupo criminal, y tratando de establecer una diferenciación clara entre ellos (capítulo 2), para, a continuación, abordar la exégesis de los comportamientos típicos (capítulo 3). De ahí, se pasará, siguiendo la secuencia delictiva, al tratamiento de la antijuridicidad y culpabilidad, valorando la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a los autores de las conductas típicas en determinadas circunstancias (capítulo 4). Tras ello, examinaremos las consecuencias jurídicas aparejadas tanto a los autores de las conductas típicas, como a la propia organización y grupo criminal, en tanto agrupación que aglutina los anteriores comportamientos, y cuya existencia parece peligrar valores fundamentales para la convivencia en sociedad (capítulo 5). Dejaremos para el final la cuestión más compleja en el aspecto práctico, cual es la del examen de las relaciones concursales entre, por una parte, las distintas normas previstas en el Código penal para la represión de la participación en agrupaciones delictivas, y, por otra, los delitos de organización y grupo criminal, y los delitos cometidos por los integrantes en el seno de la agrupación.

Nos serviremos como instrumentos para la exégesis tanto de la jurisprudencia dictada por nuestros tribunales en relación a los delitos de organización y grupo criminal, a los subtipos agravados por pertenencia a asociación u organización criminal, y al delito de asociación ilícita, como de las obras doctrinales publicadas sobre la materia, tanto a nivel nacional, como de derecho comparado, prestando especial atención a este último respecto, a Alemania e Italia. La elección de Alemania se relaciona con el papel clave en la dogmática penal que ostenta este país, en tanto cuna de los máximos penalistas del siglo XX, así como con las tres estancias de investigación realizadas en el Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional de Freiburg im Brisgau, en las que he podido recopilar bibliografía alemana sobre la figura correspondiente en este país a las aquí tratadas: el delito de asociación criminal del §129 StGB. En lo que respecta a Italia, la especial incidencia del fenómeno de la criminalidad organizada en el país, y, la circunstancia, relacionada con ello, de que fuera el primer país en contemplar un tipo penal ad hoc para la criminalidad organizada -el tipo de asociación criminal de tipo mafioso del art. 416 bis CP italiano -, convierten a su legislación, jurisprudencia y obras doctrinales en referentes indiscutibles en el estudio de la criminalidad organizada.

CAPÍTULO I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

1. Premisa: la importancia de la identificación del bien jurídico protegido por la norma penal

Antes de iniciar el análisis de los tipos penales de organización y grupo criminal es necesario plantearse la trascendental cuestión de qué valor elemental para la autorrealización del individuo en la sociedad se quiere proteger con la incriminación de estas conductas, esto es, cuál es el bien jurídico protegido por los tipos de organización. La voluntad de abordar esta cuestión de forma previa al análisis de los tipos no es caprichosa, sino que responde a la tradicional asignación al bien jurídico de un papel clave en la legitimación de la intervención penal⁶³ y en la exégesis de los tipos penales. A continuación, incidiremos con más detalle en las comúnmente denominadas “función crítica” y “función interpretativa” del bien jurídico⁶⁴.

1.1. El bien jurídico como instrumento necesario pero aún no suficiente para la legitimación de las normas penales. La necesidad de su vinculación con los valores y principios de Constituciones democráticas.

A través del contrato social los ciudadanos acordamos ceder parte de nuestra libertad a una institución superior a cambio de obtener un mínimo de garantías en el ejercicio de nuestros derechos naturales frente a posibles injerencias obstaculizadoras del mismo por parte de terceros. El Estado de derecho moderno, fruto de este acuerdo social, se erigió en titular del monopolio del *ius puniendi*, acordándose, como cautela ante posibles corruptelas, la distribución de sus potestades legislativa, ejecutiva y judicial en torno a tres aparatos e instituciones independientes entre sí: el Parlamento, la Administración Pública y los Jueces y Tribunales.

¿Cómo garantizar entonces que el Parlamento, detentador del poder legislativo, y redactor, por tanto, de las normas jurídico-penales, ejecutase efectivamente su labor al servicio de los ciudadanos, y no lo hiciese, por ejemplo, a favor de los intereses particulares de una élite social concreta?, ¿cómo limitar a este fin el ejercicio del “ius puniendi” por el Parlamento? Los filósofos de la Ilustración, conscientes de tal problemática, elaboraron a tal fin el concepto de “bienes jurídicos” como valores esenciales para la autorrealización del sujeto en la sociedad, erigiendo la protección de los mismos en principio básico y legitimador de las normas penales. No obstante, como la realidad práctica ha demostrado en numerosas ocasiones, el principio de protección

⁶³ ZIFFER, P., *El delito de asociación ilícita*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 25, distingue dos concepciones distintas sobre el bien jurídico: una primera, acrítica, “que se limita a ofrecer un modelo de los objetos de protección del “sistema” de derecho penal, sin poner en cuestión la elección de estos objetos”, y una segunda, tildada de crítica, que aquí seguimos, en la que “la elección de los objetos de protección es sometida a un análisis crítico a través del derecho penal material”.

⁶⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 60, 2007, pp. 119-163.

de bienes jurídicos no asegura a ciencia cierta la realización de su pretendido cometido legitimador, al poder ser objeto con gran facilidad de manipulaciones. El ejemplo más claro de perversión del concepto de bien jurídico lo encontramos en modelos de Estado totalitarios como el III Reich en Alemania⁶⁵ o el Régimen Franquista en España, donde las normas penales, so pretexto de la protección de bienes jurídicos abstractos como el “orden jurídico” o la “seguridad nacional”, criminalizaban comportamientos tales como la homosexualidad o la disidencia política. El cometido originariamente atribuido al bien jurídico de servir como límite al ejercicio del *ius puniendi* por el Parlamento se revela así inútil, deviniendo el principio de protección de bienes jurídicos en excusa para criminalizar nuevos comportamientos contrarios a la ideología y directrices del gobierno de turno.

Aun cuando pudiera pensarse que en Estados democráticos, como el nuestro en la actualidad, tal riesgo de perversión no existe, habida cuenta de que los miembros del Parlamento son elegidos por el pueblo soberano, y no por el cacique o caudillo de turno, sigue siendo viable –aun cuando mucho menos frecuente, claro está– la posibilidad de que se dicten normas contrarias al espíritu del contrato social⁶⁶. Ante la conciencia de tal posibilidad surge la necesidad de complementar o perfeccionar el concepto tradicional de bien jurídico de la Ilustración, revelado como manipulable, con los valores y principios consagrados en las Normas Fundamentales de los Estados democráticos, exigiendo como baremo de legitimidad de la norma penal que el bien jurídico en ella protegido resulte al menos “integrable” en ellos⁶⁷. De esta forma, se posibilita que los valores esenciales para la autorrealización personal en sociedad, preexistentes a las normas, que conforman los bienes jurídicos, sean objeto de valoración en cuanto a lo que hace a su legitimación, bajo el prisma de los principios y valores constitucionales, entre los que, en España, ostentaría un papel clave la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad *ex art. 10.1 CE*. En el caso de Estados de corte totalitario, como los *supra* mencionados, la Norma Fundamental, redactada por tecnócratas elegidos por el dictador de turno, y no por los representantes elegidos libremente por el pueblo, no serviría a tal efecto de referencia para afirmar la legitimidad de las normas penales, por lo que habría que acudir a un cuerpo normativo

⁶⁵ Esta burda manipulación del bien jurídico provocó que tras la segunda guerra mundial resurgiera una amplia y profunda discusión sobre el contenido del bien jurídico. Véase BIANCHI PÉREZ, P.B., “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal”, *Dikaiosyne*, N° 22, 2009, pág. 33, y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, *op. cit.*, pp. 125 *in fine* y 126.

⁶⁶ Así lo advierte BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 37, 1984, pág. 314 (“el examen de la realidad social y su puesta en relación con las conductas penalmente relevantes [...] muestra que a veces las valoraciones del legislador, concretadas en los tipos penales, y las de la totalidad de los miembros de una comunidad o de sectores de la misma no coinciden”).

⁶⁷ La vinculación del concepto de bien jurídico con la Constitución o Norma Fundamental de los Estados democráticos en aras a dotar al concepto de bien jurídico de un papel limitador respecto al ejercicio del *ius puniendi* es promovida por los defensores de la llamada “teoría constitucionalista”, algunos de cuyos máximos representantes son BRICOLA, RUDOLPHI, o GONZÁLEZ RUS. Para ver las distintas tendencias doctrinales existentes dentro de esta teoría, véase, entre otros, BIANCHI PÉREZ, P.B., “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal”, *op. cit.*, pp. 33-39.

supranacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se recogen los derechos humanos básicos de todo individuo.

Se defiende aquí, por tanto, una concepción ecléctica del bien jurídico, exigiendo como criterios de legitimación de la incriminación de conductas tanto la protección de valores sociales esenciales para la convivencia, como la compatibilidad de éstos con la Constitución democrática del país, o en su defecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. No obstante, insta señalar que el bien jurídico así entendido, esto es, dotado de referentes materiales para ejercer con cierta eficacia su función limitadora del *ius puniendi*, no resulta aun así suficiente para concluir la legitimidad de una norma jurídico-penal, siendo necesario, como viene reconociendo de forma casi unánime la doctrina⁶⁸ y jurisprudencia⁶⁹, complementarlo con criterios adicionales como el juicio sobre el merecimiento y la necesidad de pena, así como sobre la proporcionalidad estricta entre la entidad de la conducta tipificada y la gravedad de la pena a ella asignada.

1.2. La identificación del bien jurídico como presupuesto para la exégesis de los tipos penales

Junto a la función crítica, se atribuye también de manera generalizada al bien jurídico un papel clave de cara a una interpretación racional y coherente de los tipos penales, hablándose así de función interpretativa⁷⁰. Determinar el valor cuya protección promueve la incriminación de unas determinadas conductas permite, en palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ⁷¹, “dibujar los contornos de la norma allí donde sus palabras la han dejado borrosa”, esto es, seleccionar, de entre sus variadas acepciones, el significado concreto al que se refieren las palabras contenidas en la norma, y restringir

⁶⁸ Así, por ejemplo, ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, nº 18, 2006, pág. 11 (“...el propio concepto de “bien jurídico”, cualquiera que sea el que se maneje, solamente puede ser el primer paso para la limitación del “ius puniendi” estatal, pues no se puede esperar de él que, por sí mismo, proporcione instrumentos político-criminales para determinar con exactitud la necesidad o no de intervención penal. [...] ...pues no toda conducta que atente contra bienes jurídicos, incluso contra los de primer orden, necesariamente debe ser contenida con ayuda del Derecho penal. [...] la determinación del “bien jurídico” tutelado solamente constituye el primer paso”), CUESTA PASTOR, P.J., *Delitos obstáculo: tensión entre política-criminal y teoría del bien jurídico*, Comares, Granada, 2002, pp. 19 y 20, que señala que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es “sólo uno de entre los distintos principios que deben limitar el ius puniendi en un Estado social y democrático de Derecho”, debiendo ser complementado, según el autor, por otros principios como los de subsidiariedad en materia penal y lesividad, o PRIETO SANCHÍS, L., “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, Nº 65, 2003, pág. 58 (“de la teoría del bien jurídico tan sólo podemos esperar criterios negativos de deslegitimación que muestren la carencia de justificación de una determinada intervención penal, pues la presencia de un bien jurídico es una condición necesaria, pero no suficiente de la respuesta punitiva”).

⁶⁹ Véase STC 55/1996, de 28 de marzo.

⁷⁰ A este respecto se viene hablando en la doctrina de concepción metodológica del bien jurídico, a la que de forma expresa vienen adhiriéndose GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 2, 1998, pág. 154, y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 120.

⁷¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, *op. cit.*, 2007, pág. 128.

en su caso el ámbito de aplicación del tipo, excluyendo del mismo aquellas conductas que no afecten al bien jurídico protegido.

Adicionalmente la identificación del bien jurídico protegido por la norma permite determinar otros elementos clave en la aplicación de los tipos penales como lo son el momento consumativo de las conductas típicas, identificado con el resultado de lesión o puesta en peligro que la norma exija, así como en su caso el inicio de la tentativa, conformada por el momento de inicio de la afectación del bien jurídico, el sujeto pasivo de la conducta, como titular del bien jurídico afectado, y la relación de la norma con otras normas penales, ya incriminatorias, ya permisivas⁷².

Las relaciones concursales son precisamente una de las cuestiones más complejas que suscitan los delitos de organización y grupo criminal. Dependiendo del objeto jurídico cuya defensa calificamos como motor de la criminalización de las conductas típicas de participación en organización y grupo criminal, las relaciones de los arts. 570 bis y ter CP con los “delitos-fin” cometidos en el marco de la organización, o con el art. 515 CP, de aparente similitud con el art. 570 bis CP, serán diversas, teniendo ello repercusiones trascendentales en la determinación final de la pena. Para la eventual aplicación de causas de justificación en relación con las conductas de participación en organización y grupo criminal también será clave cuál sea el valor que se estime como protegido con la incriminación. Piénsese que tras la aplicación de las causas de justificación se esconde un conflicto entre diversos intereses⁷³.

2. Primeras dificultades en la tarea de identificación del objeto protegido en los delitos de organización y grupo criminal

Manifestada la importancia de identificar el bien jurídico protegido por el tipo penal de manera previa al análisis de los elementos del tipo, no queda sino adentrarnos en tal tarea en los tipos penales que aquí nos conciernen: los delitos de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter CP, respectivamente. Habida cuenta de que el tipo penal que se ha venido empleando durante mucho tiempo –concretamente, hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal – para reprimir las conductas de participación en organizaciones criminales ha sido el delito de asociación ilícita criminal de los arts. 515.1º y ss. CP, incluiremos aquí todas las posturas doctrinales pronunciadas en relación al bien jurídico protegido por el mismo, por cuanto son trasladables al actual delito de organización criminal del art. 570 bis CP.

⁷² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, *op. cit.*, pp. 128 y 129.

⁷³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° extra 1, 2000, pág. 208: “la necesidad de crear reglas de justificación sólo surge cuando existen acciones que tienen un efecto dual y de sentido opuesto: por un lado lesionan bienes jurídicos, pero por otro los salvaguardan, sin que sea posible prescindir en el caso concreto de uno de estos dos efectos”.

Cabe advertir de que, si hay cierto consenso doctrinal sobre el fundamento político-criminal del castigo de la pertenencia a organización criminal –viniéndose identificando éste con la mayor peligrosidad de la delincuencia grupal organizada frente a la común⁷⁴, y adicionalmente por algunos, con el fin procesal encubierto del delito de habilitar la investigación de la organización para descubrir y prevenir la comisión de los delitos-fin de la organización⁷⁵ - a la hora de identificar el injusto, esto es, la ofensa del bien jurídico en que las conductas típicas se traducen la cuestión parece complicarse⁷⁶. Tanto es así, que hay autores que desisten de tal labor, quedándose en el fundamento político-criminal de la criminalización o limitándose a señalar un injusto amplio y abstracto del tipo, sin hacer referencia al bien jurídico afectado por el mismo. Este es, por ejemplo, el caso de ZIFFER, quien, tras poner objeciones a todas las teorías actualmente existentes a este respecto sobre el bien jurídico protegido⁷⁷, concluye que el injusto de la asociación criminal radica en la pérdida de control de las consecuencias de la propia conducta por parte de los miembros de la organización producida por las dinámicas de grupo ocasionadas en su seno, sin identificar el bien jurídico que se vería por ello afectado⁷⁸. Es necesario en este punto advertir que el fundamento político-criminal no debe ser confundido con el bien jurídico protegido por el tipo penal, elemento este que, a diferencia del primero, es apto para legitimar, junto con otra serie de criterios, la incriminación de una conducta⁷⁹.

⁷⁴ Como vimos, esta mayor peligrosidad de la criminalidad organizada frente a la común, ya sea individual o de grupo, se viene conectando por la doctrina con la capacidad de la organización, por sus medios materiales y personales, para asegurar las conductas típicas planeadas, y con el fenómeno de las dinámicas de grupo que surgen dentro del colectivo organizado, que disminuyen los factores de inhibición del comportamiento de los miembros, motivándoles a llevar a cabo comportamientos que individualmente no harían. FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 201 y 202, menciona también como factores que contribuyen de esa mayor peligrosidad de la delincuencia organizada la intercambiabilidad de los miembros y el automatismo propios de las organizaciones criminales. MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?”, *Revista Penal*, nº 9, 2002, pág. 65, sin embargo, discrepa, pues entiende que el automatismo y la fungibilidad de los miembros son elementos propios de las organizaciones criminales estatales, y no de las no estatales, que aquí estudiamos, pudiendo no concurrir en ellas. En todo caso, el análisis de la características de la organización criminal es una cuestión que abordaremos con detalle al analizar el concepto de organización criminal.

⁷⁵ Se utiliza en este sentido la expresión de “función paraprocesal de los tipos de organización”. A este respecto, señalaba en su momento SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pág. 670, si bien respecto al delito de asociación criminal, que: “la figura [...] permite “encubrir”, dar un “paraguas legal” formal a investigaciones delictivas no apoyadas en la sospecha de concretos delitos, incluso previas a la comisión de cualquier delito, luego de otro modo ilegales”.

⁷⁶ Así lo señala FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

⁷⁷ ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág., pp. 39-42, 62-65.

⁷⁸ ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

⁷⁹ Así lo señala PASTOR MUÑOZ, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 46: “la criminalización de un comportamiento no puede legitimarse con argumentos de utilidad penal, pues es indispensable que, además, el comportamiento afecte a elementos esenciales de la sociedad”.

La indeterminación reseñada que manifiestan algunos autores en torno a la concreción del bien jurídico protegido por los delitos aquí estudiados puede encontrar su explicación en los problemas dogmáticos y político-criminales que entrañan las dos posturas principales sostenidas a este respecto: la llamada tesis del adelantamiento y la de protección de bienes jurídicos colectivos. Si bien las abordaremos con detenimiento más adelante, cabe ahora adelantar algunas de sus características y deficiencias.

Como se desprende de su propia denominación, la primera de las tesis concibe los delitos de organización y grupo criminal como meros actos “pre-” o “proto-preparatorios” de delitos elevados a tipo penal autónomo por cuestiones preventivas, para posibilitar el desmantelamiento de las fuentes de peligro que suponen las organizaciones y grupos criminales antes de que lleven a ejecución sus planes criminales. El bien jurídico protegido por los delitos de organización coincidiría de esta forma con los bienes jurídicos amenazados por los delitos objeto de la organización. La aparente coherencia y lógica de los planteamientos de esta tesis no impide apreciar, sin embargo, los importantes problemas prácticos y contrariedades que la misma manifiesta. En primer lugar, y considerando la regla de la excepcionalidad que rige en relación al castigo de los actos preparatorios, por cuanto aún no implican ofensa para bien jurídico alguno, el adelantamiento tan generalizado de las barreras de la punibilidad que la tesis implica resulta difícilmente justificable. Piénsese que la regulación legal de los arts. 570 bis y 570 ter CP, así como anteriormente la de los arts. 515.1º y ss. CP, no restringe el objeto delictivo de las organizaciones y grupos criminales, pudiendo éste consistir en principio en cualquier delito de la Parte Especial del código⁸⁰. Por otra parte, esta tesis parece incapaz de justificar desde sus planteamientos la autonomía de estos delitos una vez se inicie la ejecución de los delitos en el seno de la organización o grupo criminal⁸¹, algo que se viene afirmando de forma unánime por los tribunales, al apreciar en sus sentencias en estos casos un concurso de delitos entre los arts. 570 bis y 570 ter CP –y antes 515.1º CP –y los tipos penales cuya ejecución se haya iniciado por parte de los integrantes de la organización o grupo criminal. Y es que, como objeta ZIFFER⁸², si el bien jurídico protegido por los tipos de organización coincide, como sostienen los partidarios de esta tesis, con los bienes jurídicos tutelados por los delitos-fin, toda vez que se produce un adelantamiento de la intervención penal al mero estadio preparatorio, caso de iniciarse la ejecución de alguno de estos delitos-fin el concurso a apreciar habría de ser el de normas, y no el de delitos, a resolver por el principio de consunción, con la aplicación exclusiva del delito-fin. Lo

⁸⁰ Al contrario, por ejemplo, que el tipo penal francés de asociación ilícita que restringe el objeto delictivo de la asociación a delitos contra las personas y el patrimonio.

⁸¹ Así, por ejemplo, ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 41, que, tajante al respecto, afirma: “poner el énfasis únicamente en la perspectiva del adelantamiento de la punición [...] no alcanza a explicar cuál es la razón que justifica la autonomía de la infracción”.

⁸² ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 41 y 64: “la acción preparatoria [...] no puede ser punible independientemente de si ha tenido lugar la agresión definitiva que se quiere evitar, precisamente, con la punición de los actos preparatorios; de lo contrario, se violaría la prohibición de doble valoración, pues se reprocharía al autor no sólo haber cometido el delito sino, además, ¡el haberlo preparado!”

contrario –objeta la autora –supondría castigar dos veces la misma conducta, si bien en distintas fases de su ejecución: una primera vez, en grado de preparación, y una segunda, en grado de tentativa o consumación, lo que contrariaría las reglas de aplicación del “*iter criminis*”, según las cuales el acto posterior en la fase de ejecución absorbe por consunción al anterior.

La constatación de estas insuficiencias de la teoría del adelantamiento ha llevado a un importante sector doctrinal, hoy dominante en España, a sostener la segunda de las tesis mencionadas, defendiendo la ostentación por los delitos de organización y grupo criminal de un injusto autónomo e independiente del de los delitos objeto de la agrupación, que consistiría en la ofensa de un bien jurídico colectivo. No obstante, si esta tesis logra superar con éxito las contradicciones de la anterior, presenta otra serie de inconvenientes, de difícil resolución causados principalmente por la abstracción que caracteriza a la mayoría de los bienes jurídicos que se alegan a este respecto como objeto de protección de los tipos de organización y grupo criminal. En este sentido, y en relación concreta con los términos de “orden público” y “tranquilidad pública” defendidos por algunos autores como objeto jurídico protegido de los delitos, se ha criticado que los mismos son “de poca ayuda para circunscribir qué es lo que efectivamente se quiere proteger con esta criminalización”⁸³, dificultando así al jurista su labor de cara a la interpretación de los elementos típicos y a la aplicación, con ello, de las normas al caso concreto⁸⁴. Por otra parte, la inmaterialidad que caracteriza a esta modalidad de bienes jurídicos dificulta la determinación del momento de su afectación material por las conductas típicas, lo que entraña el peligro de recurrir a un concepto formal de delito, con el consiguiente relajamiento de las condiciones para apreciar la culpabilidad de los autores. Como vemos, pues, ambas teorías encuentran importantes deficiencias de cara a determinar el injusto de los delitos de organización, lo que explica los ríos de tinta que la cuestión del bien jurídico protegido ha hecho correr entre los autores a este respecto, en el intento de salvar las objeciones citadas⁸⁵. No ha sucedido lo mismo, sin embargo, en el plano jurisprudencial, manifestándose en las sentencias de los tribunales poco interés por esta cuestión⁸⁶.

En lo siguiente procedemos a estudiar de forma pormenorizada cada una de las tesis doctrinales sostenidas en la materia con la finalidad de poder realizar finalmente una reflexión y toma de postura personales sobre el bien jurídico protegido por los

⁸³ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 34.

⁸⁴ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 35.

⁸⁵ A este respecto, FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 201, señala que la determinación del objeto de protección del delito de asociación ilícita es uno de los temas doctrinalmente más discutidos en el ámbito de la regulación penal de las asociaciones. Matiza a pie de página la autora que el debate, sin embargo, no ha surgido en el ámbito jurisprudencial.

⁸⁶ Lo pone de relieve también FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 201.

delitos de organización del Código Penal español⁸⁷. Todo ello, no sin antes atender a las consideraciones realizadas a este respecto por el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introductoria de los delitos de organización y grupo criminal.

3.Posición del legislador: el orden público como núcleo esencial de preservación de los principios, derechos y libertades constitucionales, bien jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal

Antes de adentrarnos en el estudio de las tesis sostenidas en torno al bien jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal, procede, como adelantamos, realizar un somero análisis de las justificaciones dadas por el legislador de 2010 para la ubicación de los arts. 570 bis y 570 ter CP en el título XXII del libro II del Código Penal, rubricado “Delitos contra el orden público”. Efectivamente, frente a la pretensión inicial de ubicarlos en un título *ex novo*, concretamente en el XVII bis⁸⁸, titulado “De las organizaciones y grupo criminales”, manifestada en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal publicado el 15 de enero de 2007 en el BOE (referencia: 121/000119), se opta finalmente, años más tarde, y con el propósito de “alterar lo menos posible la estructura del vigente Código Penal”⁸⁹, por introducir los tipos penales en el citado título XXII, configurándolos como delitos contra el orden público. Esta ubicación no resulta extraña si atendemos a la configuración legal de los delitos de organización en el resto de países europeos, en los que de manera mayoritaria se ubica a estos tipos entre los delitos contra el orden público. Así ocurre, por ejemplo, en Italia, con los delitos de asociación para delinquir y asociación mafiosa de los arts. 416 y 416 bis⁹⁰, en Alemania, con el delito de asociación criminal del § 129 StGB⁹¹. Otros países emplean también conceptos abstractos para definir al bien jurídico protegido mediante la incriminación por estos delitos. Tal es el caso, por ejemplo, de Luxemburgo⁹² o Bélgica⁹³ que ubican a los delitos de asociación para delinquir u

⁸⁷ La reflexión final se restringirá a los tipos penales españoles de asociación criminal (art.515.1º CP) y organización criminal (art. 570 bis CP) ya que abordar el bien jurídico protegido por los delitos de organización en abstracto resulta una tarea imposible dada la variedad de tipos penales existentes a este respecto en todo el mundo, con distintas configuraciones. En este sentido señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 120 y 12, que “deben evitarse fáciles apriorismos y el trasplante de soluciones o planteamientos válidos en otros sistemas, pero no acordes con el contenido concreto de la fórmula legal española. Porque la delimitación del bien jurídico tutelado es un problema inseparable de los respectivos tipos penales”.

⁸⁸ El proyecto de título se situaba así a continuación del Título XVII, relativo a los delitos contra la seguridad colectiva, y justo antes del Título XVIII, concerniente a las falsedades.

⁸⁹ Así lo expresa el mismo legislador de 2010 en el apartado XXVIII del preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

⁹⁰ Los delitos se encuentran situados así en el “Titolo V - Dei delitti contro l'ordine pubblico (artt. 414-421)”.

⁹¹El delito de *kriminelle Vereinigung* se ubica en el Capítulo 7º del StGB, relativo a los delitos contra el orden público.

⁹² En el “Titre VI Des crimes et des délits contre la sécurité publique (Art. 322 à 347)” se ubica el “Chap. Ier. - De l'association formée dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés et de l'organisation criminelle (Art. 322 à 326)”.

organización criminal en el título relativo a los delitos contra la seguridad pública, o de Austria, que sitúa al tipo correspondiente entre las infracciones contra la paz pública⁹⁴.

En la justificación de esta ubicación sistemática el legislador español afirma en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introductoria de estos delitos, que la criminalidad organizada no sólo multiplica cualitativamente la potencialidad lesiva de las acciones criminales ejecutadas en su seno, sino que además altera el normal funcionamiento de los mercados e instituciones, afectando a la capacidad de acción de los órganos del Estado en cuanto que se sirve de instrumentos complejos para asegurar la impunidad de sus actividades y la ocultación de sus recursos. Ello provoca según el legislador la afectación del orden público, en su acepción propia de un Estado de Derecho, esto es, como “núcleo esencial de preservación” del principio de legalidad y los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos por la Constitución. Con esta descripción el legislador parece hacer alusión a organizaciones criminales de estructura considerable. Y es que la afectación del funcionamiento de los mercados, instituciones y órganos del gobierno no son caracteres que puedan atribuirse a cualquier agrupación dedicada a cometer delitos. Tal afectación, por el contrario, implica la necesaria ostentación por parte de la agrupación criminal de importantes medios organizativos logísticos, técnicos y humanos, que le permitan, entre otras cosas, blanquear sus ganancias y corromper a funcionarios públicos, para afectar así al normal funcionamiento de los mercados e instituciones públicas.

En relación con la segunda de las figuras introducidas por la reforma de 2010 - la de grupo criminal - en la Exposición de Motivos no se explica, sin embargo, su configuración sistemática como delito contra el orden público, haciéndose sólo alusión a este respecto a la necesidad de hacer frente a “otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales” que el art. 570 bis CP exige. Pareciera, pues, en principio que tras el tipo de grupo criminal sólo reside un adelantamiento de las barreras de punición en relación con los delitos-fin del mismo, si no fuera porque más adelante, al comparar las penas de los delitos de organización y grupo criminal, el legislador explique la diferencia penológica entre ambos por la estructura más compleja del primero, que –añade –“responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y el orden jurídico”, con lo que atribuye de esta forma también capacidad lesiva al grupo criminal –si bien menor – para con el orden público.

⁹³ En el “Titre VI - Des crimes et des delits contre la securite publique”, se ubica el “Chapitre I. - De l'association formee dans le but d'attenter aux personnes ou aux proprietes et de l'organisation criminelle”.

⁹⁴ El art. 273 se ubica entre los “Strafbare Handlungen gegen den öffentlichen Frieden”.

4. Teorías sobre el bien jurídico protegido en los delitos de organización y grupo criminal

No todos parecen estar de acuerdo con la ubicación sistemática dada por el legislador de 2010 a los delitos de organización y grupo criminal, ni con los motivos por él expuestos a tal fin⁹⁵; antes al contrario, la diversidad de pareceres caracteriza en España a la discusión doctrinal sobre el bien jurídico-penal que se vendría a proteger con la incriminación de estas figuras. Pero ello no sólo ocurre en nuestro país, sino también a nivel internacional, revelándose un enconado debate entre las dos posturas que ya se adelantaron: aquella que explica estos delitos como meros actos preparatorios de los delitos-fin de la agrupación criminal, identificando así al objeto jurídico protegido con los bienes jurídicos amenazados por los citados delitos-fin, y la que sitúa la *ratio iuris* de estas figuras en la protección de un bien jurídico autónomo, de carácter colectivo⁹⁶.

Insta alertar de que, pese a la aparente contradicción entre ambas posturas, ambas se entremezclan en numerosas ocasiones por parte de autores que, por ejemplo, explican la incriminación de estos delitos haciendo alusión a la protección de un bien jurídico colectivo, que ostentaría, sin embargo, un carácter meramente formal, siendo la razón de ser de su existencia la defensa mediata de los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin de la agrupación criminal. Realizada esta matización, nos adentramos sin más preámbulos en el análisis de cada una de estas tesis.

⁹⁵ Como adelanto de esta discrepancia, véase, por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 25. Delitos contra el orden público”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2015, pág. 863, que tacha de discutible la ubicación de los tipos de organización y grupo criminal entre los delitos contra el orden público, o TERRADILLOS BASOCO, J.M., y GALLARDO GARCÍA, R.M., “Lección 30. Delitos contra el orden público (I)”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*, Iustel, 2ª ed., 2016, pág. 390, que objeta que los argumentos que el legislador del 2010 aporta en torno a la afectación del orden público por parte de la delincuencia organizada, “en modo alguno resultan aplicables a delitos como la sedición, la desobediencia o los desórdenes públicos, a cuyo lado y compartiendo Título y rúbrica, han ido a parar las organizaciones y grupos criminales”.

⁹⁶ Ello se constata especialmente en Alemania, como señala MALJEVIC, A., ‘*Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’. Different Legal Models Against Criminal Collectives*, Dunckler&Humboldt, Berlín, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2011, pp. 34 y 35. Si bien la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sostienen, de acuerdo con la ubicación del delito de asociación criminal (*kriminelle Vereinigung*) en el StGB entre los delitos contra el orden público, la tesis de la protección de un bien jurídico colectivo, definido, ya como “orden público”, ya como “seguridad pública” o “seguridad interior”, un sector minoritario, pero con mucho peso en la doctrina (RUDOLPHI, LANGER-STEIN y OSTENDORF) entienden que el injusto radica en el peligro abstracto que la agrupación supone para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin. En Italia, donde también se configuran legalmente como tipos contra el orden público los delitos de asociación para delinquir y asociación de tipo mafioso de los arts. 416 y 416 bis CP italiano, respectivamente, también es mayoritaria la tesis del injusto autónomo (así, por ejemplo, PATALANO, ALEO, TONA), encontrándose también algún autor crítico al respecto (véase, por ejemplo, MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pp. 16 y 17, que aboga por la supresión de estos tipos, y la previsión en su lugar de una circunstancia agravante en caso de comisión de delitos en asociaciones delictivas).

4.1. El objeto jurídico protegido como los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la organización o grupo criminal. La “tesis del adelantamiento”

4.1.1. Bases de la teoría

Si bien es ésta una de las dos principales tesis sostenidas a nivel internacional sobre el bien jurídico protegido por los delitos de organización criminal, no cuenta actualmente con tantos seguidores como la tesis de los bienes jurídicos colectivos. Su máximo representante en Europa es el autor alemán RUDOLPHI⁹⁷. Otros seguidores de la teoría en Alemania son LANGER-STEIN⁹⁸, OSTENDORF⁹⁹, FÜRST¹⁰⁰, SCHEIFF¹⁰¹ y HOHMANN¹⁰². En Italia destaca entre sus defensores MOCCIA¹⁰³, mientras que en España puede citarse, a este respecto, principalmente a SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁴, BARBER BURUSCO¹⁰⁵, RUIZ BOSCH¹⁰⁶, e inicialmente¹⁰⁷ a SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ¹⁰⁸.

⁹⁷ Véase RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, en WOLTER, J. (Edit.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), Band III*, 8. Auflage, 2005, pp. 5 y 6, y RUDOLPHI, H.-J., “Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129, 129a StGB”, en FRISCH, W. y SCHMID, W. (Edit.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymann, Köln, 1978, pp. 318 y 319 (“Los arts. 129 y 129a StGB persiguen una finalidad preventiva [...]. Luchan contra los ataques por parte de los miembros de las organizaciones criminales o terroristas a los bienes jurídicos protegidos en nuestra parte especial del Código Penal excepcionalmente ya en el estadio de la preparación. Los arts. 129 y 129a consisten, por eso, únicamente en un adelantamiento de la tutela penal en el estadio preparatorio [...]. Los bienes jurídicos protegidos en los arts. 129 y 129a son, por consiguiente, los bienes jurídicos protegidos en la parte especial de nuestro Código Penal”).

⁹⁸ LANGER-STEIN, R., *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129a StGB)*, VVF, München, Florence, 1987, pp. 150 y 242

⁹⁹ Véase OSTENDORF, “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. Terroristischer Vereinigungen” §§ 129, 129 a StGB”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 12. Jahrgang, 1980, 499, pág. 500, y OSTENDORF, H., “§ 129. Bildung krimineller Vereinigungen”, en KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U., y PAEFFGEN, H.-U., *Strafgesetzbuch, Band 2*, 4. Auflage, 2013, pp. 651 y 652.

¹⁰⁰ FÜRST, M., *Grundlagen und Grenzen der § 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 886, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989, pp. 68 y 69.

¹⁰¹ SCHEIFF, B., “Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (129 StGB)?”, *Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Band 30, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, pp. 25-29.

¹⁰² HOHMANN, S., “Zur eingeschränkten Anwendbarkeit von § 129 StGB auf Wirtschaftsdelikte”, *wistra*, 11. Jahrgang 1992, pág. 86.

¹⁰³ MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pp. 15 y ss.: “se castiga, en sustancia, el mero acuerdo estable y organizado, [...] los bienes efectivamente en cuestión son aquéllos para cuya ofensa se asocia y en relación a los cuales se quiere disponer la tutela anticipada”.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La “intervención a través de organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito?”, en CANCIO MELIÁ, M., y SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Delitos de organización*, Bdef, Buenos Aires, 2008, pp. 98-100.

¹⁰⁵ BARBER BURUSCO, S., *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, Comares, Granada, 2004, pág. 152.

¹⁰⁶ RUIZ BOSCH, S., “Organizaciones y grupos criminales”, *Noticias jurídicas*, 2015, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10446-organizaciones-y-grupos-criminales/> (última consulta: 12/02/19), pág. 3.

Ante la suma abstracción de los conceptos jurídicos indeterminados “orden público”, “seguridad interior” o “paz pública”¹⁰⁹, erigidos oficialmente por los códigos penales de los países europeos como bienes jurídicos afectados por los delitos de organización criminal, estos autores sostienen que el injusto de estas infracciones ha de proyectarse sobre los delitos perseguidos por la organización criminal, identificando así el bien jurídico protegido con los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la agrupación criminal¹¹⁰. Así, según este planteamiento, ante la especial peligrosidad de la criminalidad organizada frente a la individual o la grupal esporádica, traducida en un especial potencial lesivo, y en la capacidad para asegurar los delitos programados, el legislador habría decidido adelantar la intervención penal a un momento anterior a la lesión o puesta en peligro concreto de los bienes jurídicos tutelados por los delitos-fin, castigando la conducta de mera participación en la organización criminal.

La finalidad que movería al legislador a adelantar de forma tan acentuada las barreras de intervención penal no sería otra que la de dismantelar la fuente de peligro

¹⁰⁷ Decimos “inicialmente” porque en las últimas publicaciones realizadas al respecto, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ se manifiesta a favor de la tesis del bien jurídico autónomo. Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M., y JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI*, Aranzadi, Madrid, 2016, pág. 556, sosteniendo que el bien jurídico protegido por el delito de organización es el orden constitucional, y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “*Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*”, *op. cit.*, pág. 268, donde concluye que la seguridad colectiva es el bien jurídico afectado por las conductas tipificadas en relación a la organización criminal. No obstante, ésta última no cambia de forma radical su postura, al definir la lesión de la mentada seguridad colectiva como “situación de peligro hipotético para los bienes jurídicos del programa criminal”, con lo que parece adoptar finalmente una postura ecléctica entre las dos tesis principales.

¹⁰⁸ Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pp. 678, 679, 680 y 68. No obstante, y como más adelante veremos, la autora matiza que para que esta postura sea coherente y práctica resulta necesario la restricción del ámbito aplicativo del tipo en el sentido de limitar los delitos objeto de la organización a los de mayor gravedad, concluyéndose así que su interpretación es *de lege ferenda*.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, se muestra crítico con el término “seguridad interior” empleado en ocasiones por el BGH para referirse al bien jurídico protegido por §§129 y 129a StGB (delitos de asociación criminal y asociación terrorista), OSTENDORF, H., “§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, *op. cit.*, pág. 650: “para justificar el indiscutible adelantamiento de las barreras de intervención del derecho penal a través de los arts. 129 y 129 a no ofrece ninguna ayuda el concepto jurídico indeterminado “seguridad interior””. En sentido similar, LANGER-STEIN, R., “*Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§129, 129a StGB)*”, *op. cit.*, pág. 134: “La paz pública y la seguridad pública no pueden erigirse en bienes jurídicos independientes protegidos mediante los §§129, 129a StGB, pues se trata de conceptos genéricos, que en última instancia no se refieren a otra cosa que a la teoría del adelantamiento”.

¹¹⁰ RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, *op. cit.*, pág. 5, que, en relación al delito de organización criminal del §129 StGB, afirma: “El peligro potencial radica en la posibilidad de que aquellos delitos abarcados por los objetivos de la organización sean verdaderamente cometidos. Por lo tanto, son afectados los mismos bienes jurídicos que son dañados por la tentativa y la consumación de aquellos delitos”.

para los bienes jurídicos que constituyen estas agrupaciones criminales, salvaguardando así a éstos de ser objeto de una futura y previsible lesión o puesta en peligro concreto¹¹¹. RUDOLPHI y LANGER-STEIN quizás hayan sido los autores que con más ahínco han subrayado, a este respecto, la especial peligrosidad de las organizaciones criminales para el conjunto de bienes jurídicos, explicitando, desde un punto de vista sociológico, cómo en agrupaciones de personas establecidas para un periodo largo de tiempo con objetivos criminales entran en juego dinámicas de grupo que, a la vez que inhabilitan los factores individuales de inhibición de sus miembros, contribuyen a incentivarlos a cometer delitos. A ello se uniría la realidad de una estructura con medios logísticos y personales racionalmente organizados a la perpetración de infracciones penales, lo que asegura una gran posibilidad de éxito en la consecución de los objetivos criminales propuestos¹¹².

En suma, pues, el bien jurídico protegido por los delitos de organización criminal coincidiría con los bienes jurídicos amenazados por la agrupación delictiva en sí. En los casos, como en Alemania, Italia o España, en que el objeto criminal de la organización no está acotado por el legislador, pudiendo consistir en delitos de cualesquiera gravedad, resultará que el bien jurídico protegido mediante la incriminación de los tipos de organización será en abstracto el conjunto de bienes jurídicos protegidos en la Parte Especial de los respectivos Códigos penales. Esta amplitud del objeto criminal, como veremos, es uno de los aspectos más criticados de la tesis del adelantamiento por parte de los partidarios de la tesis del injusto autónomo.

4.1.2. Críticas

En lo que respecta a la acogida de esta tesis entre la doctrina, podemos señalar que, si bien se ha alabado de forma generalizada - incluso por algunos de los autores

¹¹¹ Así lo señala ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 38, al analizar esta teoría: “Este adelantamiento está basado en que las asociaciones constituyen un potencial de peligro especial [...] La función del tipo es prevenir el peligro que deriva de estas asociaciones para los bienes jurídicos, y para ello, aparece como decisivo el atacar antes de que actúen: el fin de protección, por lo tanto, es desmantelar una fuente de peligro especialmente grave”. No obstante, la autora no es partidaria de esta tesis. Más adelante veremos algunas de las observaciones que la misma le objeta. FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 228, también contraria a la tesis de la anticipación, señala que conforme a los planteamientos de esta teoría los delitos de organización se erigirían en una especie de “delitos-barrera”.

¹¹²RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, *op. cit.*, pág. 5, y LANGER-STEIN, R., “*Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§129, 129a StGB)*”, *op. cit.*, pág. 242: “En una unión de personas establecida para un periodo largo de tiempo con objetivos criminales pueden ponerse en juego procesos de desinhibición por la creación de dinámicas de grupo. Éstos se manifiestan de tal manera que en el grupo surge una presión para cometer actos delictivos, que se superpone a las inhibiciones individuales”.

más críticos¹¹³ – la sencillez y coherencia que caracteriza a sus planteamientos¹¹⁴, las carencias encontradas en la misma, principalmente de cara a la explicación de la autonomía del delito de organización, han acabado relegándola a un lugar secundario en el discurso que nos concierne. A continuación, recogemos las principales objeciones realizadas a nivel doctrinal a la tesis del adelantamiento:

a.La intolerable doble tutela de los bienes jurídicos amenazados por el programa delictivo de la agrupación criminal, y la consecuente concepción de los delitos de organización como normas de Parte General

En primer lugar, se ha denunciado que el carácter autónomo de los delitos de organización y grupo criminal, que supone en la práctica la aplicación de un concurso de delitos entre los tipos de los arts. 570 bis y 570 ter CP y los delitos-fin ejecutados, caso de que la organización o grupo haya iniciado la ejecución de su plan delictivo, implicaría, desde los postulados base de la tesis del adelantamiento, un intolerable “bis in ídem”. En este sentido objeta ZIFFER que, en base a los lineamientos de esta tesis, la apreciación en estos casos del concurso de delitos –lo que viene haciéndose de forma generalizada por parte de los tribunales –, supondría tutelar dos veces los mismos bienes jurídicos: una vez, frente a su puesta en peligro abstracto, y otra segunda, respecto a su efectiva puesta en peligro o lesión. Mantiene así la autora que un desarrollo coherente de los principios de la teoría del adelantamiento debería llevar a afirmar que, de iniciarse la ejecución de los delitos-fin, la conducta de integración en la organización, en cuanto acto de (pre-) preparación, sería absorbida por éstos¹¹⁵; sin embargo, lo cierto es que ello parecen la práctica incompatible con la configuración legal actual de los arts. 570 bis y 570 ter CP como tipos penales autónomos.

¹¹³ Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 140, partidario de la teoría de la autotutela del poder del Estado, reconoce que “esta tesis–entiéndase, la tesis de la anticipación – tiene el atractivo de su sencillez y coherencia. Realmente debía de ser la postura de quienes entienden que la asociación es un acto “preparatorio” elevado a delito; y la de quienes opinan que el concepto de orden público es una abstracción sin contenido, y no encuentran otro concepto que lo sustituya”.

¹¹⁴ Se habla de sencillez en alusión a que esta tesis evita el fácil recurso a abstracciones, en que cae la teoría de los bienes jurídicos supraindividuales. En cuanto a la coherencia, ha de entenderse ésta en el sentido de que los planteamientos de la tesis concuerdan con la condición de actos preparatorios (o pre-preparatorios) de las conductas típicas, condición ésta reconocida por el común de la doctrina, esto es, también por los seguidores de la protección de bienes jurídicos colectivos. Véase pie de página anterior.

¹¹⁵ ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 41. Apunta también esta contrariedad, QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 187, que refiriéndose a la conspiración para delinquir y al delito de asociación criminal señala: “...es obligado reconocer que tanto una como otra conducta son, respecto de ese hipotético delito futuro, actos anteriores al inicio de la ejecución [...] ...es comprensible que la punición de los actos preparatorios, y concretamente de la conspiración para delinquir, deja de ser posible cuando tras ellos se pasa a la ejecución del delito, pues la ejecución del proyecto (el inicio de ejecución del hecho) absorbe sus pasos previos. Pero con el delito de asociación ilícita no sucede lo mismo, sino que la ejecución del delito da lugar a la concurrencia de dos o más infracciones penales”.

Por su parte, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹¹⁶, menos contundente, parece proclive a admitir excepcionalmente una doble tutela de bienes jurídicos cuando éstos sean especialmente relevantes; sin embargo, ello no casa, como señala, con la estructura actual de los tipos de organización en España, que incluyen dentro del objeto delictivo de la organización a todo tipo de delitos, sin distinción alguna. Por tanto, concluye el autor que, para poderse sostener la tesis del adelantamiento en España, sería necesario en todo caso una previa restricción legal del ámbito de aplicación de los tipos de organización a los delitos que protejan bienes jurídicos de especial valor, restricción que hasta el momento no se ha realizado¹¹⁷.

Conscientes de esta contrariedad que entraña la tesis del adelantamiento en este aspecto, algunos de sus defensores han tratado de ofrecer interpretaciones de los delitos de organización que superen esta crítica. Este sería el caso, por ejemplo, de SCHROEDER¹¹⁸, que, sabedor de que el avance en todo *iter criminis* debe implicar la consunción de la preparación del delito por su ejecución, defiende que, frente a la práctica habitual de los Tribunales de reconocer un concurso de delitos entre los tipos de organización y los delitos-fin cometidos por el agrupación criminal, se debería aplicar en tales casos las reglas del concurso normativo, resolviéndose el mismo con la aplicación de los segundos, en defecto de los primeros, en tanto más cercanos a la lesión efectiva del bien jurídico.

La conciencia de que la apreciación del concurso de normas a este respecto supondría considerar a los delitos de organización y grupo criminal como normas más propias de la Parte General que de la Especial de los Códigos Penales, quizás haya sido el motor que haya llevado a autores como SILVA SÁNCHEZ¹¹⁹ y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ¹²⁰ -ésta luego parece cambiar de parecer-, a defender en su momento la

¹¹⁶GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 140 y 141: “Una segunda tutela, tal vez pudiera tener sentido con relación a determinados bienes jurídicos especialmente valiosos, pero no respecto a todos; lo contrario significaría una anticipación generalizada y desmedida de las barreras de protección penal, carente de justificación”.

¹¹⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.L., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pp. 681 y 678, defensora inicialmente de la tesis del adelantamiento, admite en este sentido que la amplitud de la configuración típica del delito de asociación ilícita hace intolerable la protección doble de los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la organización que la aplicación del concurso de delitos entre el art. 515.1º CP y las normas reguladoras de los delitos-fin concretos implica. De acuerdo con ello afirma que “la solución del concurso de delitos sólo puede mantenerse de reducir sensiblemente el alcance de la figura en el sentido propuesto en los números anteriores”, números estos en lo que la autora propone “la restricción de la punibilidad a las asociaciones dirigidas a la comisión de crímenes de cierta gravedad”.

¹¹⁸ SCHRÖDER, Die Straftaten gegen das Strafrecht, pp. 31 y ss.

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿“Pertinencia” o “Intervención”? Del delito de “pertinencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2003, pp. 109 y ss.

¹²⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de <participación en organización criminal>”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. (Coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid,

concepción del art. 515.1º y ss. –hoy sería también de los arts. 570 bis y ter CP – como normas de Derecho Penal General.

Especialmente interesante es el planteamiento del primer autor. Tomando como referencia la propuesta desarrollada por MOCCIA¹²¹ de reconducir los tipos autónomos de participación en organización o asociación criminal a calificaciones generales de la Parte General por realizar hechos delictivos en el marco de estas agrupaciones criminales, SILVA SÁNCHEZ vislumbra tras las figuras que nos ocupan reglas especiales de intervención delictiva en el marco de la criminalidad organizada. Considerando la complejidad que caracteriza a las organizaciones criminales, y la dificultad de individualizar el aporte concreto de cada miembro a los hechos delictivos perpetrados en su marco dada su actuación clandestina, el autor concibe los tipos de organización como reglas de “intervención (o participación) a través de la organización”, permitiendo de este modo que sujetos que realizan en su seno aportaciones “naturalísticamente alejadas de la ejecución del hecho” o delito-fin concreto, o incluso, “desconectadas de sus circunstancias de tiempo, lugar, sujetos e incluso concreción fáctica”, puedan ser considerados también responsables¹²² de tal hecho¹²³, si bien a través del tipo de organización criminal. Concibe así el autor a los delitos de organización como instrumentos legales para hacer responder penalmente a sujetos partícipes en la agrupación delictiva que se encuentran en los escalafones superiores, esto es, muy alejados de los sujetos que efectivamente cometen los delitos. Como estos sujetos “de primer nivel” no pueden generalmente responder por participación en el delito-fin, habida cuenta de la dificultad probatoria a este respecto, SILVA SÁNCHEZ entiende que podrán responder subsidiariamente por su contribución genérica a la organización, que indirectamente ha favorecido la comisión del delito-fin, a través de los tipos de organización. Transcribiendo las palabras del autor, “la aportación favorecedora de un miembro determinado, que puede haberse efectuado de modo genérico (para la organización) y con mucha antelación, es actualizada y concretada por la organización en el momento de la ejecución, por parte

2002, pág. 64: “parece más propio que institucionalizar un delito de peligro, considerarla más bien una regla general de participación cuando los hechos sean cometidos por organizaciones criminales. Dadas las dificultades existentes para establecer la participación en los delitos cometidos por la criminalidad organizada, el ordenamiento regula con carácter general sus formas de intervención”.

¹²¹ MOCCIA, S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Edizione Scientifiche Italiani, Nápoles, 1997, pp. 65 y ss.

¹²² SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, *op. cit.*, pág. 116: “la “intervención a través de organización” podría manifestarse en una coautoría o, en su caso, en una forma de participación por cooperación”.

¹²³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, *op. cit.*, pp. 109 y ss. Resultan ilustrativos de cara a la comprensión de su teoría los siguientes fragmentos de la citada obra: “La organización no es meramente un elemento cualificante de la intervención directa de uno u otro de sus miembros en los concretos delitos-fin. Su dimensión institucional (y la consiguiente dinámica propia de ésta) provocan, por el contrario, cambios relevantes en la relación de los hechos de cada uno de los miembros con el referido delito-fin. Ello no significa que a un miembro determinado se le deba hacer responsable por otra cosa que por su propia actividad favorecedora de delitos concretos”.

de otro u otros miembros, de uno o varios hechos delictivos determinados”. Ve, de esta forma, el autor la participación genérica en la organización como una forma de participación genérica -valga la redundancia -en los delitos-fin, al señalar que “la organización [...] cumple una doble función de garantía (delictiva): por un lado, garantiza la pervivencia del riesgo creado por un miembro; por el otro, garantiza la conexión de dicho riesgo con el generado por los intervinientes en un hecho delictivo concreto”.

De este modo, la categoría elaborada por SILVA SÁNCHEZ vendría, como él mismo indica¹²⁴, a flexibilizar los esquemas y reglas tradicionales en materia de autoría y participación en esta materia, como ya hiciera el instituto de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder ideado en su momento por ROXIN¹²⁵. Matiza, no obstante, el autor que su construcción dogmática no implica que “a todos los miembros activos de la organización se les pueda hacer responsables de todos los hechos delictivos realizados en el marco organizativo de aquella”, exigiéndose a tal fin cierta vinculación, aunque indirecta, del sujeto con el hecho concreto, de forma que su actuación haya favorecido, aun mediatamente, la ejecución del delito-fin¹²⁶. De la interpretación del autor se intuye -pues él no lo especifica en ningún momento - que a los miembros que participen directamente en el delito-fin de que se trate no les sería de aplicación el delito de organización, en tanto que consumido en la norma correspondiente al delito-fin ejecutado *ex art.* 8.3º CP. Sí trata de forma expresa el autor la posibilidad de responsabilizar al miembro de la organización por su participación indirecta en un delito-fin mediante el delito de organización aun en los casos en que la ejecución del mismo no se haya iniciado, admitiéndola sólo en los casos en que el

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, *op. cit.*, pág. 111: “Ello implica, ciertamente, un relativo distanciamiento de los presupuestos naturalísticos clásicos de la intervención (y, en concreto, de la teoría de la participación). Así, en particular, de los relativos al carácter directo de la contribución y al conocimiento de las circunstancias precisas del hecho”.

¹²⁵ El mismo SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, *op. cit.*, pp. 115 y 119 mantiene que la figura por él elaborada, que podría tildarse de “intervención (o participación) a través de organización”, “constituye una categoría complementaria del “dominio de organización” propio de los “aparatos organizados de poder”, entre los que se cuentan las organizaciones criminales”. No obstante, insta precisar que la tesis de ROXIN fue ideada originariamente para ser aplicada en el contexto de aparatos de poder estatal delictivos, concretamente, el Estado nacionalsocialista del III Reich, discutiéndose en la actualidad si puede ampliarse su ámbito de aplicación a las organizaciones criminales clandestinas. Véase ROXIN, C., “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, *Revista Penal*, nº 2, 1998, pág. 65, que entiende que no habría problemas para extender el ámbito de aplicación de su tesis a las organizaciones criminales, siempre que concurran en relación a la organización en cuestión los presupuestos de la teoría: “habrá de comprobarse que realmente han existido los presupuestos de la autoría mediata [...] -la intercambiabilidad del ejecutor y el control automático que de ella se derive -”.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, *op. cit.*, pp. 111 *in fine* y 112.

delito-fin sea de una gravedad suficiente como para justificar tal adelantamiento de las barreras de intervención penal respecto a la lesión de bienes jurídicos¹²⁷.

b.La inaceptable intromisión en el ámbito íntimo y personal de los sujetos que suponen los delitos de organización como meros actos preparatorios,y la consecuente propuesta de limitar el objeto delictivo de la organización a delitos de cierta gravedad

Por otra parte, y en estrecha relación con lo anterior, se ha señalado por los sectores críticos con esta teoría la inaceptable vulneración de la regla de la excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios que la misma entraña. Si bien el principio general de impunidad de los actos preparatorios, a que se viene haciendo referencia con la expresión latina *cogitationis poenam nemo patitur*¹²⁸, no es absoluto¹²⁹, su “quebrantamiento” debe restringirse a casos excepcionales. Así lo refleja el hecho de que la mayoría de los códigos penales de nuestro entornocastiguen la conspiración, proposición y provocación para delinquir¹³⁰ exclusivamente respecto a delitos especialmente graves¹³¹. Tal regla no se cumpliría, sin embargo, en España, Alemania o Italia en relación a los delitos de organización¹³², si concebidos como meros actos preparatorios, pues en estos países estos tipos son aplicables independientemente de cuál sea la gravedad de los delitos-fin perseguidos por la agrupación criminal en tanto

¹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿“Pertinencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, *op. cit.*, pág. 116.

¹²⁸ Expresión que se traduce como “nadie debe ser castigado por sus pensamientos”.

¹²⁹ Muy ilustrativo en este sentido es el siguiente extracto de ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 58-60: “el principio de reserva –término que usa la autora para referirse al principio de impunidad de los actos preparatorios – no protege ilimitadamente. [...] En este sentido, sólo se reconoce como intangible, y, por lo tanto, como no sujeta a intervención estatal alguna, al núcleo más íntimo de la personalidad, al *forum internum*, que protege las ideas y los pensamientos. A medida que la conducta se aleja de esta esfera intangible, el parámetro para el examen de la intensidad de la injerencia se torna cada vez más flexible”.

¹³⁰ Véanse en nuestro Código Penal los arts. 17 y 18.

¹³¹ Hay que matizar que esto no fue siempre así. Como señala BARBER BURUSCO, S., “*Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*”, *op. cit.*, pp. 6, 14 y 119, en el CP franquista de 1944 la conspiración, proposición y provocación se castigaban de forma genérica respecto de todos los delitos dolosos, algo criticado por la doctrina mayoritaria de la época, que sostenía que su castigo debía limitarse a los delitos de especial gravedad. El CP actual de 1995 modificó esta situación a la actualmente vigente, restringiendo el castigo a determinados delitos de, en principio, notable gravedad. Decimos “en principio” porque la supuesta gravedad de los delitos en que se prevé el castigo de estos actos es discutida por muchos autores, como por la propia BARBER BURUSCO, S., “*Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*”, *op. cit.*, pág. 136: “el legislador de 1995, en la línea adecuada, restringió el castigo de estos actos preparatorios a determinados delitos, pero el criterio empleado para seleccionar los delitos en los que permite el castigo en las etapas de preparación puede calificarse en algunos casos de arbitrario, en otros de descuidado y en algunos de infundado”.

¹³² Ello no ocurriría, sin embargo, en Francia, donde el delito de asociación criminal del CP francés (art. 450.1) restringe los delitos objeto de la organización a los delitos contra la vida y el patrimonio que tengan atribuidos una pena de prisión de más de 10 años.

que la letra de las normas no establece límites a cuál sea el objeto criminal de la agrupación delictiva.

La explicación del injusto de los delitos de organización en base a un mero adelantamiento de las barreras de tutela penal parece así tornarse complicada en tanto en cuanto no se produzca una reforma legal que restrinja su ámbito de aplicación a delitos de cierta gravedad. Ello es así, más aún, si se tiene en cuenta – como señala, desde el sector crítico, CANCIO MELIÁ¹³³, y, admite, desde la tesis del adelantamiento, inicialmente la misma SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ¹³⁴ – la circunstancia de que, en puridad, las conductas típicas de los delitos de organización se sitúan, por lo general en una fase incluso anterior a la de preparación de los delitos-fin. Si se piensa, es muy posible que en el momento de la integración de los miembros en la organización, y, sobre todo, en el de constitución de la organización, aún no se haya comenzado a preparar los concretos delitos-fin, pudiendo constituir así los actos típicos actos “pre-preparatorios” elevados a delitos autónomos.

La constancia de esto ha motivado en España a autores que concibieron en su momento el delito de asociación ilícita, o que conciben ahora a los tipos de organización y grupo criminal, como meros actos preparatorios elevados a delitos autónomos, como QUINTERO OLIVARES¹³⁵ o SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ¹³⁶, a defender *de lege ferenda* una restricción del ámbito de aplicación de los mismos mediante la limitación del programa criminal de la agrupación a delitos de especial gravedad, a semejanza de la regulación actual de la conspiración, proposición y provocación para delinquir. En Alemania, dentro del sector partidario de la tesis del adelantamiento, HOHMANN, si bien no alude claramente a una necesidad de reforma del precepto, sí manifiesta la conveniencia de llevar a cabo en sede interpretativa una restricción del ámbito típico del

¹³³ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 385: “los actos concretamente realizados para la integración en una organización criminal son previos conceptualmente a toda preparación o participación respecto de una infracción concreta: desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyen supuestos de pre-preparación o proto-preparación”.

¹³⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pág. 669.

¹³⁵ QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 187 *in fine* y 188: “la subsistencia del delito de asociación ilícita, con la amplitud y generalidad que le ha dado la jurisprudencia, es cada vez más incomprensible, en la medida en que si no se le encuentra un espacio político-criminal propio se transformará en una tipicidad cuyo más perverso efecto será dejar sin sentido la pretensión de limitar la punición de los actos preparatorios a los casos expresamente señalados en la ley”.

¹³⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pp. 678 y 679, no obstante seguir la tesis del adelantamiento, consciente de sus deficiencias, propone restringir el ámbito de los tipos de organización para dotar a sus planteamientos de mayor coherencia en este sentido. Así, afirma que: “parece razonable la restricción de la punibilidad de las asociaciones dirigidas a la comisión de crímenes de cierta gravedad, frente a los tipos penales como el español que castigan la asociación para cometer cualquier delito. [...] estamos ante conductas previas incluso a la preparación de un delito, y [...] respecto del castigo de los actos preparatorios existe la convicción unánime de que nunca deben ser castigados de modo generalizado, sino excepcional”.

§129 StGB¹³⁷. El autor orienta tal interpretación, citando como prototipos de organizaciones que sí deberían incluirse en el tipo penal aquéllas que se dirijan a la comisión de delitos de notable importancia, como delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad personal¹³⁸, instando, sin embargo, a excluir del tipo a las que tengan como objetivo perpetrar delitos de una entidad leve o moderada, como lo serían los de tipo económico. Asimismo, expresa que deberían quedar “extramuros” las organizaciones que persigan delitos que atenten contra bienes jurídicos colectivos¹³⁹, alejados de intereses personales, por cuanto ello implicaría un adelantamiento de las barreras de punición excesivo en relación a la lesión de bienes jurídicos individuales. En esta línea, pero desde el sector crítico con la tesis del adelantamiento, FARALDO CABANA¹⁴⁰, en España, y, PATALANO¹⁴¹, en Italia, han puesto de relieve que una concepción del delito de organización como mero acto preparatorio no podría avalar el castigo de la participación en organizaciones que tengan como objeto criminal la perpetración de delitos de peligro, en especial cuando éstos sean de la modalidad de peligro abstracto, pues ello conllevaría una anticipación excesiva de la tutela penal, contraria al principio de lesividad. Pero aún más polémica resulta, desde este punto de vista, el castigo de los actos de participación, tentativa, y, sobre todo, los actos preparatorios en relación a los delitos que nos ocupan. En lo que respecta a la tentativa, castigada en nuestro derecho de forma general en relación a los delitos de la parte especial¹⁴², y en Alemania de forma excepcional respecto de los delitos en los que así se prevea expresamente, su aplicación en los delitos de organización resultaría harto censurable desde el prisma de los postulados de la tesis del adelantamiento. Ello ha motivado a autores de esta línea doctrinal, como inicialmente SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ¹⁴³, en España, y SCHROEDER¹⁴⁴, en Alemania, donde el §129.3 StGB prevé el

¹³⁷ Sin embargo, parece en contra de una interpretación restrictiva del tipo, dentro de la tesis del adelantamiento, se pronuncia RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, *op. cit.*, pág. 6: “el objetivo de la organización puede consistir, por ejemplo, únicamente en delitos fiscales, juegos de azar prohibidos, etc., pues ni del texto de la ley ni de la sistemática de la ley se extraen indicios de que hayan de dejarse de lado ciertos tipos de delitos”.

¹³⁸ HOHMANN, S., “Zur eigeschränkten Anwendbarkeit von § 129 StGB auf Wirtschaftsdelikte”, *op. cit.*, pág. 86.

¹³⁹ HOHMANN, S., “Zur eigeschränkten Anwendbarkeit von § 129 StGB auf Wirtschaftsdelikte”, *op. cit.*, pág. 87, cita, a este respecto, como ejemplos de bienes jurídicos universales, la libertad de planificación y disposición en el sector público, la confianza de la población en el mercado del capital o la industria bancaria.

¹⁴⁰ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 231: “Tampoco sería posible justificar la punibilidad de la asociación ilícita o de la organización o grupo criminal para cometer delitos que a su vez pueden ser de peligro, incluso abstracto, pues no habría ni siquiera una mínima afectación de un bien jurídico”.

¹⁴¹ PATALANO, V., *L’associazione per delinquere*, Jovene, Napoli, 1971, pp. 115 y ss.

¹⁴² Véanse los arts. 16 y 62 CP.

¹⁴³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pág. 680: “Necesitada de consideración está [...] la cuestión de la aplicabilidad de las normas generales de punición de actos preparatorios, tentativa y participación al delito de asociación criminal. Puesto que el tipo supone ya una irrupción del Derecho Penal en el ámbito previo incluso a la preparación de un delito concreto, resulta cuestionable proceder a un adelantamiento aún mayor de la punibilidad mediante la aplicación de tales normas”.

castigo de la tentativa de fundar una asociación, a criticar su viabilidad en los delitos que nos ocupan. El castigo de los actos preparatorios previsto en el art. 519 CP¹⁴⁵, respecto al delito de asociación ilícita, que supone desde los postulados de la tesis del adelantamiento, un adelantamiento aún mayor, si cabe, de la tutela penal, ha sido unánimamente censurado, tanto por los críticos con la citada tesis, que lo subrayan como muestra de su invalidez¹⁴⁶, como por sus mismos defensores, que instan a su necesaria supresión¹⁴⁷. Y es que, el art. 519 CP implicaría, desde la tesis que examinamos, la represión de actos preparatorios de los actos (pre-)preparatorios, que constituyen las conductas típicas de los delitos de organización respecto de los delitos-fin. Tal crítica generalizada haya quizás contribuido a que el legislador de 2010, con acierto, no haya previsto el castigo de estos actos en relación a los delitos de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter CP.

c. La desvinculación de las penas del delito de organización con las de los delitos-fin como factor que muestra la incoherencia de la tesis del adelantamiento en relación al art. 517 CP -no de los arts. 570 bis y 570 ter CP-

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁴⁸, en su crítica a la tesis del adelantamiento, puso en su momento de relieve el nulo papel que juegan los que son según esta tesis los bienes jurídicos protegidos por los tipos de organización en la determinación de la pena aplicable *ex art.* 517 CP¹⁴⁹. Criticaba el autor que, si se

¹⁴⁴ SCHROEDER, F.-C., *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 96, Walter de Gruyter, Berlín, 1985, pág. 33.

¹⁴⁵ Art. 519 CP: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores”.

¹⁴⁶ Así, FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 231: “Un argumento ulterior en contra de esta tesis es que, si estamos ante un delito que adelanta la intervención penal a una fase preparatoria, de peligro abstracto para los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la asociación o por los delitos que comete como medio para realizar un fin, no sería lícito castigar a su vez los actos preparatorios”.

¹⁴⁷ Entre los partidarios de la tesis del adelantamiento, han criticado tal previsión BARBER BURUSCO, S., “*Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*”, *op. cit.*, pág. 152 (“De acuerdo a lo dispuesto en el art. 519 CP se castiga la conspiración, proposición y provocación para cometer el delito de asociación ilícita. Entiendo que este delito también debe incluirse en el grupo de casos en que el castigo de actos preparatorios no debe ser admitido como legítimo, y no sólo por las dificultades que podrían plantearse para deslindar supuestos de asociación ilícita de supuestos de conspiración, sino y además, porque en última instancia, la asociación ilícita no deja de ser un acto de preparación de otros delitos”), y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pág. 680.

¹⁴⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 140 y 141: “no puede afirmarse que el delito de asociación ilícita persiga la tutela específica de los bienes e intereses singularmente amenazados por su programa: éstos no [...] condicionan la mayor o menor pena de los asociados”.

¹⁴⁹ Art. 517 CP: “En los casos previstos en los números 1º y 3º al 6º del artículo 515 se impondrán las siguientes penas: 1º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las 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. 2º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses”. Como vemos, el único criterio empleado por el legislador para ponderar las penas de los miembros de la asociación criminal es el rol desempeñado por éstos en la misma.

defiende –como hace la tesis de la anticipación – que el bien jurídico protegido por el tipo de organización se identifica con los bienes jurídicos protegidos por los delitos-fin, lo lógico sería que en la concreta determinación de la pena por participación en organización criminal se utilizara como criterio ponderativo la gravedad del delito-fin concretamente perseguido, y, por ende, la relevancia del bien jurídico protegido por éste. Éste es el criterio que, además, se viene siguiendo actualmente respecto a los actos de conspiración, proposición y provocación expresamente castigados en el Código Penal¹⁵⁰.

La crítica de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA podría ser trasladable también al actual tipo penal alemán de asociación criminal del §129 StGB¹⁵¹, cuya pena, al igual que la del art. 517 de nuestro Código Penal, es independiente de la gravedad del objeto criminal perseguido en su caso por la agrupación¹⁵². En este sentido, RUDOLPHI, principal representante de la tesis del adelantamiento, viene a justificar el marco penal unitario del §129 StGB bajo el argumento de que el precepto se refiere a una pluralidad de futuros delitos, que no han de ser concretados de cara a su aplicación¹⁵³. No obstante, esta crítica no es válida en relación a los delitos de organización y grupo criminal de los

¹⁵⁰ Véanse, por ejemplo, los arts. 141, en relación a los delitos de homicidio y asesinato, 269, respecto a los delitos de robo, extorsión, estafa y apropiación indebida, y el mismo, y muy criticado, 517, sobre el delito de asociación ilícita.

¹⁵¹ § 129 StGB: “Conformación de asociaciones criminales. (1) Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos, o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. [...] (4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años”.

¹⁵² En lo que respecta a Italia, si bien en el tipo básico de asociación para delinquir (art. 416 CP italiano) no se ponderan las penas en atención a la mayor o menor gravedad de los delitos perseguidos por la agrupación, sí se prevé una cualificación por esta circunstancia en el art. 416 CP *in fine*, cuando se dispone que: “Si la asociación está dirigida a cometer alguno de los delitos que recogen los arts. 600, 601 o 602, se aplicará la reclusión de cinco a quince años en el caso previsto en el primer apartado y de cuatro a nueve años en el caso previsto en el segundo apartado”. Dichos delitos son, respectivamente, la reducción o mantenimiento en esclavitud, la trata de personas, y la adquisición y venta de esclavos. La previsión de esta agravante se introdujo en el CP italiano por el art. 4.1 de la Ley 11-8-2003, n° 228. En 2012 (Ley 1° ottobre 2012, n° 172) se introdujo un nuevo fragmento en el art. 416 CP, a continuación del anterior, que actualmente agrava las penas de los sujetos activos de las conductas típicas si el fin de la asociación es cometer alguno de los delitos de los arts. 600 bis, 600 quáter, 600 quáter.1, 600 quinquies, 609 bis, 609 quáter, 609 quinquies, y 609 octies (esto es, prostitución de menores, pornografía de menores, posesión de material pornográfico, y de pornografía virtual, la iniciativa turística dirigida a la explotación de la prostitución infantil, violencia sexual, realización de actos sexuales con menores y ejercicio de violencia sexual en grupo) cuando el hecho se haya cometido en perjuicio de un menor de dieciocho años, y art. 609 undecies (contacto con menores por internet utilizando artificios, engaños o amenazas).

El tipo de asociación de tipo mafioso del art. 416 bis CP no prevé, sin embargo, ninguna cualificación de la responsabilidad penal de sus autores en atención a la gravedad de los delitos perseguidos.

¹⁵³ RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, *op. cit.*, pág. 5. El autor compara, a este respecto, el §129 con el §30 StGB, que castiga la tentativa de participación (§ 30 “Versuch der Beteiligung (1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft”). Mientras en éste último se toma como referencia la pena del delito futuro, en el primero se fija un marco penal independiente, por la pluralidad de futuros delitos, así como su posibilidad de inconcreción.

arts. 570 bis y 570 ter CP, objeto del presente trabajo, habida cuenta de que en ellos sí se ponderan las penas en atención a la gravedad de los delitos que constituyan el objeto de la agrupación, de forma que cuanto mayor la gravedad de éstos últimos, mayor la de la conducta de participación en organización y grupo criminal. La regulación de los delitos de organización y grupo criminal en España sí vincula, por lo tanto, de cierta forma el injusto de organización con el injusto de los delitos-fin.

d. La posible atribución de mayor pena al delito de organización que al delito-fin perseguido por la agrupación criminal como reflejo de la incoherencia de la tesis del adelantamiento

Conectada a la anterior, pero ésta sí aplicable a los delitos de organización y grupo criminal, se encuentra la crítica realizada por FARALDO CABANA¹⁵⁴ y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁵⁵, que señala la paradoja que supone desde los postulados de la tesis del adelantamiento el hecho de que en muchas ocasiones la pena del tipo de organización resulte mayor que la del delito-fin correspondiente¹⁵⁶. Se subraya así la incapacidad de la tesis del adelantamiento para explicar por qué se reprime más duramente el acto preparatorio, o en puridad pre-preparatorio, que supone la participación en organización criminal, que la propia lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico por los delitos-fin concretos, reafirmandose la necesidad de buscar el injusto de los delitos de organización más allá del injusto de los delitos objeto del programa criminal de la agrupación.

e. El peligro político-criminal de un Derecho penal de tintes preventivos

Por último, y para terminar con el análisis de las críticas a esta teoría, consideramos procedente señalar ciertas objeciones de tipo político-criminal realizadas a la misma. Alertan ciertos autores del peligro que supone la justificación sistemática que se viene haciendo a través de la técnica de la anticipación de la tutela penal, y, por ende, de los delitos de peligro abstracto, de ciertas criminalizaciones, de la que es ejemplo la tesis del adelantamiento en relación a los delitos de organización. En este

¹⁵⁴ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 236.

¹⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 141: “... ni explicarían por qué puede castigarse a los miembros de una asociación que tiene por objeto cometer un determinado delito –pero que no lo ha cometido aún – con penas más graves que las impuestas a los autores de ese mismo delito consumado”.

¹⁵⁶ Esto pasa con más asiduidad en el caso del delito de asociación criminal, que, como vimos, no utiliza el criterio de la gravedad del delito-fin perseguido para la determinación de la pena, y además contempla penas menores que el delito de organización criminal. Pongamos, a este respecto, el ejemplo de una asociación criminal que se dedica a la comisión coordinada entre sus miembros de delitos leves de hurto – antigua falta – (art. 234.2 CP). Mientras la pena por el delito leve de hurto que el CP contempla es de multa de uno a tres meses, la pena por la pertenencia activa a una asociación dedicada a la comisión de faltas es de uno a cuatro años de prisión *ex art.* 517 CP. ¿Cómo explicar que el acto (pre) preparatorio del delito leve de hurto, que no supone aún una puesta en peligro concreto del bien jurídico “patrimonio” se castigue mucho más duramente que el mismo acto de hurtar, que sí supone la lesión del “patrimonio”?

sentido, señala PASTOR MUÑOZ¹⁵⁷ que la explicación del injusto en los casos de tipos penales muy alejados de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos a través del simple adelantamiento de la tutela penal abre peligrosamente las puertas a una progresiva anticipación de la intervención penal, según las necesidades de protección de bienes jurídicos existentes en el momento.

Por su parte, CANCIO MELIÁ alerta de que la lógica de la prevención de hechos, a que responden según esta teoría los delitos de organización, no se corresponde con la lógica del Derecho Penal, que se rige por los principios de lesividad y excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios, sino con la lógica de la policía, “que no conoces límites internos ante la consecución del objetivo del combate eficiente contra las fuentes de peligro”¹⁵⁸. A este respecto, el autor¹⁵⁹ cita una ilustrativa frase de JAKOBS¹⁶⁰ sobre las previsibles consecuencias del uso habitual de esta “práctica preventiva”: “quien [...] pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos”. Además, se encuentra el factor de la incertidumbre propia de todo hecho futuro. Se castiga una conducta (pre-) preparatoria *per se* peligrosa porque se prevé que en un futuro se traduzca en una puesta en peligro concreto o lesión de un bien jurídico, pero cabe plantearse la eventualidad de que esa afectación no se hubiera finalmente producido por un cambio de opinión de sus previsibles autores¹⁶¹.

4.2. El bien jurídico protegido por los “delitos de organización” como bien jurídico autónomo

Ante los problemas que la tesis del adelantamiento plantea, surge entre la doctrina, hoy ya de forma mayoritaria, la idea de que los delitos de organización ostentan un injusto autónomo e independiente del proyectado en los delitos-fin. Ésta es también la postura que ha sostenido, y hoy sostiene, de manera unánime la jurisprudencia de nuestros tribunales, que, si bien en general no ha tendido a prestar demasiada atención a la cuestión del bien jurídico protegido por los tipos penales, en relación a los delitos de asociación ilícita, ha insistido en repetir que “una cosa es el bien jurídico que protege el tipo [...] y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito [...] tiene sustantividad propia basada en

¹⁵⁷ PASTOR MUÑOZ, N., “Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática”, *op. cit.*, pág. 76.

¹⁵⁸ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 24, donde, además, señala que “si el cometido perseguido se identifica, en tradición utilitarista, única y exclusivamente con la evitación fáctica de futuros delitos, como indica el dicho, “el miedo es libre”.

¹⁵⁹ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 16.

¹⁶⁰ JAKOBS, G., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 1985, pp. 771 y ss.

¹⁶¹ Parece referirse a esto PASTOR MUÑOZ, N., “Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática”, *op. cit.*, pág. 72, pie de pág. 120, cuando sostiene que “el injusto de la constitución de organizaciones criminales o terroristas debe fundamentarse de manera autónoma porque, de lo contrario, de seguir la lógica del adelantamiento, se llega a la conclusión de que hay que castigar un comportamiento no peligroso por la elevada probabilidad de que sea el punto de partida de delitos futuros”.

un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho de que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva”¹⁶².

En el seguimiento mayoritario de esta tesis en España y a nivel de derecho comparado, ha debido, sin duda, de jugar un papel importante el hecho de que la mayor parte de códigos penales nacionales¹⁶³ hayan venido, como vimos, situando los delitos de organización entre las infracciones contra bienes jurídicos colectivos, como el “orden público”, la “seguridad pública”, o la “paz pública”¹⁶⁴. Sin embargo, a pesar de la conformidad existente en el planteamiento de partida en relación a la ostentación por estos delitos de un injusto autónomo, a la hora de la identificación del concreto bien jurídico cuya vulneración integraría dicho injusto el debate se torna enconado. Antes de iniciar el estudio de las distintas tesis sostenidas en torno al bien jurídico protegido por los tipos de organización, veamos sucintamente, de forma comparada, quiénes son los principales partidarios de esta teoría comúnmente denominada “de la protección de los bienes jurídicos universales abstractos”¹⁶⁵.

A pesar de que, como hemos visto, la mayoría de los códigos penales configuran los delitos de organización como infracciones contra el orden público, la doctrina discute sobre la cuestión, pudiéndose distinguir múltiples teorías al respecto, tanto sobre el significado mismo de orden público, como sobre la consideración de otros valores como objeto jurídico protegido por los delitos en cuestión. A este último respecto, podemos sintetizar a grandes rasgos las principales tesis en éstas tres: el orden público, la seguridad ciudadana y el poder del Estado como bienes jurídicos protegidos. En lo que sigue, nos proponemos llevar a cabo un análisis pormenorizado de estas tesis, analizando tanto sus planteamientos base como sus posibles deficiencias de cara a la legitimación de la criminalización de los tipos de organización.

¹⁶² Fragmento extraído del FJ Sexto de la STS 421/2003, de 10 de abril. En el mismo sentido, véanse, entre otras, SSTS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Noveno, 1057/2013, de 12 de diciembre, FJ Segundo, y 19 de enero de 2007, FJ Cuadragésimo-tercero.

¹⁶³ Ya señalaba GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 130, al momento de escribir su artículo (año 1977), que “en el Código Penal italiano, la asociación ilícita se recoge en el título quinto, del libro II, y bajo la rúbrica: “*Dei delitti contro l’ordine pubblico*”; en el Código Penal francés, bajo la sección V del capítulo IV, del libro III, siendo la rúbrica de dicho capítulo IV: “*Crimes et délits contro la paix publique*”; en el StGB alemán, en el capítulo VII de la parte segunda, bajo la rúbrica: “*Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung*””.

¹⁶⁴ Así lo apunta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 129 y 130 respecto a los delitos de asociación ilícita: “Es doctrina dominante, en Alemania, Italia y Francia, que con el delito de asociación ilícita se pretende la tutela del “orden público”. Ciertamente que, en los tres Códigos citados, este delito aparece entre las infracciones contra “el orden público”, y que, por tanto, hay ya un condicionamiento legal que orienta la polémica científica”. A este respecto, resultan ilustrativas estas palabras de ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 24: “Al elegir una cierta denominación para el título respectivo, el legislador formula la primera indicación al intérprete acerca de qué es lo que se pretende proteger con los delitos incorporados bajo el rubro de que se trate, que adquiere significación como medio de interpretación teleológica y para la estructuración sistemática de la parte especial”.

¹⁶⁵ Véase ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 37.

4.2.1. El orden público como bien jurídico colectivo protegido

La tesis que erige en bien jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal al orden público es la mayoritaria entre la doctrina española. A ello sin duda contribuye la ubicación sistemática de estos delitos en el Código penal en el título XXII, esto es, entre los “delitos contra el orden público”. Sin embargo, pese a ser ésta la opinión mayoritaria a nivel doctrinal, un análisis pormenorizado de las distintas posturas pone de manifiesto la heterogeneidad existente dentro de esta tesis en cuanto a las definiciones de “orden público” como objeto jurídico afectado por las conductas típicas de participación y cooperación con organización o grupo criminal. Ello es causa de la complejidad que caracteriza ya en abstracto al término “orden público”, por lo que consideramos oportuno, antes de abordar la relación concreta de este bien jurídico con los delitos que nos ocupan, realizar algunas consideraciones previas sobre la problemática que plantea el empleo de este concepto jurídico indeterminado.

a. Consideraciones previas sobre el concepto “orden público”. Su problemática como objeto jurídico digno de tutela.

Conocida es -ya no a nivel nacional, sino internacional - la complejidad que entraña todo intento de definición del término, empleado frecuentemente en las legislaciones nacionales de los diferentes países, “orden público”. En el orden penal, MUÑOZ CONDE señala, en este sentido, que “pocos conceptos son tan confusos, oscuros y difíciles de precisar como el de orden público”¹⁶⁶, y TORRES FERNÁNDEZ afirma que “casi resulta un tópico hablar de su ambigüedad”¹⁶⁷. Algún autor incluso, como el italiano ZERBOGLIO¹⁶⁸, ha llegado a postular que el orden público es indefinible¹⁶⁹, argumentando que se trata de un concepto que no existe en la realidad, constituyendo, así, una mera creación irreal del legislador. Nótese que esta dificultad se revela asimismo en relación a otros conceptos, que casualmente se erigen también por ciertos autores en objeto jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal, como son la “seguridad ciudadana”, la “seguridad pública” o la “paz pública”. Muchas de las consideraciones aquí vertidas sobre la problemática de la definición de

¹⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 741.

¹⁶⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, 2001, pág. 30.

¹⁶⁸ ZERBOGLIO, A., *Delitti contro l'ordine pubblico. Delitti contro l'incolumità publica*, Vallardi, Milán, 1935, pp. 2 y 4.

¹⁶⁹ En España es de una opinión similar BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del artículo 515.1 CP y la nueva reforma penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, pág. 6, que, a propósito de la búsqueda del bien jurídico penal protegido mediante la incriminación de los delitos de asociación ilícita, afirma: “el orden público no puede ser considerado como un verdadero bien jurídico, sino como una mera ratio de tutela, incapaz de ofrecer una noción significativa del objeto de protección y, por tanto, inidónea para desarrollar una función de delimitación de la intervención penal”.

“orden público” como bien jurídico digno de tutela han de entenderse, pues, extrapolables a estos otros conceptos.

Esta ambigüedad u oscuridad que, de entrada, caracteriza al término provoca que a la hora de su concreción las definiciones que se ofrezcan sean, como señalábamos, múltiples y heterogéneas entre sí. De esta manera, el jurista, que, animado, se propone adentrarse en el estudio del vago término “orden público”, con la idea o pensamiento inicial de que la doctrina y jurisprudencia existentes al respecto le resolverán todas las dudas, ofreciéndole un concepto claro e inteligible del mismo, ve frustradas todas sus expectativas, encontrándose con un panorama que no puede ser más caótico y confuso.

En Argentina, consciente de ello, SOLER, parecía alertarlo a los juristas cuando afirmaba, antes de proceder a su análisis del concepto, que “en pocos temas del derecho penal se puede verificar una mayor confusión y vaguedad de opiniones que la que se manifiesta cuando la doctrina trata de fijar el concepto de orden público”¹⁷⁰. A la advertencia de SOLER habría que añadir que dicha confusión, al menos en España, no se restringe al ámbito doctrinal, sino que también está presente, y quizás incluso con mayor profusión, por lo que hemos visto, en la jurisprudencia¹⁷¹.

Pero, ¿cuáles son las causas de esta situación que describimos?, ¿por qué este panorama caótico en el ámbito doctrinal y jurisprudencial en lo que hace a la definición de “orden público”? En lo siguiente abordamos los factores que consideramos que, en conjunción, son los causantes de esta situación, realizando al hilo de su análisis ciertas consideraciones y reflexiones para solventar las dificultades que entrañan, y, acercarnos así, en la medida de lo posible, a un concepto de “orden público” que resulte práctico en el orden penal.

a.1. El orden público como “concepto jurídico indeterminado”, cuya utilización, en la legislación se ha visto, además, de forma importante gradualmente reducida

Pues bien, la causa primera y elemental, casi, por ello, de innecesaria mención, es la ausencia en la ley de una definición del término. Y es que, si bien encontramos varias menciones a la expresión “orden público” a lo largo del articulado legal, ya sea en la Constitución, en el Código Civil o en el Código Penal, en ninguna de dichas leyes se ofrece por el legislador una definición de qué ha de entenderse por tal, construyéndose, en consecuencia, un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción recaerá ineludiblemente en manos de jurisprudencia y doctrina. Esta indefinición legal ha sido vista tradicionalmente de forma sospechosa por algunos autores, a los que no les

¹⁷⁰ SOLER, S., *Derecho Penal Argentino. Tomo IV*, 2ª ed., TEA, Buenos Aires, 1963, pág. 537.

¹⁷¹ Así lo alerta ACOSTA GALLO, P., “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 11, 2006, pág. 2, que señala que el concepto de orden público, además de otros, como el de “orden constitucional”, “paz pública” o “seguridad ciudadana”, se ha venido empleando “sin demasiada precisión técnica en el Derecho español, tanto en las normas como en la jurisprudencia”.

falta razón, a nuestro entender, cuando dejan caer que la indeterminación en la definición de conceptos legales por parte del legislador constituye un mecanismo idóneo del mismo para hacer uso de aquéllos a su libre arbitrio¹⁷². Como afirmaba MUÑAGORRI en una ponencia presentada en unas jornadas sobre terrorismo, “sabemos que cuando de control se trata, cuanto más ambiguo, oscuro e indeterminado es el lenguaje, mayores son las posibilidades de control [...], y menores son las posibilidades de controlar al controlador”¹⁷³. Esta sospecha en relación a la indeterminación premeditada de conceptos jurídicos es especialmente problemática cuando hablamos de orden público como bien jurídico penal, pues su tutela habilita la privación a los ciudadanos del derecho fundamental a la libertad personal, al atribuirse legalmente a los delitos contra el orden público penas de prisión, que, además, en el caso que nos ocupa, de los tipos de organización y grupo criminal, pueden llegar hasta los ocho años de duración. Será, en consecuencia, tarea de los tribunales y de la doctrina la búsqueda y construcción de una definición de “orden público” que goce de la concreción suficiente para resultar de aplicación práctica a la realidad cotidiana¹⁷⁴.

En la difícil tarea que entraña, por principio, toda definición de conceptos jurídicos indeterminados, se suma en este caso, además, la circunstancia de la progresiva disminución de las menciones al “orden público” en la ley. Nótese que si los usos y referencias concretas de “orden público” en la ley son la herramienta fundamental del intérprete para extraer su significado, a menor el número de aquéllas, mayor será la dificultad del jurista en su labor. Y es un hecho empírico, como señala ACOSTA GALLO¹⁷⁵, la reducción gradual acaecida de las menciones al “orden público” en la legislación española; algo, por otra parte, que si se piensa, no extraña del todo si se considera el empleo que se hizo del término durante la dictadura del general Franco como instrumento político con el que criminalizar toda forma de disidencia con las directrices del régimen¹⁷⁶.

¹⁷² Así, por ejemplo, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo XV, Vol. 1º. Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994, pág. 87, que se hace eco de las palabras de MUÑAGORRI que *supra* citamos, alabando su acierto.

¹⁷³ MUÑAGORRI, I., Ponencia presentada en las Jornadas sobre Terrorismo: fenómeno social y jurídico, Jerez, 15 de noviembre de 1991, y en la facultad de Derecho de la Universidad de Granada el 19 de noviembre del mismo año, sobre el “Proyecto de Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Del Estado de Derecho al Estado contra el Derecho. Una “nueva” codificación”. Texto mecanografiado, pág. 7.

¹⁷⁴ Ilustrativas son, a este respecto, las palabras de JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, *op. cit.*, pág. 87, que, si bien relativas al término “seguridad ciudadana”, son extrapolables al que nos ocupa, de “orden público”, cuando señala que para dotar de contenido a este concepto “no queda otro remedio que recomponer a modo de rompecabezas las distintas piezas legales, jurisprudenciales y doctrinales que permitan siquiera esbozar un concepto aproximado con el que operar”.

¹⁷⁵ ACOSTA GALLO, P., “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, *op. cit.*, pág. 2.

¹⁷⁶ Así lo señalan DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra el orden público”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, 2002, pág. 367, cuando se refiere a la

Es, pues, de entender que el término no goce del común beneplácito de los juristas, ni de los ciudadanos de nuestra sociedad democrática, en general, actuando el legislador democrático en consecuencia, evitando en mayor medida el empleo del término¹⁷⁷. Una manifestación clara de esta realidad que señalamos la encontramos, por ejemplo, en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana 1/1992, de 21 de febrero, actualmente sustituida por la ley del mismo nombre 4/2015, de 30 de marzo. Dicha ley, como expresamente determinaba su Exposición de Motivos, venía a sustituir, derogándola formalmente, a la Ley de Orden Público franquista de 1959, “tan emblemática del régimen político anterior y que ha caído prácticamente en desuso”, realizando un importante cambio en su denominación con la sustitución del clásico término “orden público” por el de actual de “seguridad ciudadana”, hoy presente en la comúnmente denominada por los medios críticos “Ley mordaza”. En la doctrina, PALLARÉS MORENO da cuenta de esta situación cuando en referencia al “orden público” señala que el término ha sido “cuidadosamente evitado en la LOPSC, y casi evitado totalmente en la Constitución, quizá por las connotaciones del régimen anterior, que, efectivamente, había desmesurado el concepto [...] había permitido, e incluso favorecido, el abuso y la extralimitación por parte de las Autoridades de la época”¹⁷⁸. También IZU BELLOSO¹⁷⁹ señala, en este sentido, como otra manifestación del progresivo abandono del término, el cambio operado en la denominación de los Cuerpos Policiales, que han pasado de “Fuerzas de Orden Públicas” en el régimen franquista, a las actuales “Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, a las que se refiere, por ejemplo, el art. 104 CE¹⁸⁰, llamando, por su parte, CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR¹⁸¹ la atención en el hecho que no se haga referencia al clásico

“frecuente apelación (al orden público) por parte del anterior régimen dictatorial a la hora de establecer y aplicar leyes y figuras punitivas de carácter represivo de las libertades e intolerables desde una perspectiva democrática”, y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Comentario previo a los artículos 557 a 562”, en GÓMEZ TOMILLO, M., y JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI*, 1ª ed., Aranzadi, Madrid, 2015, pág. 473, cuando afirma que “el concepto de orden público ha tenido una tradición nefasta con la Ley de Orden Público de 1959, que se utilizó para mantener el orden social establecido por el régimen franquista, con la creación del Tribunal de Orden Público (1963-1977), el cual se encargó de la represión de la oposición política y la disidencia”.

¹⁷⁷ En este sentido, véase ACOSTA GALLO, P., “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, *op. cit.*, pág. 2: “la expresión orden público, que en otros países europeos ha carecido de connotaciones negativas, fue evitada en la España de después de la dictadura de Franco”.

¹⁷⁸ PALLARÉS MORENO, M., “Seguridad ciudadana y competencias del Estado”, COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo XV, Vol. 1º. Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994, pp. 8 y 9.

¹⁷⁹ IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 58, 1988, pág. 1, concluyendo por dicho cambio que “se ha abandonado el [...] orden público, que queda sustituido ahora por el de seguridad pública o seguridad ciudadana”.

¹⁸⁰ Art. 104 CE: “1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad”.

¹⁸¹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 27, 1990, apdo. I: “El

mantenimiento del “orden público” entre las funciones de dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en este artículo.

A raíz de este panorama, y, en referencia concreta al mentado art. 104.1 CE, así como al 149.1.29º CE, en materia de distribución de competencias, que hacen alusión respectivamente a los términos “seguridad ciudadana” y “seguridad pública”, FARALDO CABANA llega a concluir que el concepto de orden público ha perdido en la actualidad virtualidad “a la hora de legitimar intervenciones limitadoras de los derechos y libertades”, siendo sustituido en tal tarea por otras nociones, como la de seguridad ciudadana¹⁸². A lo largo de este capítulo veremos si es cierta la inferencia de esta autora, en especial en lo que respecta al orden penal, comprobando si efectivamente el orden público ha perdido en el régimen democrático todo valor como bien jurídico digno de tutela penal, o si, por el contrario, partiendo de esos reducidos usos legales del término, así como de la jurisprudencia y doctrina que han abordado el concepto, es posible dotarlo de un contenido concreto y material¹⁸³, apto para justificar incriminaciones de conductas.

a.2. El orden público: concepto empleado en todas las ramas del ordenamiento jurídico y término habitual en el lenguaje no jurídico

A esta indefinición legal del concepto, que hemos calificado como causa primera y básica del caos existente en el terreno doctrinal y jurisprudencial en el intento de concretar el significado de “orden público”, se unen otra serie de factores adicionales. Uno de los cuales es, sin duda, la circunstancia de que nos encontramos ante un término cuyo uso no es exclusivo del orden penal, sino que, por el contrario, está presente en el resto de sectores del ordenamiento jurídico¹⁸⁴, si bien presentando en cada uno de ellos caracteres propios y diversos al del resto¹⁸⁵.

artículo 104 de la Constitución asigna, como se sabe, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana; de la norma constitucional ha desaparecido, pues, significativamente, el tradicional concepto de orden público” aunque matiza que “dicho concepto no ha desaparecido totalmente de nuestro Ordenamiento jurídico”.

¹⁸² FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 232.

¹⁸³ Se manifiestan de manera general favorables a mantener la cláusula de “orden público” en el régimen democrático, MONTALVO ABIOL, J.C., “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, N° 22, 2010-II, pág. 220, que concibe el orden público como “derecho social, necesario y previo para el desarrollo del resto y de todos los derechos y libertades en general”, habilitándolo como instrumento para la garantía de respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución, y ACOSTA GALLO, P., “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, *op. cit.*, pág. 9, que, muy optimista en nuestra opinión, afirma con rotundidad que el concepto de orden público entendido como “coraza del poder”, característico del régimen franquista, “recibió su certificado de defunción en el mismo momento de la aprobación en 1978 del texto constitucional”, momento en que devino *ex art. 1 CE* en garantía de los valores superiores del ordenamiento jurídico constitucional: la libertad, la igualdad y el pluralismo político. Parece así este último autor sostener una concepción de orden público como orden jurídico instaurado por la Constitución.

¹⁸⁴ Así lo señalan TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 30 y 31, y COLOMER BEA, D., “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido

En España, la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, contiene concretamente dos referencias al término: una en el art. 16.1, donde “el mantenimiento del orden público protegido por la ley” se erige en límite del ejercicio de las libertades ideológicas, religiosa y de culto¹⁸⁶, y otra, en el art. 21, donde se hace lo propio con el derecho de reunión pacífica y sin armas, estableciendo el constituyente que “la autoridad” sólo podrá prohibir la celebración de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones “cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”¹⁸⁷. En el Derecho Administrativo el “orden público” ha sido un término especialmente empleado si tenemos en cuenta las sucesivas leyes de Orden Público aprobadas en España en los años 1870, 1933 y 1959¹⁸⁸, que, curiosamente, pese a emplear el término en su misma denominación, ninguna de ellas ofrecía una definición del mismo a lo largo del texto de su articulado.

En el derecho privado, y, concretamente en lo que hace al Código Civil, son tres las referencias al término que en el mismo se encuentran¹⁸⁹: en el art. 3.1, en el que se hace depender la validez de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico español de su compatibilidad con el orden público¹⁹⁰, en el art. 12.3, en el que se determina la no aplicación de la ley extranjera “cuando resulte contraria al orden público”¹⁹¹, y, en el art. 1255, donde se erige, junto a las leyes y a la moral, el orden público en límite a la autonomía contractual¹⁹². También en normas de carácter procesal encontramos referencias al “orden público”. Así, en el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a la prueba en el

en los delitos de desórdenes públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-18, 2017, pág. 4.

¹⁸⁵ Señala en Italia la diversidad del significado de “orden público” en las distintas ramas del ordenamiento jurídico MOCCIA, S., “Ordine pubblico, disposizione a tutela dell’”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, t. XXII, Roma, 1990, pp. 2 y 3. En España hace lo propio DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “El significado de la cláusula de orden público”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.M. (Coord.), *Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pp.125 y 126: “la cláusula de orden público se encuentra presente tanto en el ordenamiento privado como en el público, e incluso en el constitucional. En cuanto a la función que desempeña, ésta no puede ser más trascendente y variable, ya que adquirirá un sentido diverso según actúe en el ordenamiento privado o constitucional”.

¹⁸⁶Art. 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

¹⁸⁷ Art. 21.2 CE: “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

¹⁸⁸ Señala DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “El significado de la cláusula de orden público”, *op. cit.*, pág. 134, cómo el “orden público” pasó progresivamente en estas leyes de ser un concepto unido a la idea de excepcionalidad, en el sentido de que la aplicación de las medidas previstas en la primera de las leyes de “orden público” se reservaba inicialmente a “casos en que se hubiesen suspendido las garantías constitucionales”, a ser un concepto empleado habitualmente para habilitar la aplicación de reglas de “solución de los más variados problemas”.

¹⁸⁹ Analiza el papel de la cláusula de orden público en el orden civil, DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “El significado de la cláusula de orden público”, *op. cit.*, pp. 129-133.

¹⁹⁰Art. 3.1 CC: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

¹⁹¹Art. 12.3 CC: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

¹⁹²Art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

proceso de la costumbre, se reitera la exigencia de validez contenida en el mentado art. 3.1 CC atinente a la no afectación del orden público por la misma¹⁹³, y en el art. 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se habilita al tribunal para acordar “por razones de orden público” que la actuación en el procedimiento penal de imputados, testigos o peritos se realice mediante videoconferencia o sistemas similares¹⁹⁴. Asimismo el art. 681, en su apartado 1, de esta ley procesal, habilita al Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes en el proceso, a acordar, “cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público”, que todas o algunas de las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, algo que reitera la Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer en su art. 232.3, que “excepcionalmente, por razones de orden público [...] los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”. No es esta la única referencia al término en la LOPJ, pues su art. 278.1 CP dispone también la posibilidad de los Juzgados y Tribunales españoles de denegar la prestación de cooperación internacional cuando su objeto o finalidad sea “manifiestamente contrario al orden público”.

Se muestra así difícil, si no imposible, como señala TORRES FERNÁNDEZ¹⁹⁵, establecer una definición unitaria de “orden público”, que resulte aplicable a todas las ramas del ordenamiento jurídico habida cuenta de las particularidades propias de cada una de éstas. No obstante, si tuviera que identificarse alguna característica común que presenta el concepto en las distintas parcelas del derecho esa sería la de servir, bien de límite al ejercicio de las libertades y derechos¹⁹⁶, bien de excepción a la aplicación de determinadas reglas o normas jurídicas, en atención a la preservación de un supuesto bien común. Para mayor confusión aún en la tarea del análisis del concepto “orden público”, resulta que el término no sólo es común a las diferentes ramas jurídicas, presentando en cada uno de ellos caracteres propios, sino que también es frecuentemente empleado en el lenguaje no jurídico. Los periodistas, pero sobre todo los políticos, recurren con habitualidad al término en sus artículos, los primeros, y en sus discursos parlamentarios, los segundos, sin resultar claro muchas veces claro a qué hacen referencia concretamente con el término, más allá de la idea abstracta de un supuesto bienestar común de los ciudadanos. Señala IZU BELLOSO que dichas referencias al “orden público” en el discurso “ajurídico” suelen realizarse en el

¹⁹³ Art. 281.2 LEC: “...serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”.

¹⁹⁴ Art. 731bis LECrim.: “El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

¹⁹⁵ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 33: “se presenta como tarea harto difícil cualquier intento de definición unitaria, que parece, de entrada, abocado al fracaso”.

¹⁹⁶ Así, MOCCIA, S., “Ordine pubblico, disposizione a tutela dell’”, *op. cit.*, pp. 2 y 3: “el orden público implica la posición de límites a la libertad; límites, que, por otro lado, son connaturales al concepto de derecho en cuanto regla de las relaciones interpersonales”. En el mismo sentido, SMITH, J.C., “El orden público como concepto y como “status” social”, *Revista de Derecho español y americano*, nº 10, 1965, pp. 167 y ss.

marco de cuestiones “candentes en España, como el modelo de organización policial [...], el aumento de la criminalidad, el terrorismo o la agitación sindical y política”¹⁹⁷.

Conscientes de este panorama, insta, pues, manejar el término teniendo en cuenta las particularidades propias de la esfera en la que nos movemos, el derecho penal, obviando en consecuencia ciertos usos del “orden público” que se dan en otros ámbitos, cuya consideración no hace sino oscurecer más la noción para la aplicación que queremos darle. En este sentido, resulta clave partir de la premisa del carácter fragmentario del Derecho penal, de acuerdo con el cual a esta rama del ordenamiento sólo interesan los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, así como de la necesaria concreción de éstos últimos para que puedan cumplir las funciones crítica e interpretativa propias de todo bien jurídico-penal.

a.3. La confusión doctrinal y jurisprudencial entre “orden público” y otros conceptos jurídicos indeterminados como “paz pública” o “seguridad ciudadana”

Otra dificultad, añadida a las anteriores, que nos encontramos en nuestra búsqueda de una definición concreta de “orden público” aplicable al orden penal es la aparente proximidad del término con otros conceptos jurídicos indeterminados presentes en la legislación, como “paz pública”, “seguridad ciudadana” o “seguridad pública”¹⁹⁸, a la que se suma el confuso empleo de todos ellos por parte del legislador, que a veces parece distinguirlos, pero otras los emplea indistintamente, como si de sinónimos se tratara¹⁹⁹. Un ejemplo claro de esto que afirmamos lo encontramos en la nueva redacción de los delitos de desórdenes públicos dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, que, frente a la redacción anterior, que claramente, contraponía los términos “orden público” y “paz pública”²⁰⁰, parece emplearlos como

¹⁹⁷ IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁹⁸ Así lo ha advertido ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Comentario previo a los artículos 557 a 562”, *op. cit.*, pág. 473: “La concreción de lo que se entiende por orden público no es tarea fácil, pues su contenido se encuentra próximo a otros tantos conceptos indeterminados como seguridad del Estado (bien jurídico que anteriormente protegía la sedición y la rebelión), paz pública, tranquilidad pública o, incluso, seguridad ciudadana”.

¹⁹⁹ Advierte sobre esta circunstancia FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 207 y 208, cuando hace referencia a “la variedad de usos que se hace de los distintos términos en la legislación española, en la que a veces parecen contraponerse los conceptos de orden público y seguridad, mientras que en otras ocasiones aparece incluido en el concepto más genérico de seguridad ciudadana”.

²⁰⁰ Establecía el anterior art. 557 CP, en su apartado 1, que “serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público, causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a la misma de manera peligrosa para los que por ellas circulen, e invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”. Del empleo de los términos “paz pública” y “orden público” por parte del legislador se extraía que constituían nociones con distinto significado, pues de lo contrario, esto es, de ser sinónimos, no tendría sentido la fórmula empleada, pues el fin aludido constituiría el propio dolo y no un elemento subjetivo específico del injusto, y por todos es sabido que el requerimiento de dolo se da por entendido en los tipos penales, no exigiéndose específicamente. Así, interpretando por la fórmula legal

equivalentes²⁰¹. Así, el art. 559 CP se refiere a las conductas agravadas del art. 557 bis CP, consistentes *ex art. 557 CP*²⁰² en alterar la paz pública concurriendo alguna de las circunstancias que se especifican²⁰³, como “delitos de alteración del orden público”²⁰⁴, dando con ello a entender al intérprete que orden público y paz pública constituyen sinónimos.

Si la legislación no es clara ni unívoca al respecto, las definiciones que se extraen de los términos en ella contenidos por jurisprudencia y doctrina tampoco lo son, encontrándonos, como adelantamos, con un panorama realmente confuso: multitud de definiciones heterogéneas entre sí, que a veces equiparan diversos términos, y otras los distinguen²⁰⁵. Insta, pues, establecer en la medida de lo posible claras diferenciaciones,

del anterior art. 557 CP que “orden público” y “paz pública” constituían nociones distintas, CARBONELL MATEU, J.C., y VIVES ANTÓN, T.S., “De los delitos de desórdenes públicos”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*. Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2090 (“La simple lectura del precepto revela que paz y orden son entendidos en él como cosas distintas, desde el momento en que el tipo exige una alteración del orden producida con la finalidad de alterar la paz”), JUANATEY DORADO, C., “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 120, III, Época II, 2016, pág. 64, y QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, en CUERDA ARNAU, M.L., y GARCÍA AMADO, J.A., *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 154 y 155 (“el delito de desórdenes públicos, en su anterior configuración[...] requería de dos condiciones: que sus autores alterasen el orden público y que lo hicieran con el fin de atentar contra la paz pública [...], y por ello es de palmaria claridad que orden público y paz pública son cosas diferentes. [...] se podía alterar el orden público sin afectar a la paz pública”). La doctrina y jurisprudencia mayoritaria eran de esta opinión. Cabe señalar que, no obstante la redacción del precepto con anterioridad a la reforma de 2015, había algunos autores que entendían que ambos términos eran equivalentes en su significado. Dentro de esta postura minoritaria sobresalía MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho penal. Parte especial*”, *op. cit.*, pág. 762.

²⁰¹ Así lo interpretan COLOMER BEA, D., “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 12 y JUANATEY DORADO, C., “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015”, *op. cit.*, pp. 44-45, 47-48.

²⁰² El nuevo art. 557.1 CP dispone que: “Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, *alteraren la paz pública* ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión”. No se contiene la expresión orden público presente en la redacción anterior del artículo, refiriéndose ahora el legislador sólo a la paz pública, cuya alteración constituye la conducta típica.

²⁰³ Art. 557 bis CP: “Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno a seis años de prisión cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.
- 2.^a Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.
- 3.^a Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas.
- 4.^a Cuando se lleven a cabo actos de pillaje”.

²⁰⁴ Art. 559 CP: “La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de *alguna de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis* del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

²⁰⁵ Así lo ponía de manifiesto en su momento POLAINO NAVARRETE, M., “Introducción a los delitos contra el orden público. Sedición. Atentado, resistencia, desobediencia. Desórdenes públicos”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, Tomo II*, Tecnos,

si es que entendemos que las hay, entre estos conceptos jurídicos indeterminados en apariencia tan próximos, recurriendo para ello a los diversos usos que la ley hace de ellos.

d. La heterogeneidad de comportamientos ubicados bajo el título XXII del Código Penal

Junto al resto de circunstancias, que podemos tildar de universales, por estar presentes en la práctica totalidad de países cuyas legislaciones contienen el término “orden público”, se une en España un factor específico que agrava la mentada dificultad de establecer una definición práctica de el mismo como bien jurídico-penal. Nos referimos, como adelanta la rúbrica del apartado, a la variedad de delitos, de diversa naturaleza y entidad, agrupados bajo el título XII del Código Penal, configurados, por ende, por el legislador como “delitos contra el orden público”. Este hecho ha sido incluso puesto de manifiesto por autores extranjeros, como el argentino SOLER, que señalaba en su momento que “para la legislación española es sumamente complejo el concepto de orden público, pues bajo ese título se comprenden la rebelión, la sedición, el atentado y la resistencia, el desacato y el desorden público”²⁰⁶, esto es, delitos que, para el autor, tienen en apariencia poca conexión entre sí, al contrario de lo que sucede, en su opinión, con las conductas contenidas en el título correspondiente del Código penal argentino, que sí tendrían un claro denominador común, que permitiría dotar de contenido al concepto “orden público” que los engloba. Y es cierto que hay caracteres comunes más claros entre los delitos configurados como contra el orden público en el código penal argentino que en los delitos de nuestro título XII, pues aquéllos, integrados por la instigación a cometer delitos, la asociación ilícita, la intimidación pública, la apología del crimen y las agrupaciones que tienen por objeto imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, parecen compartir, ya la causación de un peligro común de comisión de delitos, ya, como sostiene el autor, el provocar un estado de alarma social, que haga emerger entre los ciudadanos sentimientos de miedo e intranquilidad. Así, independientemente de que dichos efectos comunes puedan traducirse o no en la ofensa a un bien jurídico-penal concreto, parece más asequible acercarse a un concepto jurídico indeterminado como el “orden público” cuando los delitos a que el mismo da nombre presentan notas comunes claras, que cuando no lo hacen.

Madrid, 2011, pág. 542, cuando afirmaba: “La delimitación conceptual del orden público como bien jurídico protegido en el Derecho penal no es una cuestión simple ni exenta de ambigüedades, a las que ha contribuido el peso de convencionalismos ideológicos y valorativos demasiado apegados a fórmulas tradicionales que no diferencian orden público y paz pública”. En el mismo sentido, si bien en referencia a los términos “orden público”, “seguridad ciudadana” y “seguridad pública”, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *op. cit.*, apdo. I: “He aquí, pues, los tres conceptos que es necesario intentar describir y delimitar recíprocamente: orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. Tres conceptos que, como es fácilmente comprobable, vienen siendo utilizados en nuestro Derecho positivo y en nuestra jurisprudencia, con frecuencia de forma indiferenciada, sin que hasta el momento se haya llegado a adjudicarles con claridad un contenido preciso a cada uno”.

²⁰⁶ SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 538.

En España, el título XII acoge a los delitos de sedición, atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia, desórdenes públicos, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, organizaciones y grupos criminales, organizaciones y grupos terroristas y terrorismo, siendo más complejo identificar una nota común a todos ellos. JUANATEY DORADO²⁰⁷ ha destacado también, en este sentido, la diversa gravedad que presentan estos delitos, subrayando el “abanico de penas que pueden imponerse” por los mismos, que, ciertamente, abarcan desde penas de multa de apenas tres meses, en supuestos de desobediencia leve²⁰⁸, a penas de prisión de 40 años, en casos de delitos de terrorismo en que se cause la muerte de una persona²⁰⁹. Esta realidad de nuestra legislación española ha motivado a ciertos autores a negar todo valor sistemático a la rúbrica del título XXII. Así lo hacen célebres penalistas como POLAINO NAVARRETE²¹⁰, o TORRES FERNÁNDEZ, afirmando, por ejemplo, ésta última que “de la variedad de delitos que el legislador ha situado dentro del Título XXII” no cabe otra que concluir “la imposibilidad, o cuando menos la grave dificultad, para considerar que todos ellos ofenden el orden público en un sentido material y estricto”²¹¹. También en esta línea, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, destacando que “la rúbrica no se corresponde con el contenido del título”, considera necesario en aras a la determinación del bien jurídico penal protegido, abordar de forma individualizada cada uno de los grupos de delitos, o incluso de los delitos -pues -señala -también a veces se aprecian divergencias importantes entre los delitos de un mismo capítulo del título XXII -²¹².

Acogiendo la idea de este último autor, si de concretar el significado material de “orden público” se trata, lo cierto es que el tipo penal que parece de entrada más conectado con el concepto es el de desórdenes públicos, principalmente en su modalidad conductual primera del art. 557 CP, consistente en su redacción originaria en

²⁰⁷ JUANATEY DORADO, C., “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015”, *op. cit.*, pág. 44.

²⁰⁸ Art. 556.2 CP: “Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses”.

²⁰⁹ Ello se extrae de la lectura conjunta de los art. 573 bis.1.1º CP (“Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con las siguientes penas: [...] prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona”), y 76.1.d CP (“el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será [...] de 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”).

²¹⁰ POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 529.

²¹¹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

²¹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 367: “Sólo en el concreto análisis de cada uno de los grupos de delitos (y aun así, a veces se observa también heterogeneidad) se podrá concretar mejor el bien jurídico protegido”.

alterar, actuando en grupo, el orden público con el fin de atentar contra la paz pública, “produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios”, y, actualmente, en una redacción mucho más amplia, en alterar la paz pública, actuando en grupo o individualmente pero amparado en él, “ejecutando actos de violencia sobre las personas o las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo”²¹³. Nótese que este delito y los restantes del capítulo III del título XXII toman precisamente su nombre del mismo término “orden público”, pues el “desorden público” no hace sino referencia a una afectación al “orden público”, o una situación de no “orden público”. Lo contrario, esto es, empeñarnos en definir el “orden público” como bien jurídico afectado por la totalidad de delitos contenidos en el título XXII, daría como resultado un concepto tan amplio y etéreo, que resultaría inválido para cumplir las funciones crítica e interpretativa propias del bien jurídico-penal. Y es que, como, con acierto, señala TORRES FERNÁNDEZ, la única forma de definir el “orden público” de modo que abarque a tal conjunto heterogéneo de delitos es mediante “una concepción muy amplia de este bien, cercana a identificarlo con el mismo ordenamiento penal”²¹⁴.

e. Las diversas acepciones de “orden público” manejadas

Aun restringiendo el análisis del concepto de “orden público” al ámbito penal, y, dentro de éste, a los delitos de desórdenes públicos, seguimos encontrando dificultades para concretar su significado. Y es que, son varias las acepciones que en este ámbito se manejan del término por doctrina y jurisprudencia, superponiéndose, a mayor inri, en ocasiones unas con otras²¹⁵. Tratando de individualizar a grandes rasgos las mismas, y obviando el concepto amplio de orden público como “orden jurídico”, que abarcaría a todos los delitos del título XXII, y que sería impracticable en el orden penal por su excesiva amplitud²¹⁶, podrían distinguirse dos acepciones

²¹³ Así lo señalan TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 64 *in fine* y COLOMER BEA, D., “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 5, que, proponen delimitar el concepto “orden público” a través del estudio de los delitos de desórdenes públicos, como delitos que, dentro del Título XXII, “conectan más con” la noción de orden público.

²¹⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 63 y 64: “sólo partiendo de una concepción muy amplia de este bien, cercana a identificarlo con el mismo Ordenamiento penal, es posible agrupar bajo una misma denominación figuras tan dispares como los atentados a la autoridad, la tenencia ilícita de armas y el terrorismo[...] Ello conduce a una caracterización formal de ese bien jurídico, que precisa de la referencia a otros objetos para completar el sentido de los tipos y describir el contenido lesivo de cada delito en particular”.

²¹⁵ Así lo señala TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 80, cuando refiriéndose a las diversas definiciones de “orden público”, señala: “Todas ellas, lejos de estar completamente definidas y separadas entre sí, se superponen resaltando en numerosas ocasiones los mismos elementos”.

²¹⁶ Considerando también la noción amplia de “orden público” CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., “Capítulo III. De los desórdenes públicos”, en CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1097, refieren cuatro definiciones del término existentes en el terreno doctrinal y jurisprudencial, que serían las siguientes: “a) orden público en sentido restringido, como tranquilidad en las manifestaciones colectivas

principales del término: una primera como normalidad de la vida ciudadana, que se manifestaría en el funcionamiento regular de la convivencia social, y una segunda como paz o tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la sociedad. No obstante, no quedan aquí las dificultades, pues dentro de esta última acepción se vienen a su vez distinguiendo dos aspectos o manifestaciones del concepto: un aspecto objetivo del orden público, como estado fáctico de tranquilidad y paz social, presente ante la ausencia de motines y luchas, y un aspecto subjetivo del orden público, como estado psicológico de paz interior reflejado en la ausencia de conmociones internas²¹⁷. En lo que viene, analizaremos cada una de estas nociones de “orden público”, conectándolas con los tipos de organización y grupo criminal que nos ocupan. Veremos, en concreto, las diferentes posturas doctrinales que erigen en bien jurídico protegido por estas figuras esas diversas acepciones de “orden público”, y analizaremos, desde un punto de vista crítico, la viabilidad de sus postulados. Habida cuenta de que determinados -si bien minoritarios - autores erigen en objeto jurídico de estos delitos el bien jurídico entendido en sentido amplio, como objeto común de tutela de todos los delitos del título XXII, trataremos también -si bien con menor detenimiento- este concepto, pese a haberlo ya desechado como objeto digno de tutela en el orden penal por su excesiva amplitud.

La estructura en nuestro análisis será la siguiente: abordaremos primero de manera abstracta la concepción concreta de orden público de que se trate, viendo, a continuación, las diversas posturas que erigen el orden público así concebido como objeto de protección de los delitos de organización y grupo criminal. Por último, expondremos las críticas señaladas en el plano doctrinal tanto a la noción en abstracto del orden público, como a su identificación como objeto protegido por los delitos que nos ocupan, añadiendo ciertas reflexiones personales al respecto.

b. Concepciones objetivas del orden público

b.1. Las concepciones amplias: el orden público como principios jurídicos y/o instituciones sobre los que se funda la convivencia civil

b.1.1. Las concepciones amplias de “orden público”. Usos de las mismas en la ley y jurisprudencia y críticas doctrinales.

La primera distinción que, a grandes rasgos, se viene haciendo, cuando se abordan las distintas acepciones o significados del “orden público”, es la de “orden

de la vida ciudadana (como paz pública [...]); b) normalidad de la vida ciudadana; c) orden público en sentido amplio, que alcanza el sometimiento al ordenamiento jurídico y a la autoridad estatal; d) seguridad pública”.

²¹⁷ Señala esta doble perspectiva en el análisis del orden jurídico TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 63, que hace referencia a las concepciones de “orden público” “objetiva, como un estado fáctico, y subjetiva, como la percepción de la población de ese estado y su mantenimiento”.

público en sentido amplio” y “orden público en sentido restringido o estricto”, desestimándose comúnmente el primero de ellos como objeto jurídico apto en el orden penal. No obstante ello, como adelantamos, realizaremos aquí algunas pinceladas sobre el concepto amplio de “orden público”, habida cuenta de que viene aún siendo empleado en ciertos usos del término por la legislación, amparándolo algún autor como bien jurídico-penal.

Pues bien, siguiendo a la doctrina, podríamos decir que este orden público amplio vendría a conformarse por el conjunto de principios jurídicos y políticos reinantes en una determinada comunidad. Así lo afirman, por ejemplo, SOLER, en Argentina, que lo define, en esta acepción, como “conjunto de principios jurídico-políticos supremos que determinan una organización jurídica concreta”²¹⁸, o MOCCIA, en Italia, que, en el mismo sentido, lo describe como conjunto de principios fundamentales del Ordenamiento jurídico en los que se sustenta la convivencia civil²¹⁹. En España, PALLARÉS MORENO señala que el orden público en sentido amplio “vendría a identificarse con el orden jurídico, con el orden establecido por el Derecho, incluso con el orden político”²²⁰, concluyendo, en atención a estas definiciones, TORRES FERNÁNDEZ y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, que así concebido el orden público vendría a coincidir con el “orden legal constituido”²²¹ o el “orden establecido por el Derecho”²²².

Cabe destacar que bajo la concepción amplia de “orden público” podría también situarse otra noción que, si bien conectada con las definiciones anteriores, pudiera entenderse como algo más concreta. Nos referimos al “funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios” en que, por ejemplo, la STS 1154/2010, de 12 de enero²²³, concreta el término “orden público” en relación al delito de desórdenes públicos, al que da nombre. Esta definición de orden público como orden institucional parece encontrar su origen en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, cuyo artículo 1 definía “el normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas” como fundamento del orden público²²⁴. Actualmente en la doctrina algunos autores, como COLOMER BEA²²⁵, definen así el término, si bien restringiéndolo al buen funcionamiento de determinadas -no todas- instituciones y servicios de carácter público.

²¹⁸ SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 538.

²¹⁹ MOCCIA, S., “Ordine pubblico, disposizione a tutela dell’”, *op. cit.*, pág. 3.

²²⁰ PALLARÉS MORENO, M., “Seguridad ciudadana y competencias del Estado”, *op. cit.*, pág. 9.

²²¹ Así TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 35.

²²² Así CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *op. cit.*, pág. 13, apdo. III.

²²³ Es, concretamente, en el FJ 4 de la sentencia donde se contiene la definición.

²²⁴ Véase FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 209.

²²⁵ COLOMER BEA, D., “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

¿Puede identificarse alguna de estas concepciones de orden público, comúnmente tildadas de “amplias”, en nuestra legislación hoy día? Atendiendo a los usos que del término “orden público” se hace en la ley, parece, como adelantamos, que sí. Tal podría ser el caso, según apunta JIMÉNEZ DÍAZ²²⁶, de la referencia al término contenida en el art. 16.1 CE, como límite a las manifestaciones de la libertad ideológica, religiosa y de culto, si se atiende a lo dispuesto en la ley de desarrollo del precepto, la LO 7/1989, de 5 de julio, de libertad religiosa, cuyo art. 3 reza: “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”. Pero lo cierto es que la inserción en el contenido del “orden público” por parte del precepto de la “moralidad pública” parece denotar el empleo de un concepto aún más extenso, a una noción metajurídica de orden público, de mayor amplitud aún que los conceptos amplios aquí analizados en cuanto enmarcados éstos últimos en el orden jurídico establecido. También, como señala FARALDO CABANA²²⁷, encontraríamos una mención al concepto en sentido amplio, esta vez sí en su sentido de “orden legal y político establecido”, en el apartado 1 del art. 13 LO 4/1081, de 1 de julio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, que determina: “Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno [...] podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”. El concepto amplio de orden público como “principios y valores fundamentales del orden jurídico” parece ser, por otra parte, el empleado comúnmente en el Código Civil, si se atiende a las referencias -ya vistas- al término de los arts. 1.3º, 6.2 y 12.3º²²⁸. La exigencia de adecuación o de no contradicción al “orden público” de la costumbre, de la renuncia a la ley aplicable, y a los derechos en ella reconocidos, y de la ley extranjera sólo encuentran

²²⁶ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, *op. cit.*, pág. 94. Si bien la autora dice compartir, a este respecto, la opinión de IZU BELLOSO al conectar la referencia al “orden público” del art. 16.1 CE con la concepción amplia del término, lo cierto es que éste último autor se decanta finalmente por que el concepto empleado en el precepto sea el restringido. Véase IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pág.11: “Me inclino a pensar que, pese a la Ley Orgánica de libertad religiosa, el concepto aceptado debe ser el restringido. Lo único que se puede prohibir son las ideas o creencias en cuanto se manifiestan al exterior, no se puede suprimir una idea por mucho que atente a la moralidad pública”.

²²⁷ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 210.

²²⁸ De esta opinión, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, *op. cit.*, pág. 91.

su sentido en el entendimiento de aquel término como conjunto de principios jurídicos fundamentales de la sociedad democrática española²²⁹.

En lo que respecta a la legislación penal, que aquí nos ocupa, JUANATEY DORADO y TORRES FERNÁNDEZ vislumbran esta concepción en la referencia al “orden público” contenida en la rúbrica del título XXII del Código penal habida cuenta de la señalada heterogeneidad de figuras penales que se insertan en el mismo, cuyo único denominador común puede ser una pretendida vulneración de los principios elementales jurídico-políticos vigentes en la sociedad democrática española. En este sentido, TORRES FERNÁNDEZ señala que “el legislador penal opta por un concepto muy amplio de orden público en la configuración de ese Título del Código, que viene a coincidir con la totalidad del Ordenamiento”²³⁰. De la misma opinión parece ser JUANATEY DORADO, que se refiere, a este respecto, a la existencia de dos acepciones de orden público en la ley penal: un “orden público” en sentido amplio, identificado con el término contenido en la rúbrica del título XXII, y que ella define como “normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del principio de autoridad entendido en sentido democrático, del mantenimiento del conjunto de condiciones que permitan el normal desarrollo de la convivencia social y, en definitiva, de la organización democrática del Estado”, en un intento por abarcar a todos los tipos penales ubicados en el título, y un “orden público” en sentido restringido, como bien jurídico-penal protegido por los delitos de desórdenes públicos²³¹. Por su parte, COLOMER BEA, tras analizar cada uno de los tipos penales de desórdenes públicos de los arts. 557 a 561 de ese título XXII del Código penal, y, más concretamente, los arts. 557 ter, 558, 560 y 561 CP, llega a la conclusión de que el orden público como bien jurídico-penal ha de ser entendido, de acuerdo con dichos artículos, como “normalidad en el desarrollo o funcionamiento de determinadas actividades o servicios públicos”²³². Vislumbra así en tales preceptos la utilización por parte del legislador penal del tradicional concepto institucional de “orden público” tan empleado en el régimen franquista, que, por otra parte, no critica. La inferencia del autor no es, desde luego, ilógica si se considera que los arts. 557 ter, 558, 560 y 561 castigan, respectivamente, las conductas consistentes en invadir u ocupar el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, perturbar gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento

²²⁹ Así, además, parece confirmarlo la propia Real Academia de la Lengua Española, cuando define “orden público” en sus acepciones segunda y tercera como “conjunto de principios informadores del orden social que constituyen un límite a la libertad de pactos”, y “conjunto de principios y valores que se estiman fundamentales en un orden jurídico nacional y que impiden la aplicación, en otro caso obligada, de la ley extranjera”, respectivamente.

²³⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “*Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*”, *op. cit.*, pp. 340 y 341.

²³¹ JUANATEY DORADO, C., “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015”, *op. cit.*, pág. 48.

²³² COLOMER BEA, D., “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales, causar daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal, y provocar la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento mediante la afirmación falsa o la simulación de una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro.

Si la ley parece, como vemos, recurrir a estas concepciones amplias de orden público en muchas de las referencias que realiza al término, la jurisprudencia no se queda atrás en esta práctica. Obviando definiciones expresas del orden público como “funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios”, como la antes referida, contenida en la STS 1154/2010, de 12 de enero²³³, que manifiestan una clara decantación por la noción institucional de orden público por parte de los tribunales, encontramos alguna referencia más sutil al término, de que la parece inferirse el empleo de concepciones amplias, incluso -parece -más que las dos aquí analizadas. Encontramos un ejemplo de ello en la muy criticada²³⁴ STC 33/1982, de 8 de junio, que, tratando un conflicto en materia de competencias *ex art.* 149 CE, afirma que “la «Seguridad Pública» [...] supone una noción más precisa que la de «Orden Público»”, estableciendo que en este último término pueden entenderse incluidas cuestiones atinentes a la salubridad²³⁵, construyendo así un concepto gigantesco de “orden público”²³⁶.

b.1.2. El correcto funcionamiento de los mercados e instituciones, y la integridad del sistema democrático como injusto característico de la organización criminal frente al grupo criminal.

¿Es el “orden público” en los sentidos amplios antes vistos, ya como “orden jurídico”, ya como “correcto ejercicio del conjunto de instituciones y servicios” de un determinado orden jurídico-social, un “digno” bien jurídico penal, en cuanto concepto capaz de cumplir las funciones crítica e interpretativa aparejadas al mismo? La primera observación a realizar a este respecto es que en abstracto, esto es, sin aplicación a un orden jurídico concreto o al funcionamiento de unas instituciones determinadas, la

²³³STS 1154/2010, de 12 de enero, FJ 4.

²³⁴ Muy críticos con esta sentencia se han mostrado, por ejemplo, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *op. cit.*, pp. 15 y 16, que infiere de las palabras del Tribunal Constitucional que el mismo está pensando en el orden público desde un planteamiento meta-jurídico, y JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, *op. cit.*, pp. 103 y 104, que tacha al concepto de “orden público” empleado por el TC de corresponderse con el “concepto trivializado” de orden público “que se extrae de la derogada Ley de Orden Público de 1959”, argumentando a tal efecto la autora que “no hay más que ver que incluye dentro del concepto de orden público las cuestiones referentes a salubridad, lo que sólo es aceptable si se acoge la noción del mismo acuñada en la citada Ley de 1959”, que dispone “en su artículo 2.g) que son actos contrarios al orden público <<los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos>>”.

²³⁵STC 33/1982, de 8 junio, FJ 3.

²³⁶ Nótese que se pronuncian en el mismo sentido las SSTC 117/1984, de 5 de diciembre, 123/1984, de 18 de diciembre, y 104/1989, de 8 de junio.

utilización de estos conceptos es peligrosa pues puede emplearse para preservar sin más el *status quo* establecido, pudiendo ser éste objetable desde un punto de vista democrático y de respeto de los derechos humanos. Ha de huirse necesariamente, por tanto, de concepciones “meta-jurídicas” del orden público, que abstraen el concepto de la realidad normativa existente, vinculándolo con valores éticos y sociales no escritos²³⁷, y favoreciendo con ello la manipulación con fines políticos del término²³⁸, debiendo de vincularse el “orden jurídico” y “el correcto ejercicio de instituciones y servicios” con Estados democráticos y sociales de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico e instituciones gocen del consiguiente respaldo democrático. No obstante, incluso dando por obvia dicha premisa, la doctrina mayoritaria es reticente al empleo de estos conceptos de orden público en la vía penal. Concretamente, en lo que respecta a la concepción amplia de “orden público” como conjunto de principios jurídicos (y políticos) fundamentales de una comunidad determinada, la definición, aún vinculada al régimen jurídico democrático, se tacha de ser excesivamente amplia y vaga para cumplir con eficacia los cometidos propios del bien jurídico-penal, de legitimación del ius puniendi y delimitación de los contornos de los tipos penales. En este sentido, autores como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA²³⁹ o FARALDO CABANA²⁴⁰ señalan que si el orden público se concibe como orden jurídico o constitucional de una determinada sociedad, aun democrática, todo delito, en cuanto infracción normativa, supondría en cierto modo

²³⁷ Sobre el desarrollo de las concepciones meta-jurídicas de “orden público”, véanse CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *op. cit.*, pp. 6 y ss., apdo. III, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 34, e IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pp. 3-5. Estos autores citan como representantes de esta concepción meta-jurídica del “orden público” al alemán MAYER, y, más recientemente, a KLEIN y WOLFF, en Alemania, y a VIRGA, en Italia.

²³⁸ Muy crítico con las concepciones meta-jurídicas del “orden público” se manifiesta CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *op. cit.*, “el orden público sólo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción en concretas normas jurídicas. Así, sólo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas por el Ordenamiento jurídico”. En la misma línea se manifiestan QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 151, cuando refiere que “el desorden público no puede configurarse penalmente haciendo abstracción de que se trate de una dictadura o de un Estado de derecho”, y CUERDA ARNAU, M.L., “Lección XLI. Delitos contra el orden público”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 701, al afirmar que el “orden público”, al que añade la “paz pública”, “han de ser interpretados a la luz de la Constitución”. También la jurisprudencia ha señalado la necesaria sujeción de estos conceptos jurídicos indeterminados a la Constitución. Así, implícitamente, la STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 4, cuando señala que los conceptos de “orden público” y de “paz pública” “no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho”.

²³⁹ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 213: “la enorme extensión del concepto amplio de orden público, entendido como orden jurídico u orden constitucional, lo convierte en poco útil desde la perspectiva del bien jurídico, ya que todas las infracciones supondrían indefectiblemente su afectación. Desde esta perspectiva, el orden público [...] aparece absolutamente inidóneo para desarrollar una función de limitación de la intervención penal”.

²⁴⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 139.

su afectación²⁴¹. Se impone así la necesidad, manifestada por TORRES FERNÁNDEZ, de buscar otros conceptos de “orden público”, de contenido más restrictivo, que resulten aptos para desempeñar las funciones encomendadas al instituto dogmático del bien jurídico-penal, pues, como afirma, “sólo un concepto de orden público en sentido estricto o material puede ser objeto de tutela penal y cumplir los fines que se le atribuyen a ese elemento de la teoría del delito”, pudiendo “el orden público ideal, a lo sumo, [...] desempeñar un papel de ratio de tutela del entero sistema penal en su conjunto”²⁴².

En lo que hace a la otra concepción amplia del orden público, el llamado “orden institucional”, definido como el correcto funcionamiento del conjunto de instituciones y servicios públicos de una determinada sociedad, también existe reticencia entre la doctrina en cuanto a su validez como objeto jurídico digno de tutela penal habida cuenta también de su amplitud. En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO alertaba ya en su momento sobre el extendido uso por doctrina y jurisprudencia de esta concepción amplia de “orden público”, señalando que tal entendimiento del término aboca a “la conclusión de que todo lo que guarde relación con el funcionamiento de las instituciones públicas puede entrar en la órbita del orden público, de que todas las conductas que de alguna manera inciden negativamente (o que intenten tal negativa incidencia) en dicho funcionamiento, se entienden contrarias al orden público”²⁴³, resultando como consecuencia un “monstruoso concepto de orden público” que “devorará todo aquello que le sea próximo y lo englobará en su esfera”²⁴⁴. En su crítica llegaba el autor a tachar el concepto de “gravemente arcaizante” por encontrarse “en íntimo contacto con “esencias” de corte absolutístico, de dominación”²⁴⁵, citando como ejemplo del peligro que su uso interesado por los poderes políticos podía entrañar, la Ley de Orden Público del periodo franquista, cuyo

²⁴¹ En el mismo sentido COLOMER BEA, D., “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 5, cuando afirma: “Otra cosa es que se quiera utilizar un concepto tan genérico de orden público que prácticamente lo equipare al propio ordenamiento jurídico. En este caso, el concepto en cuestión carecerá de valor interpretativo para el análisis de cada tipo delictivo”, y MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 741: “Una concepción amplia del orden público puede abarcar, sin embargo, prácticamente todos los delitos tipificados en el Código penal, además de muchos actos no delictivos, con lo que su valor sistemático es casi nulo”.

²⁴² TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “*Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*”, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

²⁴³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”, *Cuadernos de política criminal*, nº 1, 1977, pág. 132.

²⁴⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”, *op. cit.*, pág. 131.

²⁴⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”, *op. cit.*, pág. 122. En este sentido, el autor alerta de que la utilización de esta noción de “orden público” en la sociedad democrática no hace sino dar lugar a tipos penales que “se enraizan en un absolutismo <<ancien régime>> que conservan”. En la misma línea crítica, se manifiesta hoy GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 506: “Esta concepción del orden público en un sentido “formal” e institucional quedó superada tras la aprobación de la Constitución, hace más de treinta años, y pertenece al ideario de la dictadura, que concibió el orden público como orden “institucional”.

art. 2.b contemplaba de forma abstracta entre los “actos contrarios al orden público” “los que alteren o intenten alterar el normal funcionamiento de los servicios públicos”²⁴⁶. El propio Tribunal Supremo parece compartir este parecer crítico sobre la noción institucional de orden público si atendemos a cierta jurisprudencia reciente dictada en materia de atentado y resistencia a la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, delitos también configurados legalmente como tipos contra el orden público. Así, por ejemplo, la STS 950/2000, de 4 de junio, expresa la necesidad de abandonar la tradicional concepción rígida del principio de autoridad -manifestación concreta del correcto funcionamiento de las instituciones -como objeto jurídico protegido por estas figuras, y tener, en su lugar, como referente en la interpretación de los tipos la función de garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos asignada a las autoridades y agentes públicos, poniendo como foco de tutela a los ciudadanos, y su pacífica convivencia, y no al principio de autoridad como tal²⁴⁷.

A pesar de lo generalizado de esta serie de críticas en abstracto a estas concepciones amplias de orden público, encontramos, como adelantábamos, ciertos autores que hacen uso de estas nociones de cara a justificar la incriminación de los delitos de organización y grupo criminal que aquí nos ocupan. Aunque, quien con más fuerza, conecta estos conceptos de orden público con los tipos de los arts. 570 bis y 570 ter CP es el propio legislador de 2010²⁴⁸, si se atiende al discurso contenido en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP español, en el que se justifica la introducción de estos preceptos en los siguientes términos: “se ha optado [...] por situarlos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público. Lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia [...], alterando [...] 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. La seguridad jurídica,

²⁴⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”, *op. cit.*, pág. 121.

²⁴⁷ STS 950/2000, de 4 de junio, FJ Primero: “En una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, se resentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas”. Señala esta evolución en la jurisprudencia del Alto Tribunal, DÍAZ TORREJÓN, P., “Capítulo 32. Delitos cometidos contra el orden público: Sedición. Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 959.

²⁴⁸ Señalan esta circunstancia, críticamente, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 209 y 213: “A esa concepción <<formal>> o <<institucional>> del orden público parece hacer referencia el preámbulo de la LO 5/2010 [...] entiende el concepto de orden público en un sentido amplio que acaba identificando con la propia calidad de la democracia”, y GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 506.

la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales”. Si se observa, se entremezclan en realidad el discurso del legislador alusiones al orden público en sus dos modalidades amplias aquí analizadas con lo que parecen referencias al poder del Estado como objeto jurídico-penal. Tal mezcla no resulta extraña pues entre las concepciones amplias del orden público y el poder del Estado como objeto jurídico existe una fuerte conexión²⁴⁹. Si se piensa, la protección del funcionamiento correcto de las instituciones y servicios públicos, que es el orden público en su acepción de orden institucional, contribuye indirectamente a la preservación del poder del Estado. Lo mismo sucede en relación a los principios jurídicos básicos de un régimen estatal determinado, en que se concreta el “orden público” en la primera acepción amplia del término, habida cuenta de que la tutela de los mismos sirve a la defensa de la “potestas” del Estado en que operan.

Las críticas a la justificación del legislador no se hicieron esperar entre los autores críticos con los llamados conceptos amplios de orden público, tachando, por ejemplo, GARCÍA RIVAS a la argumentación empleada de ser propia del “ideario franquista”²⁵⁰. Muy duras hacia el texto del preámbulo fueron también las palabras de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, según el cual éste no es sino un reflejo de una “falta de criterio y de fundamento” pues –señala – “al intentar describir el contenido del “orden público” [...] el Legislador [...] ha recurrido al concepto de democracia como forma de eludir la más que difícil definición del orden público”²⁵¹. No obstante, como adelantamos, hay cierto sector doctrinal que emplea argumentos como los esgrimidos por el legislador en el citado preámbulo para justificar la incriminación de las conductas de participación en organización y grupo criminal. A este sector pertenecería MORAL

²⁴⁹ Así lo afirma GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 165, 166 y 170, muy crítico con ambas teorías: “...descorrido el velo de las apariencias verbales, es sencillo advertir la semejanza de contenidos entre esta significación del orden público –el autor se refiere a la concepción objetiva del término – con la doctrina de la autotutela estatal, en la medida en que la una y la otra subrayan la seguridad del Derecho para elevarla al rango de bien jurídico. Dicha similitud es clarísima en el pensamiento de Von Liszt a propósito de lo que denomina “paz pública” (otra recurrente manera de mentar el orden público): “La paz pública, en tanto que interés de la colectividad, es objetivamente el poder de protección de la autoridad pública, que encarna en el orden creado por el Derecho (el “estado de paz”), y no menos manifiesta en los escritores que, tras atribuir una importancia mayor al sentido objetivo del orden público respecto del subjetivo, añaden que paciente de la asociación de malhechores sería el Estado, no la comunidad”.

²⁵⁰ GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 506: “Esta concepción del orden público en un sentido “formal” e institucional quedó superada tras la aprobación de la Constitución, hace más de treinta años, y pertenece al ideario de la dictadura, que concibió el orden público como orden “institucional””.

²⁵¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pág. 1395.

DE LA ROSA, para el que la criminalidad organizada entraña “alteraciones de los mercados financieros, fiduciarios y sistemas monetarios y bancarios” al ocultar sus beneficios económicos, llevándolos a territorios *off shore*²⁵². También la argumentación de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ²⁵³ va en esta dirección, que afirma que “la criminalidad organizada supone una afección a la estabilidad del sistema político y económico de los Estados democráticos”; no obstante, la autora parece diferir en el término a atribuir a tales objetos de protección penal, señalando que los mismos, más que identificarse con el “orden público”, lo harían con el término de “orden constitucional”, abogando por la reubicación de los arts. 570 bis y 570 ter CP en el Título XXI. En Italia, país de referencia en lo que a la lucha contra la criminalidad organizada se refiere, mantiene este discurso especialmente MUSACCHIO, que alerta sobre la capacidad de las organizaciones mafiosas para “distorsionar las reglas del mercado” e “influir en la economía legal y la democracia”²⁵⁴. A estas argumentaciones autores como FARALDO CABANA²⁵⁵ y MAGALDI PATERNOSTRO²⁵⁶ objetan que, de acuerdo con la realidad empírica de las agrupaciones criminales existentes en España, y en general, en la Unión Europea, formada por países con democracias consolidadas, pocas organizaciones pueden llegar a poner en peligro la estabilidad de los sistemas democráticos. La primera autora cita incluso, a este respecto, un informe de 2003 de la EUROPOL, donde se indicaba que “políticamente, pocos grupos organizados suponen una amenaza directa para los Estados miembros”²⁵⁷. GARCÍA RIVAS, también muy crítico con el discurso del legislador de 2010, señala, además, que, aun en el caso de las organizaciones que sí puedan implicar una afectación del normal funcionamiento de las instituciones y servicios, por hacer un uso instrumental en sus actividades de la corrupción y el blanqueo, tal efecto sería una consecuencia colateral o indirecta de su proceder, siendo realmente su característica principal la comisión de delitos, que es su objeto y razón de ser. Con esta evidencia, el autor quiere poner de

²⁵² MORAL DE LA ROSA, J., “Capítulo 34. Organizaciones y grupos criminales. Organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo”, en ZARATE CONDE, A. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 1005.

²⁵³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570bis”, *op. cit.*, pág. 556.

²⁵⁴ MUSACCHIO, V., “Concepto de criminalidad organizada transnacional, globalización y función de la cooperación internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 29, 2017, pp. 3 y 4. Reitera el autor esta idea en MUSACCHIO, V., “La mafia como un fenómeno a combatir a nivel europeo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015, pág. 2, donde además señala que “estas organizaciones y su actividad no minan solamente la economía sana del viejo continente (ya afectada por la crisis económica), sino que constituyen una amenaza a los propios principios fundadores de la Unión Europea, comprometida con el “espacio de libertad, seguridad y justicia””.

²⁵⁵ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 212.

²⁵⁶ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada (Los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP)”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, pág. 958.

²⁵⁷ EUROPOL, *European Union Organized Crime Report*, Office for the Official Publications of the European Communities, 2003, pág. 10

relieve que la perspectiva para el análisis de estas agrupaciones criminales ha de ser la de constituir las mismas “instrumentos para la comisión de otros delitos”²⁵⁸.

Si bien ambas críticas doctrinales son acertadas, en cuanto es cierto que la mayoría de agrupaciones delictivas que operan en España no suponen un peligro para las bases de la democracia, ni de las instituciones democráticas, y, también que la razón de ser principal de la peligrosidad de las mismas radica en que son “máquinas de delinquir”, a nuestro juicio no hay que desdeñar que, si bien minoritarias, sí hay un sector de agrupaciones delictivas que con estructuras muy consolidadas y empleando estrategias de tipo mafioso, como el uso sistemático de la intimidación, la corrupción y el blanqueo de capitales, pueden constituir un peligro para el buen funcionamiento de las instituciones del Estado democrático, y, con ello, de la calidad misma de nuestra democracia. La distinción legal en nuestro Código Penal entre las figuras de organización criminal y grupo criminal, definiéndose a la primera como una agrupación más estructurada y consolidada que la segunda, y asignando a sus miembros y colaboradores unas penas superiores a las del grupo criminal, nos llevan a pensar que ha de concurrir una diferencia sustantiva entre ambos conceptos, que bien pudiera residir precisamente en el peligro que la existencia de las organizaciones criminales supone para la integridad de la sociedad democrática. Esto es, siendo indubitadamente ambas agrupaciones reprobadas penalmente en atención a su potencialidad para cometer delitos, la organización criminal sería mayormente reprobada por el peligro que la misma entraña de socavar las bases democráticas de nuestra sociedad.

Habría así que mantener, como sostendremos, una interpretación muy restrictiva del concepto de organización criminal, reservándolo a grandes agrupaciones delictivas como la Cosa Nostra siciliana, la Ndraguetta calabresa o los cárteles mexicanos, esto es, agrupaciones estables, dotadas de un sistema normativo propio, que se sirven sistemáticamente de la intimidación, el miedo y las amenazas en pro de adquirir poder en la sociedad, desvirtuando así la correcta aplicación del ordenamiento jurídico democrático por sus operadores e instituciones. La capacidad de alterar “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” a que hace alusión el legislador en el preámbulo de la LO 5/2010, no es, desde luego, predicable de un clan familiar dedicado al “trapicheo” con drogas, pero tampoco de una agrupación rígida dedicada a la trata de personas que no haga uso de manera sistemática en su actuación de esos métodos mafiosos que peligran la calidad democrática de los países. En atención a este injusto específico de la organización criminal, su aplicación ha de reducirse, por tanto, a las agrupaciones de

²⁵⁸ GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 506: “Es cierto que las organizaciones criminales pueden desestabilizar gobiernos y que su *modus operandi* se intercala en los intersticios del sistema democrático procurando sacar provecho de prácticas corruptas. Pero así como a nadie se le ocurriría decir que la corrupción es un delito contra el orden público, tampoco puede considerarse que sea ése el objetivo de dichas organizaciones [...] Más bien se trata de instrumentos para la comisión de otros delitos”.

“tintes mafiosos”, que supongan un peligro para la estabilidad y buen funcionamiento del régimen democrático de los Estados. En cualquier caso, insta decir que somos reticentes al empleo del término “orden público”, por lo que la integridad del sistema democrático de los países, que, en nuestra opinión, es uno de los bienes jurídicos afectados por los delitos de organización criminal, habría de designarse tal cual, evitando el mentado término por su excesiva vaguedad y abstracción. En el apartado atinente a la tesis de la autotutela estatal, volveremos a retomar esta propuesta, así como, por supuesto, en las conclusiones finales de este capítulo.

b.2. Las denominadas concepciones estrictas o materiales

La crítica a la amplitud de los denominados conceptos amplios de orden público, así como su denunciada conexión con el “Derecho penal político”²⁵⁹, motivó un importante sector doctrinal y jurisprudencial a buscar acepciones alternativas del término más concretas. Dos son las tesis “restrictivas” o “estrictas” sobre el concepto de orden público que a estos efectos encontramos: la que lo define, a grandes rasgos, como “normalidad en la convivencia ciudadana”, y, la que, tachando a la anterior de pecar aún de vaguedad, recurre a un concepto que defiende como más concreto, cual es el de “paz o tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida cotidiana”²⁶⁰. Al igual que hicimos con las llamadas concepciones amplias de “orden público”, analizaremos críticamente cada una de estas definiciones, primero en abstracto y luego en conexión con los delitos que nos ocupan.

b.1. El orden público como “normalidad de la vida ciudadana”

b.1.1. Consideraciones generales. Concreción de este significado de “orden público”, y críticas

La primera de las concepciones tildadas comúnmente de estricta o material sería la que concibe a grandes rasgos el término orden público como estado fáctico de normalidad de la vida ciudadana. Como expresan CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN, representantes de esta concepción, el orden público sería el “orden externo y material de la convivencia ciudadana”, que “representa el funcionamiento regular de esa convivencia”²⁶¹. No obstante, habida cuenta de que tal concepto, abstraído de la realidad

²⁵⁹ Realiza esta crítica, por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Derecho Penal del Estado social y democrático de derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2011, pág. 964.

²⁶⁰ Señalan la existencia de estas dos acepciones de orden público, como reacción frente a las concepciones amplias de orden público, CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., “Capítulo III. De los desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 1097, y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 367.

²⁶¹ CARBONELL MATEU, J.C., y VIVES ANTÓN, T.S., “De los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 2090. Se hace eco de la definición aportada por estos autores CUERDA ARNAU, M.L.,

normativa vigente, puede llevar también a una mera conservación del orden establecido²⁶², la doctrina²⁶³ ha recalcado la necesidad de instrumentalizarlo al servicio de la tutela de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución democrática. De este modo, erigiendo la protección de los derechos fundamentales en contenido esencial del orden público, se preserva, según TORRES FERNÁNDEZ, al concepto de su empleo por parte del gobierno de turno “indiscriminada o arbitrariamente para limitar o impedir el ejercicio de esos derechos”²⁶⁴. Aplicados tales parámetros al concepto señalados *supra*, las definiciones de “orden público” que resultan son las de “orden de la convivencia ciudadana constitucionalmente caracterizado por el recíproco respeto de las libertades públicas y los derechos fundamentales consustanciales al Estado de Derecho”, si seguimos a POLAINO NAVARRETE²⁶⁵, o “estado de normalidad necesario para el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales”, si atendemos a TORRES FERNÁNDEZ²⁶⁶. Estas definiciones son muy cercanas al sentido dado coloquialmente al término si atendemos al Diccionario de la Lengua Española (DLE), que define “orden público” en su primera acepción como “situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades”. Pero no es nueva esta concepción de “orden público” pues mucho antes, en el periodo de la Segunda República, la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 ya erigía en fundamento del orden público, en su artículo primero, al “normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución”.

“Lección XLI. Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 701. Nótese que son éstas definiciones tradicionales en la doctrina. Ya en 1941 el argentino GÓMEZ, E., *Tratado de Derecho penal. Tomo V*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, pp. 191-194, daba cuenta de la existencia de estas definiciones, mantenidas en Italia por autores como ZANARDELLI y ROCCO, que concebían el “orden público” como la disposición ordenada de las cosas (“*buon assetto*”) y el desenvolvimiento regular de la vida civil (“*regolare andamento del vivere civile*”).

²⁶² Así lo apunta críticamente SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1395: “Este concepto [...] vendría a entender el “orden público” como mantenimiento o conservación del “orden social establecido”, sin entrar en su carácter democrático o no”.

²⁶³ Así, por ejemplo, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 93 y 94, y CARMONA SALGADO, C., “Los delitos de desórdenes públicos”, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 1119, que, haciéndose eco de la primera, destaca que este concepto se encuentra “caracterizado por las notas de instrumentalidad o funcionalidad a los efectos de asegurar el ejercicio de los citados derechos”.

²⁶⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “*Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*”, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

²⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, M., “Introducción a los delitos contra el orden público. Sedición. Atentado, resistencia, desobediencia. Desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 529.

²⁶⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 81 y 339. Muy parecida es la definición que da del “orden público” CARMONA SALGADO, C., “Los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 1119, que se refiere al “estado de normalidad necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos”. La definición de FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 208, es la misma, si bien la autora la formula en sentido inverso, esto es, como “el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, [...] que implica un estado de normalidad, es decir, de vigencia efectiva del sistema normativo”.

¿Cuándo se vería afectada esa normalidad en la convivencia ciudadana caracterizada por el libre ejercicio de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en que estos autores concretan al “orden público”? Siguiendo a TORRES FERNÁNDEZ, una de las autoras que con mayor profundidad ha abordado el concepto de “orden público”, en el orden penal, caracterizado por su carácter fragmentario, esa normalidad sólo se vería afectada en supuestos especialmente graves, que ella concreta en los “casos que impliquen un auténtico disturbio, el cual estará caracterizado por la violencia”. Concluye así la autora que los delitos contra el orden público serían catalogables como delitos de “violencia pública”²⁶⁷. En el mismo sentido se pronuncia CARMONA SALGADO, que determina que el “estado de normalidad necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos” en que se traduce el orden público como bien jurídico-penal sólo se verá materialmente afectado en aquellas “situaciones acompañadas de violencia que ponen en peligro la seguridad de personas y cosas”²⁶⁸. Este entendimiento concuerda con la configuración legal dada al tipo principal de desórdenes públicos del art. 557.1 CP, como delito prototípico contra el orden público, pues en él se exige la ejecución de actos de violencia sobre las personas o cosas, o la amenaza de su ejecución²⁶⁹.

Como muestra de esa confusión terminológica inicialmente señalada que reina en la doctrina y en la jurisprudencia cuando de la búsqueda de un concepto de orden público se trata, nótese que para COLOMER BEA “la realización de actos de violencia que ponen en peligro la vida e integridad física de una pluralidad indeterminada de personas” afectaría a la paz pública, y no al orden público en sentido estricto, como sostienen TORRES FERNÁNDEZ y CARMONA SALGADO. De acuerdo con ello, este autor define la paz pública como “vida e integridad física de un número indefinido de personas”, erigiendo el concepto en bien jurídico-penal protegido por los tipos de desórdenes públicos de los arts. 557 (apartados 1 y 2), 557 bis y 559 CP, atinentes a las conductas de alterar la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o cosas, amenazar a otros con llevar a cabo estos actos, incitar a su realización y distribuir o difundir mensajes o consignas que inciten a la comisión de algún delito de desórdenes públicos. El resto de tipos de desórdenes, correspondientes a los arts. 557ter, 558, 560 y 561 CP, no tutelarían, según el autor, la paz pública, sino el orden público, que define, como vimos anteriormente, como el normal desarrollo o funcionamiento de determinadas actividades o servicios públicos²⁷⁰, acercándose así al concepto

²⁶⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 84.

²⁶⁸ CARMONA SALGADO, C., “Los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 1119.

²⁶⁹ Art. 557.1 CP: “Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo”.

²⁷⁰ COLOMER BEA, D., “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

institucional de orden público. Al igual que COLOMER BEA, cierto sector jurisprudencial parece también diferir con la definición de orden público sostenida por este sector doctrinal, representado por autores como TORRES FERNÁNDEZ, POLAINO NAVARRETE o CARMONA SALGADO, en el sentido de asignar a esa definición otro término, cual es, también, el de paz pública. Así, la anteriormente citada STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011 afirma que “la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales” constituye la “paz pública”, y no el “orden público”, que sería un concepto más reducido, referido al “funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios”²⁷¹.

Aun habiendo acotado más el término “orden público” frente a las concepciones amplias antes vistas, esta definición tampoco se ha salvado de ser objeto de duras críticas. Así, autores, como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que avalan el avance que este concepto supone frente a aquéllos, por ser más preciso, acaban concluyendo que, aun así, el mismo peca de abstracción “como para hablar de un bien jurídico de claros contornos”²⁷². Ello se revelaría cuando uno intentara desentrañar en abstracto qué conductas vulnerarían ese “estado de normalidad necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos”²⁷³, pues, como señalara GÓMEZ, esta clase de definiciones no permiten deducir “con la precisión necesaria, la objetividad jurídica de los delitos” que supondrían su afectación²⁷⁴. De esta forma, se revela la peligrosa posibilidad de la utilización arbitraria del término así definido, ya en el plano legal, para criminalizar conductas, ya en el plano judicial, para condenar comportamientos. Y es que la amplitud y vaguedad del concepto lo hace fácilmente manipulable, pudiéndose a raíz del mismo calificar como conductas vulneradoras de esa normalidad necesaria para el ejercicio de los derechos y libertades

²⁷¹ STS 1154/2010, de 12 de enero, FJ Cuarto: “Las definiciones han sido variadas, pero puede entenderse que la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. En este sentido, en la STS nº 987/2009, de 13 de octubre (RJ 2009, 5598), se decía que “Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia - STS 1321/1999 (RJ 1999, 8083) -, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas - STS 1622/2001 (RJ 2001, 8506) -”.

²⁷² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 367. Nótese que el autor extiende su crítica también a la otra definición estricta de orden público como “tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida cotidiana”, que analizaremos más adelante, tachándola también de “demasiado poco precisa”.

²⁷³ Definición de “orden público” de CARMONA SALGADO, C., “Los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 1119.

²⁷⁴ GÓMEZ, E., “Tratado de Derecho penal. Tomo V”, *op. cit.*, pág. 191 y 194, en relación a las definiciones de orden público de ZANARDELLI y ROCCO como “disposición ordenada de las cosas y desenvolvimiento regular de la vida civil”.

exclusivamente aquellas que resulten molestas por cuestionar por ejemplo las directrices políticas oficiales. Esto es algo sobre lo que alertaba ya en su momento GÓMEZ BENÍTEZ, cuando señalaba de manera muy crítica que aún bajo un entendimiento democrático de orden público como normalidad ciudadana en el Estado democrático de Derecho subyace la voluntad de defensa del orden institucional instaurado: “defensa de un orden político y socio-económico”²⁷⁵. Para ilustrar su crítica el autor señalaba cómo la política criminal motivada por la defensa del citado orden público se había dirigido, aún ya instaurado el régimen democrático en España, precisamente contra “los elementos o factores más <<disfuncionales>> para el sistema (delitos de apoderamiento contra la propiedad y disenso político radical de izquierda)”, dejando “casualmente” de lado “generalizadas prácticas comerciales delictivas en materia económica, alimentaria o de mercados”²⁷⁶.

b.1.2. Análisis de la viabilidad de este concepto de orden público para justificar la incriminación de los delitos de organización y grupo criminal

Obviando la problemática que en abstracto presenta esta definición de “orden público”, cabe ahora, en lo que nos ocupa, conectarla con los tipos de organización y grupo criminal, planteándonos la siguiente cuestión: ¿afectan estas agrupaciones criminales a la situación fáctica de normalidad en la convivencia ciudadana como presupuesto para el libre ejercicio de las libertades y los derechos fundamentales? Ante la dificultad señalada de determinar los supuestos en que se vería afectada dicha normalidad por lo abstracto de la definición, tomamos como referente el criterio establecido por dos de las principales defensoras de este concepto de “orden público”, TORRES FERNÁNDEZ y CARMONA SALGADO, para las que el bien jurídico-penal así configurado se vería vulnerado en los “casos que impliquen un auténtico disturbio, el cual estará caracterizado por la violencia”²⁷⁷. Pues bien, desde ese presupuesto, en nuestra opinión habría que negar que los delitos de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter CP afecten al “orden público” así configurado. En lo que respecta a los grupos criminales, que ostentan *ex art. 570 ter CP* una estructura de mucha menor complejidad que la de las organizaciones criminales, son imaginables agrupaciones que no se dediquen a la comisión de delitos violentos y que no hagan uso de la violencia como en su actividad habitual, ni siquiera como medio instrumental, si se piensa, por ejemplo, en una agrupación dedicada a la comisión de delitos de estafa. De tal opinión parece ser también el legislador, pues, además de no exigir el uso de la violencia en la definición de grupo criminal, ni restringir sus delitos a los de carácter violento²⁷⁸, prevé

²⁷⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Crítica de la política penal del orden público”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1982, pp. 51-53.

²⁷⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Crítica de la política penal del orden público”, *op. cit.*, pp. 52 y 81.

²⁷⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “*Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 84.

²⁷⁸ Así lo señala, tanto para la organización como para el grupo criminal, FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 234, en su alegato de que el uso de la violencia no ha de ser una característica inherente a estas agrupaciones.

una circunstancia agravante precisamente para el caso en que la agrupación disponga de armas o instrumentos peligrosos, esto es, emplee potencialmente la violencia, con lo que se da a entender que los grupos criminales del tipo básico no hacen uso, siquiera de manera potencial, de la misma. Así, sostener que los delitos de grupo criminal sirven a la protección del orden público entendido de la manera *supra* referida, supondría dejar injustamente extramuros del tipo a las conductas de participación en grupos criminales que no hagan uso de la violencia en sus actividades, dejando en la impunidad a los miembros activos de grupos dedicados exclusivamente a actividades delictivas económicas, como el blanqueo de capitales o la estafa²⁷⁹.

En lo que hace a las organizaciones criminales, tampoco en ellas se exige *ex art. 570 bis.1.II CP* el empleo de la violencia, estableciéndose igualmente la disposición de armas o instrumentos peligrosos como factor meramente agravante de las penas, y, por tanto, no inherente a la agrupación. No obstante, habida cuenta de la mayor peligrosidad de las organizaciones criminales frente a los grupos criminales, reflejada en un aumento de las penas a los partícipes y colaboradores con las mismas, por su mayor injusto, que *supra* calificamos como la amenaza al buen funcionamiento de las instituciones políticas y económicas del Estado democrático por hacer un uso sistemático de la intimidación para la obtención de poder y la infiltración en los organismos estatales, puede afirmarse que habitualmente las mismas se caracterizarán por un uso, al menos potencial, de la violencia. Y es que, si decimos que la intimidación es el instrumento clave de estas agrupaciones, insta decir que difícilmente el uso de las amenazas como forma de intimidación va a ser efectivo si no es con un uso potencial de la violencia. No obstante, pese a aceptar la potencialidad del uso de la violencia como característica inherente a las organizaciones criminales -lo que, por cierto, supone cuestionar la actual previsión de la disposición de armas o instrumentos peligrosos como circunstancia agravante en el art. 570 bis.2 CP -no por ello nos parece que la existencia de estas agrupaciones afecte al orden público en la concepción expuesta *supra*.

Afirmar que la existencia de las organizaciones criminales implica -empleando la terminología en abstracto de TORRES FERNÁNDEZ y CARMONA SALGADO- “un auténtico disturbio”, por poner en peligro la vida e integridad física de los ciudadanos, nos parece exagerado. La potencialidad del uso de la violencia puede afectar a personas concretas de la sociedad con importantes cargos públicos o a empresarios, pero no -y a diferencia de lo que sucede con las organizaciones terroristas - al conjunto de la sociedad. Las organizaciones criminales de tintes mafiosos por lo general no se dedican a emplear indiscriminadamente la violencia, sino que la dirigen subsidiariamente -caso de no hacer efecto la intimidación -contra sectores concretos de la sociedad (jueces, agentes de la policía, funcionarios de prisiones, empresarios o políticos), que son los que le aseguran la obtención de ámbitos de poder económico o

²⁷⁹ Entiéndase que nos referimos a la impunidad por el hecho de participar en la agrupación, no por los delitos que en su marco se cometan, pues se trata de responsabilidades penales distintas.

político, y, con ello, la perpetuación de su institución delictiva. Y es que, además, habida cuenta de que a los miembros de la organización les conviene “llevarse bien” con el Estado, la realización de actos de violencia indiscriminada contra la población no les sería, desde luego, beneficioso a tales efectos. Como apunta MORABITO, “alcanzar un alto nivel de enfrentamiento con el Estado y atraer la atención de sus aparatos de represión” haría peligrar el fin último de las organizaciones mafiosas, cual es la obtención de riquezas sirviéndose de los entresijos y debilidades del poder estatal²⁸⁰. Por todo ello, entendemos que la sola potencialidad del uso de la violencia por parte de las organizaciones criminales no es suficiente en aras a afirmar que la sola existencia de estas agrupaciones entraña una afectación al orden público como “situación fáctica de normalidad en la convivencia ciudadana”.

Lo cierto es que pocos delitos de los insertos en el Título XXII del Código Penal implican efectivamente situaciones violentas con puesta en peligro de personas y bienes que alteren dicha situación de normalidad. Piénsese si no en figuras como la resistencia a la autoridad o la simple tenencia de armas o explosivos. Ello lo constataba ya en su momento la propia TORRES FERNÁNDEZ, defensora de esta definición de orden público aquí analizada, que concluía que “a una concepción semejante de orden público sólo responden los delitos de sedición y desórdenes públicos”. Los restantes delitos configurados legalmente como contrarios al orden público afectarían según la autora a otros bienes jurídicos. Si bien al momento de escribir la autora su monografía sobre el tema, los delitos que nos ocupan no se encontraban aún insertos en el Código penal, por sus palabras puede vaticinarse que hoy negaría también la afectación de su concepto de orden público por las conductas de organización y grupo criminal. Y es que la argumentación dada por la autora para negar la conexión de los delitos de tenencia ilícita de armas y explosivos con el concepto de orden público es también extrapolable a los delitos de organización y grupo criminal. Nótese que la misma conecta aquellos delitos con “el fin de prevención de la comisión de otros delitos” para negar la afectación al orden público, conectando, en su lugar los delitos con la noción de “seguridad colectiva”²⁸¹.

²⁸⁰ MORABITO, S., “Introducción”, en CÁMARA DE LANDA, E., y MORABITO, S., *Mafia, Ndrangueta, Camorra. En los entresijos del poder paralelo*, Universidad de Valladolid, 2005, pág. 14: “El primer objetivo de la mafia es la acumulación de riquezas, bien parasitando las actividades comerciales y productivas, bien “interceptando” los fondos “públicos” o comerciando con bienes ilegales y reinvertiendo sus ganancias ilícitas en la economía legal. Es evidente que alcanzar un alto nivel de enfrentamiento con el Estado y atraer la atención de sus aparatos de represión pondría en peligro justamente ese objetivo prioritario. Es más, muchas de las necesidades económicas e incluso organizativas de la mafia requieren una cierta capacidad para encontrar el apoyo de funcionarios del Estado y de políticos “complacientes”, tanto para ver favorecida la empresa “protegida” en la asignación de una contrata pública, como para intentar “arreglar” los juicios contra miembros de la organización”.

²⁸¹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “*Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*”, *op. cit.*, pp. 340 y 341.

b.2. El orden público como “tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida cotidiana”

b.2.1. Definiciones e identificación de usos de estas concepciones en la ley

Junto al anterior concepto de orden público, como estado fáctico de normalidad en la convivencia ciudadana caracterizado por el libre ejercicio de las libertades y derechos fundamentales consagrados en la Constitución, coexiste otro que se señala por sus partidarios como más restringido, y que vendría a consistir en la situación objetiva de “tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”²⁸². La aparición de esta definición en el orden penal estaría ligada a las críticas doctrinales a la anterior noción “estricta” de orden público por su carácter aún difuso y abstracto de cara a cumplir con las funciones crítica, interpretativa y sistemática del bien jurídico-penal. Según SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS²⁸³, con esta definición alternativa de orden público, se vendrían, así, a concretar “los aspectos esenciales de esa normalidad en el desarrollo de la convivencia” ciudadana en el orden jurídico democrático que habrían de constituir el orden público, en un entendimiento más estricto del término, haciéndolo funcional para cumplir con los cometidos del bien jurídico-penal²⁸⁴. Las definiciones que, a tal fin, se han dado por la doctrina son muy similares, pudiendo englobarse todas ellas en el citado concepto de “tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida cotidiana”. No obstante, vale la pena aquí señalar algunas fórmulas concretas propuestas. Así, si bien en el orden administrativo, IZU BELLOSO define en esta línea el orden público como “orden externo de la calle” o “tranquilidad exterior”, cuya garantía -señala- corre a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁸⁵. Señala el

²⁸² Señalan la existencia de esta definición como concepto de “orden público” más restringido que el anterior, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 210, y MIR PUIG, S., y CORCOY BIDASOLO, M., “Comentarios al Código Penal. Reforma L.O. 5/2010”, *op. cit.*, pág. 1097.

²⁸³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 1395 y 1396.

²⁸⁴ No obstante, señálese que hay autores que siguen considerando a esta nueva definición de orden público como “seguridad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana” abstracta e inválida para erigirse en bien jurídico-penal. A este respecto, puede señalarse a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 367, que, pese a celebrar en un primer momento los pasos dados en la concreción del “orden público” por esta definición de orden público frente a las concepciones amplias, acaba afirmando que también “estas definiciones son amplias [...] son demasiado poco precisas como para hablar de un bien jurídico de claros contornos”, COLOMER BEA, D., “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pp. 12 y 13, que la tacha de “amplia”, concluyendo que con la misma “no es posible configurar un modelo de regulación adecuado para la protección del bien jurídico [...] en cuestión”, y CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pp. 26 y 27. Éste último, tras señalar que la situación de hecho de tranquilidad constituye ya “el cometido global del ordenamiento jurídico (-penal) de control social, califica al orden público así entendido como “envoltorio hueco que puede abrir el camino a la arbitrariedad”.

²⁸⁵ IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pág. 18. En el orden penal también señala la misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FCSE) de preservar el orden público QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 154. Habría que reseñar que tal misión también la comparten hoy día las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal

autor²⁸⁶ que el concepto así definido se remonta a los años veinte, cuando el jurista y sociólogo francés HAURIOU establecía que “orden público” era el estado de hecho opuesto al desorden, representado éste último por la existencia de agresiones, enfrentamientos o motines; es decir, una situación exterior de paz y tranquilidad públicas²⁸⁷. En el orden constitucional, DE BARTOLOMÉ CENZANO se hace eco de estas definiciones, señalando que en un sentido estricto o material el “orden público” vendría a consistir en una situación de orden exterior o tranquilidad en una comunidad, caracterizada por la ausencia de agresiones violentas, o revueltas²⁸⁸.

En el orden penal, que aquí nos ocupa, las definiciones de “orden público” defendidas en esta línea no distan mucho de las mantenidas en estos otros órdenes jurídicos. Así, JIMÉNEZ DÍAZ afirma que el denominado “orden público material” se identifica con “la situación de orden exterior o tranquilidad en una comunidad”, cuyo mantenimiento constituye uno de los fines de la actividad de “seguridad pública”²⁸⁹ que corresponde competencialmente hablando al Estado *ex art.* 149.1.29° CE²⁹⁰, y QUINTERO OLIVARES, hace referencia al término como “tranquilidad en la calle”, situación que el autor representa como la “ausencia de conflictos”²⁹¹. La definición que, no obstante, más ha trascendido en esta línea del orden público en sentido material estricto ha sido la de MUÑOZ CONDE, que lo define -en los términos *supra*adelantados - como “tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la

de seguridad privada, en tanto el art. 7.3 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana les atribuye el deber de auxiliar a las FCSE en el ejercicio de sus funciones. Nótese, además, que el art. 31 Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada confiere al personal de seguridad privada el estatus de “autoridad” “cuando desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

²⁸⁶ IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pág. 6.

²⁸⁷ HAURIOU, M., *Précis élémentaire de Droit administratif*, París, 1926, pág. 212.

²⁸⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “El significado de la cláusula de orden público”, *op. cit.*, pp. 128 *in fine* y 129. El autor se hace eco concretamente de una definición de TORRES MURO, inspirada por la clásica definición de HAURIOU.

²⁸⁹ Véase JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 19 y 21, o JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, *op. cit.*, pp. 97 y 98. Señala la autora que la “seguridad pública”, entendida como actividad correspondiente al Estado, atendiendo al art. 149.1.29° CE, se dirige precisamente al mantenimiento del orden público material, entendido como tranquilidad u orden ciudadano, además de a la preservación de la seguridad ciudadana.

²⁹⁰ El art.149.1.29° CE establece que: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

²⁹¹ QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 154. En sentido similar FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 210, que señala que el concepto más restringido de orden público se refiere a “la tranquilidad externa, a la situación de orden exterior en la calle”, y PORTILLA CONTRERAS, G., “Infracción grave de desórdenes públicos”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo XV, Vol. 1º. Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994, pág. 426, que alude, a este respecto, al “orden exterior o tranquilidad en una comunidad”.

vida ciudadana”²⁹², como lo demuestra el hecho de que muchos autores, como por ejemplo, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS²⁹³ u OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO²⁹⁴, y la misma jurisprudencia²⁹⁵, se hayan hecho eco de la misma a la hora de abordar el estudio de delitos legalmente configurados como contra el orden público²⁹⁶. Otras definiciones atinentes a esta noción de orden público presentes en la jurisprudencia son la de “orden en la calle”, mantenida por la STS 987/2009, de 13 de octubre²⁹⁷, o la de tranquilidad de los ciudadanos en los lugares públicos, de la STS 136/2007, de 8 de febrero²⁹⁸.

Al igual que sucediera con el anterior concepto de orden público de “normalidad de la convivencia ciudadana”, también en relación al que ahora vemos se ha querido por parte de algunos autores vincular expresamente su contenido con el libre

²⁹² MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pp. 741 y 752. Se cita la última edición del manual, pero nótese que la definición ha estado presente en las ediciones anteriores.

²⁹³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1396.

²⁹⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del código penal”, *op. cit.*, pp. 122 y 134. Nótese que este autor, pese a compartir el concepto de MUÑOZ CONDE de “orden público” como “*tranquilidad ciudadana en las manifestaciones colectivas*”, critica a éste por hacer un uso extensivo del concepto para legitimar delitos como los de desacato o atentado a la autoridad o funcionario público. Y es que, según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (pág. 24), un entendimiento del orden público conforme a esa definición estricta no legitimaría tales tipos penales, que no son sino -en su opinión -reliquias de un “absolutismo <<ancien régime>>”. La interpretación extensiva que hace según este autor MUÑOZ CONDE -y numerosa jurisprudencia y doctrina - de dicho concepto de orden público conectándolo en última instancia con el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, y la dignidad y potestad de los agentes y funcionarios públicos, supone según el autor volver al concepto amplio, tan criticado precisamente por estos autores.

²⁹⁵ Señala la definición acuñada por MUÑOZ CONDE la STS 452/2007, de 23 de mayo, FJ Segundo, al señalar: “No contiene el Código una definición de lo que se entiende por orden público y en la doctrina se encuentran distintas posiciones que tratan de encontrar el elemento o elementos que identifican a las figuras delictivas que se agrupan bajo esa denominación y acerca del bien jurídico que pretenden proteger. Algunos coinciden en integrar a todos aquellos delitos que tienden más o menos directamente a la subversión o perturbación de la *tranquilidad general en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria*”.

²⁹⁶ En el caso de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, se trata del estudio de los delitos de organización y grupo criminal, que aquí nos ocupan, y en el de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del código penal”, *op. cit.*, de los delitos de atentado y desacato a la autoridad o funcionario público.

²⁹⁷ STS 987/2009, de 13 de octubre, FJ Segundo.

²⁹⁸ STS 136/2007, de 8 de febrero, FJ Cuarto. Nótese que, pese a parecer distinguir en un primer momento entre “orden público”, cuya vulneración es el resultado del delito de desórdenes públicos, y “paz pública”, como elemento subjetivo específico del injusto, posteriormente el tribunal utiliza los términos indistintamente, como si de sinónimos se tratase. Véase el siguiente fragmento: “De modo que *el elemento subjetivo del injusto, queda patentemente cumplido en este caso, pues no puede comprenderse qué es lo querían, sino alterar el orden público*, si nada más entrar en el primer Burger King (el de la calle Serrano), se saltaron la cola, y comenzaron a agredir a todo aquel que se les ponía por delante, al punto que causaron importantes destrozos materiales, y siguieron así por la calle con los indigentes extranjeros, y en el próximo establecimiento del mismo ramo, continuaron las agresiones físicas. *La finalidad de atentar contra la paz pública es evidente*. Aquí nose juzgan finalidades políticas, sino alteración de la paz pública, que es un concepto mucho más social que político, que se dirige a garantizar la *tranquilidad de los demás cuando se encuentran en lugares públicos*”. Si se observa, se refiere al principio al elemento subjetivo del injusto como la intención de alterar el orden público, cuando la ley, en su redacción anterior a 2015, se refería al ánimo de atentar contra la paz pública.

ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, con la intención de evitar su manipulación por los poderes públicos de cara a fundamentar incriminaciones interesadas de conductas. Y es que, si se piensa, conceptos aquí vistos como “orden en la calle”, o el de “tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”, podrían, abstrayéndose del referente de tales derechos y libertades, servir de mera fórmula para preservar el orden social establecido por el gobierno de turno. Con esta intención de dotar al término así definido de un concepto verdaderamente material, que sirva de límite al legislador a la hora de incriminar conductas, QUINTERO OLIVARES ha señalado que el orden público, como “tranquilidad en la calle”, ha de consistir en un “marco de mínimas reglas a cumplir para que se pueda desarrollar el programa constitucional de derechos y libertades”²⁹⁹. En la misma línea se ha pronunciado JUANATEY DORADO, al definir el orden público en sentido estricto como “el necesario orden en la calle que permita el libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales”³⁰⁰.

Este concepto de orden público ha sido vislumbrado por la doctrina en varias referencias legales al término. Así, FARALDO CABANA³⁰¹ e IZU BELLOSO³⁰² identifican este concepto tras la mención al “orden público” del art. 21.2 CE, que señala que “en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”³⁰³. Y lo cierto es que perfectamente podría sustituirse en ese precepto constitucional el término “orden público” por el de orden o tranquilidad en la calle como garantía del ejercicio pacífico de las libertades y derechos fundamentales por parte de los ciudadanos. En puridad, podría decirse que este precepto ha sido clave para el éxito en España de la concepción estricta de orden público que aquí analizamos. GARCÍA DE ENTERRÍA³⁰⁴ identifica también esta noción de orden público en la referencia al término contenida en el art. 16.1 CE, precepto que erige el “mantenimiento del orden público protegido por la ley” en límite de las manifestaciones de la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades³⁰⁵. La noción de orden público empleada en el art. 16.1 CE es

²⁹⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 154.

³⁰⁰ JUANATEY DORADO, C., “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015”, *op. cit.*, pág. 47.

³⁰¹ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 210.

³⁰² IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pp. 11, 18 y 19.

³⁰³ En el mismo sentido el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión: “Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación”.

³⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1982, pág. 160.

³⁰⁵ De otra opinión, como *supraseñalamos* al hilo del análisis de la concepción amplia de orden público, es JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Seguridad ciudadana y Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 93 y 94, quien ve en esta referencia del art. 16.1 CE al término el empleo de una noción amplia de orden público, en atención

realmente más difícil de encasillar que la del art. 21.2 CE; piénsese que, a diferencia de los derechos de reunión en lugares de tránsito público y manifestación, que implican una ocupación de tramos de vía pública, pudiendo, por ende, suponer en ciertos casos una alteración del orden o tranquilidad exterior, las libertades ideológicas, religiosas o de culto suelen manifestarse, por lo general, en el ámbito privado, o al menos no en la vía pública. No obstante, en atención al término “manifestaciones”, que supone, según el DLE, la acción de “declarar”, “dar a conocer” o “poner a la vista”³⁰⁶, y a la preferencia por el empleo de conceptos restringidos de orden público frente a amplios, abogamos, como IZU BELLOSO, por la idea de que el concepto empleado en el art. 16.1 CE sea el que ahora se analiza.

Antes de poner en relación este concepto con los delitos que nos ocupan, en la tarea de identificación del objeto jurídico protegido mediante la incriminación de los arts. 570 bis y 570 ter CP, procede advertir de cierta polémica de tipo terminológica existente en esta materia. Y es que, la definición de orden público vista *supra* se corresponde para un sector importante de la doctrina con otro término diverso a aquél, cual es la “paz pública”. Se alerta por este sector del error en que incurren quienes definen orden público como tranquilidad de los ciudadanos en las manifestaciones colectivas de la sociedad o similares al confundir orden público con paz pública. En esta línea se pronuncian, por ejemplo, CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN, para quienes “la tranquilidad y quietud” o el “sosiego y buena correspondencia de unos con otros”, en que muchos autores concretan el orden público, sería realmente la “paz pública”, afectada por situaciones de guerra, riñas y disensiones. El orden público supondría, por el contrario -afirman- el funcionamiento regular de la convivencia, acercándose así a la primera noción de orden público como normalidad de la vida ciudadana³⁰⁷. En el mismo sentido se pronuncia POLAINO NAVARRETE, que señala que “así como guerra y desorden no coinciden, paz pública y orden público no se

especialmente al art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa, que reza: “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”. Si bien se plantea también tal posibilidad IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pág. 11, la autora acaba finalmente concluyendo que el significado de “orden público” *ex art.* 16.1 CE ha de ser el de tranquilidad exterior, por cuanto que, además de más deseable dogmáticamente hablando, casa con la referencia del precepto a las “manifestaciones” de la libertad ideológica, religiosa y de culto, término que parece hacer referencia a un aspecto externo.

³⁰⁶ Las dos primeras acepciones de “manifestar” son, de acuerdo con el DLE: “1. tr. Declarar, dar a conocer. 2. tr. Descubrir, poner a la vista”.

³⁰⁷ CARBONELL MATEU, J.C., y VIVES ANTÓN, T.S., “De los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pp. 2090 y 2091. Parece avalar esta distinción entre los conceptos también GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.), *Reforma Penal. Memento Práctico*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 556, al afirmar que “no toda alteración del orden ha de abocar a la ruptura o quebrantamiento de la paz y la tranquilidad pública, si aquélla no excede de ciertos límites”. También así en la jurisprudencia la STS 1154/2010, de 12 de enero 2011, que establece en su FJ Cuarto que “la paz pública puede subsistir en condiciones de cierto desorden social” pero que “una grave alteración del mismo (orden público) conllevaría ordinariamente una afectación de la paz pública”.

pueden tampoco identificar ni confundir entre sí”, definiendo a la primera -la paz pública-como “tranquilidad y sosiego de los ciudadanos en la convivencia social (idea opuesta a la hostilidad, a la guerra)”, y al segundo -orden público-como “orden de la convivencia ciudadana” bajo el Estado social y democrático de derecho³⁰⁸, que se vería afectado por el “desconcierto, la desorganización, el desorden”³⁰⁹. Lo cierto es que la Real Academia Española parece darle la razón a estos autores, al definirse en el DLE “paz” en su segunda acepción como “relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos”. También de la misma legislación penal podía extraerse la definición de paz pública como “tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”, cuando se definía la conducta de desórdenes públicos en su tipo básico como alterar el orden público con la intención de alterar la paz pública. Es más, puede decirse que estas distinciones entre paz pública y orden público traen su origen en la redacción de este precepto, que llevaba al entendimiento de la STS 1154/2010, de 12 de enero 2011, de que no todo desorden implica una afectación a la paz pública³¹⁰, esto es, que no todo desorden supone una situación de enfrentamiento o guerra. No obstante, como en su momento se señaló, la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha disipado esa distinción, al suprimir del tipo básico de desórdenes públicos el término “orden público”, requiriendo directamente la afectación a la paz pública, término que además parece asimilarse al de orden público atendiendo al art. 559 CP. Como resultado, muchos autores en la actualidad entienden que ambos son conceptos sinónimos, equivalentes a esa definición de “tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”³¹¹.

b.2.2. Viabilidad de este concepto de orden público para justificar la incriminación de los delitos de organización y grupo criminal

Ya sea la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana calificada como “orden público”, ya como “paz pública”, lo cierto es que no parece corresponderse tampoco ese objeto con el bien jurídico afectado por las organizaciones y grupos criminales. En puridad, la definición se asemeja con mucho a

³⁰⁸POLAINO NAVARRETE, M., “Introducción a los delitos contra el orden público. Sedición. Atentado, resistencia, desobediencia. Desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 542.

³⁰⁹ POLAINO NAVARRETE, M., “Introducción a los delitos contra el orden público. Sedición. Atentado, resistencia, desobediencia. Desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 543. Véase también, a este respecto, CARMONA SALGADO, C., “Los delitos de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pp. 1118 y 1119, y CUERDA ARNAU, M.L., “Lección XLI. Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 701: “el delito de desórdenes públicos tutelaba la paz pública, concepto que no es equivalente al de orden público [...] el orden público representa el funcionamiento regular de esa convivencia. La paz, en cambio, no exige el funcionamiento ordenado de la vida pública. Se define como «tranquilidad y quietud», o como «sosiego y buena correspondencia» de unos con otros y se opone a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden”.

³¹⁰STS 1154/2010, de 12 de enero 2011, FJ Cuarto.

³¹¹Señalan esta circunstancia, al enumerar las tesis existentes sobre la noción de orden público como bien jurídico-penal, CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., “Capítulo III. De los desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 1097. Así, estos autores distinguen entre: “a) orden público en sentido restringido, como tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana (como paz pública [...]); b) normalidad de la vida ciudadana”, etc.

la anterior de orden público, como normalidad en la convivencia ciudadana, interpretada en sentido restrictivo como ausencia de peligros para la vida e integridad física de las personas, por lo que pueden entenderse aquí extrapolables las consideraciones realizadas en su momento con las que negábamos que las organizaciones y grupos criminales supusieran una afectación al orden público así considerado.

b.3. El orden público como “derecho a utilizar los espacios públicos”

b.3.1. El concepto de “orden público” propuesto por PAREDES CASTAÑÓN

De la definición de orden público como “tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”, y de otras similares en esta línea, como las de tranquilidad u orden exterior, parece colegirse -aunque en ninguna de ellas se especifica claramente -que las conductas lesivas, o al menos aptas para lesionar al objeto jurídico-penal así concretado, han de producirse en espacios de uso público, en los que se desarrolla la vida ciudadana. En base a esta deducción, PAREDES CASTAÑÓN propone una definición alternativa de orden público más concreta, que hace referencia expresa al ámbito espacial de las vías públicas para acotar el objeto jurídico y su afectación, restringiendo así los supuestos de afectación del orden público a los conflictos sociales surgidos en torno al espacio público.

Señalando que este espacio es un recurso al que todos, por igual, tenemos derecho a disfrutar³¹², pero subrayando a la vez su carácter escaso o limitado en atención a su misma capacidad física, que impide en ocasiones su uso simultáneo por parte de diferentes ciudadanos o grupos de ciudadanos³¹³, PAREDES CASTAÑÓN resalta la necesidad, a estos efectos, de la puesta en marcha en el orden jurídico de mecanismos de coordinación de las acciones sociales que en el mismo se efectúan con el objeto de evitar disputas y conflictos sociales³¹⁴. Si bien a tal labor de regulación se

³¹² Véase a este respecto lo dispuesto en el art. 85.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP): “Se considera uso común de los bienes de dominio público - entre los que figura el espacio público - el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados”.

³¹³ También resalta lo limitado del espacio público QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 237.

³¹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pp. 949 y 950. También señala la necesaria protección del uso del espacio público o urbano por el Estado de Derecho QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, *op. cit.*, pp. 145 y 146: “el espacio público es aquel que nos pertenece a todos por igual, y que todos tenemos derecho a disfrutar [...] y sirve además para actividades colectivas, desde manifestaciones festivas a las netamente políticas o sociales, pasando por ferias y mercados, y llegando a la circulación de vehículos a motor, o a la prohibición de ésta. [...] Tantas posibilidades de uso, como es lógico, exigen que la Administración intervenga y regule”. En el mismo sentido se pronuncia el autor en QUINTERO OLIVARES, G., “La intervención del Derecho Penal en la tutela del espacio público”, en CIERCO SEIRA, C., GARCÍA

ocupa principalmente el Derecho administrativo³¹⁵, a través de diversa normativa, tanto estatal -como la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, o la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana- como -principalmente - municipal, también el Derecho penal tiene algo que decir al respecto, según este autor. Propone, así, la noción de orden público como bien jurídico-penal como derecho legítimo de todo ciudadano a hacer uso del espacio público. Si bien, en atención al carácter fragmentario del Derecho penal, la protección por esta vía del bien jurídico habría de restringirse al ámbito de los conflictos sociales más graves producidos con ocasión del uso del espacio público que supongan una vulneración de las reglas de justicia distributiva en el uso del espacio público. De acuerdo con ello, PAREDES CASTAÑÓN propone acudir a la vía penal para la protección del orden público así configurado sólo en caso de conductas que supongan una apropiación o usurpación temporal injusta del espacio público, reduciendo efectivamente las posibilidades de su utilización legítima por parte del resto de ciudadanos³¹⁶, reclamando, además, la producción por la conducta en cuestión de lo que él denomina un “efecto de desestabilización sistémica”³¹⁷. Con tal expresión el autor hace referencia a la generación de una perturbación generalizada, cuya existencia en el caso concreto se condiciona a la “potencia comunicativa de la concreta categoría de conducta de usurpación (del espacio público) en relación con terceros no afectados directamente por la misma (pero que son también usuarios -al menos potenciales -del espacio público)”³¹⁸. Entre los factores que contribuirían de esa comunicatividad de la conducta de usurpación, y, por ende, de la desestabilización sistémica, PAREDES CASTAÑÓN cita tres fundamentales: en primer lugar, la naturaleza del espacio público, señalando que usurpar un espacio público que cumpla una función social transcendente, como la boca del metro o la entrada de un supermercado provoca una desestabilización mucho mayor que la de espacios que no cumplan con la misma; en segundo lugar, la identidad social y circunstancias de las víctimas de la usurpación, afirmando que la desestabilización será mayor cuando se afecte a víctimas extraordinariamente desprovistas de poder o recursos, o que necesiten de forma más imperiosa hacer uso del espacio público, como personas sin hogar o inmigrantes; y, en tercer y último lugar, el medio social en que la usurpación se produzca, señalando que, cuanto más abierto sea

ALBERO, A., y SILVEIRA GORSKI, H., *Uso y control del espacio público: viejos problemas, nuevos desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 235 y 236.

³¹⁵ Así lo señala PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pág. 972: “la mayor parte de las conductas de usurpación de los espacios públicos deben ser afrontadas a través de instrumentos sancionadores no penales: del Derecho administrativo sancionador, principalmente”.

³¹⁶ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pág. 952, que, señala, a este respecto, que quedarían extramuros del Derecho penal otros conflictos relacionados con el espacio público, que no entrañen tal ocupación física de la vía pública, como conflictos “en torno a qué conductas son suficientemente <<educadas>> y cuáles no lo son; o acerca de la hora límite para sacar la basura, etc.”.

³¹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pág. 963 *in fine*, 972 y 973.

³¹⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pp. 973 y 974.

éste, mayor será el potencial comunicativo de la conducta, comparando a este respecto la usurpación que afecte a la celebración de las fiestas de todo un barrio con la que lo haga a un partido de fútbol entre dos pandillas de jóvenes³¹⁹.

Personalmente, nos resulta además innecesaria la tutela penal del “orden público” según la concepción de PAREDES CASTAÑÓN como derecho legítimo a utilizar el espacio público, si la ocupación ilegítima del dicho espacio no va acompañada del uso de la violencia. Nótese que ya en el orden administrativo la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana tutela el orden público así configurado al castigar como infracción leve, en su art. 37.7.II, en general “la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de ella por la autoridad competente”. En atención al carácter fragmentario del Derecho penal, insta, pues, reclamar una mayor antijuridicidad material a las conductas atentatorias contra el orden público como bien jurídico-penal, que, a nuestro juicio, podría ser colmada con la exigencia del uso de la violencia en la ocupación del espacio público³²⁰. Ésta parece ser asimismo la opinión del propio legislador penal pues si atendemos a los delitos del Código penal cuyas conductas típicas suponen una ocupación ilegítima del espacio público, como el tipo básico de desórdenes públicos, o el de manifestaciones ilícitas, se comprueba que en ambas se exige de la violencia, o al menos, un uso potencial de la misma: en los desórdenes públicos expresamente mediante la expresión “ejecutando actos de violencia”, en las manifestaciones ilícitas, implícitamente, exigiendo el porte de armas o instrumentos peligrosos³²¹.

³¹⁹ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pp. 974, 975 y 967, que, de acuerdo con ello, afirma que quedarían “extramuros” del Derecho penal conductas como “masturbarse en un jardín, si no se hace exhibición de ello, ofrecer servicios de prostitución a quien se aproxima, vender en la calle y sin autorización con marcas de imitación extendidas en un pequeño pañuelo, inyectarse heroína en una plaza pública, la costumbre de los skaters de reunirse en un determinado parque para utilizar algunas de sus instalaciones para practicar su deporte”, pues - señala -, si bien “pueden resultar inmorales, ofensivos o injustos” a ciertos ciudadanos, no producen ese efecto de usurpación temporal injusta del espacio público con un “efecto de desestabilización sistémica”. Por su parte, QUINTERO OLIVARES, G., “La intervención del Derecho Penal en la tutela del espacio público”, *op. cit.*, pág. 242, que definía el orden público como “tranquilidad en la calle”, si bien también conecta el concepto con el uso de los espacios públicos, no es tan específico en lo que se refiere a la determinación de los casos de afectación del bien jurídico-penal así configurado, determinando sólo a estos efectos que las conductas contra el orden público han de implicar un “*uso desviado del espacio público*”.

³²⁰ Parecen ser de esta opinión en la doctrina JUANATEY DORADO, C., “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015”, *op. cit.*, pág. 70, y QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 157, que se pregunta “qué clase de desorden merece represión si no se ha [...] hecho daño a nadie ni a nada”, concluyendo que “los componentes de violencia son imprescindibles” para hablar de desorden público.

³²¹ Art. 513.2º CP: “Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso”.

Nótese que el apartado 1.º del precepto (“Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración las que se celebren con el fin de cometer algún delito”) no exige el porte de armas ni instrumentos peligrosos. A nuestro juicio, en este caso la tutela del orden público en situaciones no violentas estaría justificada porque a su vez se tutela otro bien jurídico, que podría ser denominado como seguridad colectiva, ante el peligro de la comisión de indeterminados delitos.

b.3.2. Sobre la viabilidad de este concepto para explicar el injusto de los delitos de organización y grupo criminal

¿Puede decirse que los tipos de organización y grupo criminal afectan al orden público entendido como derecho legítimo a la utilización de los espacios públicos? En nuestra opinión resulta claro que no³²². Las organizaciones y grupos criminales no se dedican a ocupar el espacio público, sino a cometer delitos, actuando en la clandestinidad en lo que a la preparación de la perpetración de los delitos se refiere para no ser descubiertos y poder continuar subsistiendo con sus propósitos ilícitos. Pudiera darse el caso de que los delitos objeto de la agrupación criminal supusieran una usurpación temporal injusta de las vías públicas, impidiendo al resto de ciudadanos a ejercer su derecho legítimo a hacer uso de ese espacio; piénsese, por ejemplo, en los llamados “ultra”, grupos de hinchas radicales que se dedican a hacer uso de la violencia durante y tras la celebración de partidos de fútbol, pudiendo eventualmente durante esas revueltas impedir al resto de ciudadanos utilizar legítimamente los espacios públicos en los que ellos se encuentran, ante el miedo a sufrir posibles lesiones, dada la extrema violencia de que éstos hacen gala. No obstante, en estos casos la vulneración del orden público, en su noción de derecho legítimo a la utilización de los espacios públicos, se producirá por los delitos de desórdenes públicos³²³ en su caso cometidos por el grupo de hinchas, y no por la existencia de la organización o grupo criminal, en tanto injustos distintos según la tesis del bien jurídico autónomo que aquí vemos.

³²² También así se ha manifestado FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 213 y 214, cuando, tras alabar la “gran utilidad” de la concepción restringida de orden público propuesta por PAREDES CASTAÑÓN “para delimitar el contenido de injusto de los delitos de desórdenes públicos y de manifestaciones ilícitas”, niega su validez para precisar el injusto de los delitos de organización y grupo criminal (y de asociaciones ilícitas, por proximidad). Podría también aventurarse que PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pág. 979, es de esta opinión. Hablamos de “aventurar” porque al momento de escribir su artículo sobre el concepto jurídico-penal de orden público aún no estaban insertas en el Código Penal las conductas de organización y grupo criminal, pero de sus palabras se infiere que, de haber escrito el autor más tarde su artículo, habría criticado también la configuración legal de los arts. 570 bis y 570 ter como delitos contra el orden público pues a los mismos les son trasladables las consideraciones que realiza en relación al tipo de tenencia ilícita de armas y explosivos: “estamos ante un grupo más de lo que nuestro código denomina “delitos contra la seguridad colectiva” (Título XVII del Libro II del CP). Es decir, conductas abstractamente peligrosas, en este caso para una pluralidad de bienes jurídicos (tanto individuales –vida, salud, libertad, libertad sexual, patrimonio... - como supraindividuales –derechos de los trabajadores, estabilidad del sistema político, orden internacional... -) [...] que, por ello, son reconducidas a un único bien jurídico (supraindividual), como la seguridad”. A mayor abundamiento, entre las conductas típicas no insertas en el título XXII (“Delitos contra el orden público”) que el autor identifica como lesivas al orden público como derecho legítimo a utilizar los espacios públicos, el autor no cita a las asociaciones ilícitas, tipo vigente al momento de escribir su artículo, y que comparte fundamentación jurídica con los actuales delitos de organización y grupo criminal.

³²³ Art. 557.1 CP: “Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo”.

En puridad, de las conductas tipificadas en el título XXII del Código Penal, relativo a los delitos contra el orden público, pocas suponen un “uso desviado del espacio público”, siguiendo a QUINTERO OLIVARES, o una “apropiación o usurpación temporal injusta del mismo” con efectos de desestabilización sistémica, a que se refiere PAREDES CASTAÑÓN. Si bien es cierto que muchas de estas conductas delictivas tienen lugar en la calle, decir que todas ellas afectan al orden público así configurado es exagerado, y supondría una confusión entre el bien jurídico y el ámbito espacial de comisión de los delitos. Así sucede, por ejemplo, con las conductas típicas de los delitos de atentado³²⁴, resistencia o desobediencia³²⁵ a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que suelen cometerse en la vía pública, pero que no por ello suponen un uso desviado de la misma, ni mucho menos, su apropiación temporal. A tal obviedad añade además QUINTERO OLIVARES la circunstancia de que, como se ha dejado entrever, estos delitos se pueden cometer también en lugares que, pese a ser de titularidad pública, no son propiamente espacios públicos, como por ejemplo la oficina de una Administración o un Tribunal³²⁶. Ha de ser, pues, la tutela de otro u otros bienes jurídicos la que legitime la incriminación de estas conductas³²⁷. Lo mismo se puede concluir en relación a los delitos de tenencia³²⁸ o depósito³²⁹ ilícito de armas o de terrorismo. De hecho, se podría decir que las únicas conductas insertas en el título XXII que podrían afectar al orden público así considerado son dos: la de desórdenes públicos en su tipo básico, consistente *ex art.* 544 CP en actuar en grupo o individualmente pero amparado en él, alterando la paz pública mediante la ejecución de actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, y la de alzarse “pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales” del art. 544 CP, correspondiente al delito de sedición³³⁰.

³²⁴Art. 550 CP: “Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”.

³²⁵Art. 556.1 CP: “Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada”.

³²⁶ QUINTERO OLIVARES, G., “La intervención del Derecho Penal en la tutela del espacio público”, *op. cit.*, pág. 243 y 244.

³²⁷ También así PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pág. 964, que señala que son “conductas que no afectan a las reglas para el uso del espacio público, sino a otros aspectos”.

³²⁸ Art. 563 CP: “La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años”.

³²⁹ Art. 566.1 CP: “Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente...”

³³⁰ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pp. 981 y 982, 984, añade a éstos otros delitos no insertos en el título XXII, que, en su opinión, afectarían al orden público así entendido. Se trata de los delitos de manifestaciones ilícitas y reuniones ilícitas -éstas últimas, sólo cuando tengan lugar en el espacio público -de los arts. 514.3 y 514.4 CP, que se encuentran

c. Concepción subjetiva de orden público. El orden público como sentimiento de tranquilidad o paz de la colectividad

Como en el inicio adelantamos al apuntar sucintamente las distintas nociones mantenidas a nivel doctrinal sobre el término “orden público”, existe una visión subjetiva del mismo, que vendría a definirlo, a rasgos generales, como sentimiento de paz o tranquilidad de la ciudadanía³³¹. Así, frente a las concepciones anteriores que veían en el “orden público” un estado de hecho de normalidad en la convivencia ciudadana, de tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la ciudadanía, ante la ausencia de motines o guerras, o, en su visión más restringida, una situación en que se permite el uso del espacio público como ámbito de desarrollo de la vida individual y colectiva, la que ahora nos ocupa lo concibe como un estado psicológico, un sentimiento de la colectividad de tranquilidad. En puridad, como señalan CANCIO MELIÁ³³² y JIMÉNEZ DÍAZ³³³, se trataría de las dos caras de una misma moneda, en el sentido de que ese sentimiento o estado psíquico de tranquilidad no sería sino la reacción psicológica de los ciudadanos ante esos estados fácticos señalados, ya el de normalidad ciudadana, ya el de tranquilidad y paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, ya el de libre uso de los espacios públicos, según se opte por una u otra definición objetiva del término. Pero, esta doble visión objetivo-subjetiva del objeto jurídico por parte de la doctrina no es propia exclusivamente del “orden público”, sino que se viene extendiendo doctrinalmente a otros términos muy cercanos como el de “paz pública”, o el “seguridad ciudadana”³³⁴. No obstante, ciertos autores restringen esa doble visión a alguno solo de estos términos³³⁵.

En la línea de lo que hicimos con las nociones objetivas de orden público, procedemos a analizar las distintas acepciones mantenidas doctrinalmente del término en su vertiente subjetiva, poniéndolo al fin en conexión con los delitos de organización y grupo criminal, viendo si el término así concebido puede erigirse en el bien jurídico-penal protegido por estos tipos. Advertimos antes de la confusión terminológica que rige también a este respecto, pues, como se verá, se emplean frecuentemente como

ubicados en la actualidad entre los “delitos contra la Constitución”, en un entendimiento de los mismos como delitos políticos.

³³¹ Véase en la doctrina internacional MAGGIORE, G., *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. III, De los delitos en particular*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1985, pág. 441, o RUBIO, Z. L., *El delito de asociación ilícita*, Platense, La Plata, 1981, pág. 10.

³³² CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 17.

³³³ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “*Seguridad ciudadana y Derecho penal*”, *op. cit.*, pág. 19 y 20, si bien la autora dota de esta doble significación al término “seguridad ciudadana”, y no al de “orden público”.

³³⁴ Así lo señala CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 17.

³³⁵ Véase, por ejemplo, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “*Seguridad ciudadana y Derecho penal*”, *op. cit.*, pág. 19 y 20, o FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. pp. 215-217, que aplican esta doble visión objetivo-subjetiva sólo al término “seguridad ciudadana”.

sinónimos del orden público entendido subjetivamente términos diversos, como tranquilidad pública, paz pública o paz social.

a. Definiciones de la noción subjetiva de “orden público”. El orden público como sintiendo de paz o tranquilidad de la ciudadanía.

En la doctrina italiana, artífice de estas concepciones subjetivas, MAGGIORE ha calificado el orden público como “sentimiento de tranquilidad pública”, base de la vida civil, señalando que el término así entendido sería equivalente al de paz pública³³⁶. En la misma línea, en Argentina, GÓMEZ refiere que los delitos contra el orden público en este país atacan el “derecho a la tranquilidad que todos los ciudadanos tienen” al provocar su comisión alarma en la colectividad, equiparando orden público con el término “paz social”³³⁷, y SOLER, en sentido similar, señala que para la ley penal argentina “orden público quiere simplemente decir tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil”, remarcando la concepción subjetiva de esta definición al afirmar que “no se trata de defender la seguridad social misma, sino más bien la opinión de esa seguridad, que, a su vez, en realidad, constituye un factor más de refuerzo de aquélla”³³⁸. Otros autores no hacen siquiera referencia al orden público, hablando en este sentido directamente como bien jurídico-penal de “tranquilidad pública”, término que consideran más concreto que aquél en tanto menos equívoco y más revelador del contenido de la antijuridicidad de los delitos a que se refiere³³⁹, consistente precisamente en la creación de un sentimiento común de intranquilidad entre la ciudadanía³⁴⁰. Así lo hace, por ejemplo, el italiano CARRARA, autor clave en la elaboración de estas definiciones subjetivas, que se refiere a la categoría de “delitos contra la tranquilidad pública”, describiendo a ésta última como aquel “estado real de ánimo que consiste en la ausencia de toda conmoción violenta que pueda agitarlo, especialmente por dolor, por temor o por ira”, y que se experimenta “en un número indefinido de ciudadanos”³⁴¹, de ahí lo del adjetivo “pública”. En su justificación de la incriminación de esta clase de delitos, el autor alega que la “tranquilidad es el fin de la sociedad humana, y [...] el fin del poder penal”, así como

³³⁶ MAGGIORE, G., “*Derecho Penal. Parte Especial, Vol. III, De los delitos en particular*”, *op. cit.*, pág. 441.

³³⁷ GÓMEZ, E., “*Tratado de Derecho penal. Tomo V*”, *op. cit.*, pág. 195.

³³⁸ SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 538

³³⁹ Así lo señalan, por ejemplo, en Argentina FONTÁN BALESTRA, C., “*Tratado de Derecho penal. Tomo VI. Parte Especial*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 389: “la expresión tranquilidad pública tiene la virtud de eludir la ambigüedad que por sus distintas acepciones y dispar contenido tiene la fórmula orden público, al par que señala la verdadera naturaleza del bien jurídico lesionado por estos delitos”.

³⁴⁰ Así, DONNA, E.A., *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 276, que señala en relación a la “tranquilidad pública”: “la expresión [...] quiere hacer notar la situación de sosiego espiritual del público o de las personas en general”.

³⁴¹ CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. IV*, Temis, Bogotá 1980, pág. 115.

que “la opinión de la seguridad es indispensable para el libre y completo desarrollo de las actividades humanas”³⁴².

En España, a pesar de que este sentimiento de tranquilidad o paz no se ha erigido por lo general por la doctrina en bien jurídico-penal por los reparos que, como veremos, implica toda concepción subjetiva de cualquier objeto jurídico, sí podemos encontrar en abstracto algunas referencias a tal concepto, si bien bajo diversas denominaciones. Así, QUINTERO OLIVARES se refiere en alguna ocasión a la noción de “sentimiento de paz”, pero otorgándole la denominación jurídica de “paz pública”³⁴³. También JIMÉNEZ DÍAZ³⁴⁴ y FARALDO CABANA³⁴⁵ hacen alusión a este concepto, al referirse al estado psíquico o “sensación personal de seguridad por parte del ciudadano”, pero, en este caso, las autoras lo catalogan como aspecto subjetivo del término “seguridad ciudadana”, restringiéndolo la segunda expresamente a la sensación de seguridad en relación a poder ser víctima de un delito, dejando fuera del término al sentimiento de seguridad frente a riesgos tecnológicos³⁴⁶.

Ahondando en la tipología de conductas que en abstracto afectarían al sentimiento de seguridad o tranquilidad ciudadana de cara a comprobar si los tipos de organización y grupo criminal podrían figurar entre ellas, vale la pena reseñar la tesis que mantiene al respecto el ya citado autor italiano CARRARA. Mantiene este autor que, si bien en abstracto “puede decirse que todos los delitos ofenden la tranquilidad pública” en cuanto que “todo delito disminuye más o menos, según sus distintas condiciones, la opinión de la seguridad en un número indefinido de ciudadanos”, sólo afectarían sustancialmente hablando a dicha tranquilidad aquellas conductas que por “condiciones intrínsecas del hecho mismo” produzcan una “conmoción indefinida de los ánimos y la agitación subsiguiente de las multitudes, en cuanto surja de ellas el sentimiento del propio peligro por las posibles consecuencias del hecho, sin tener en

³⁴² CARRARA, F., “Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. VI”, *op. cit.*, pág. 119.

³⁴³ QUINTERO OLIVARES, G., “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, *op. cit.*, pp. 154 y 155, donde el autor critica que se suprima por la reforma de 2015 la exigencia de actuar con ánimo de atentar contra la paz pública en el delito de desórdenes públicos: “Puede imaginarse una situación en que la abundante presencia policial garantice el orden público, pero ello es compatible con un nivel de tensión que impediría hablar de paz pública. [...] una manifestación no comunicada, o, incluso, comunicada, prohibida y celebrada pese a todo, puede provocar atascos de tránsito y cortes de calles en una ciudad. Eso será una alteración del orden público para el derecho administrativo, pero de ello no se puede derivar que se ha afectado a la paz pública, si por tal entendemos la pérdida del sentimiento de paz, y por lo tanto no sería constitutiva de delito”.

³⁴⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Seguridad ciudadana y Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 19 y 20, y JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, *op. cit.*, pág. 98.

³⁴⁵ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 215-217.

³⁴⁶ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 216 y 217.

cuenta la previsión de que pueda repetirse en el futuro”³⁴⁷. Los delitos que, según CARRARA, causarían este efecto por sus condiciones intrínsecas serían principalmente dos: los delitos de incendios y la categoría general, en la que entrarían diversos tipos, de delitos de “violencia pública”. En lo que respecta a los primeros, la argumentación de CARRARA es clara y contundente: “al anuncio de un incendio se suscitan sentimientos de alarma, no porque se prevea que otro malvado puede mañana aplicarles fuego a nuestras casas, sino porque en ese incendio se ve una causa posible de peligro para nosotros mismos o para las personas queridas, y quién sabe para cuántos otros. De ahí el tocar a rebato las campanas, el llamar gente, el correr, el suspender las ocupaciones habituales [...]; en una palabra, un estado de sufrimiento general, más o menos intenso y prolongado, según las circunstancias”³⁴⁸. En cuanto a la segunda categoría de delitos contra la tranquilidad pública, los por él denominados de “violencia pública”, el autor especifica que se trataría de “actos externos realizados con el fin de imponer, mediante intimidación, la propia voluntad a un número indeterminado de ciudadanos o a un representante de la autoridad pública, y que sean aptos para producir ese efecto” de conmoción pública³⁴⁹. Por último, CARRARA señala ciertos delitos, que pese a poder causar en determinadas circunstancias alarma social en la colectividad, quedarían “extramuros” de la categoría general de delitos contra la tranquilidad pública según su tesis. Estos delitos serían aquellos cuya perpetración provoca de manera accidental dicho efecto, como “el asesinato de una persona que gozaba del afecto de todos los ciudadanos, cometido a pleno día en una ciudad populosa” o “el hurto cometido en una iglesia”, en tanto que el efecto de alarma social no es inherente a las conductas típicas de asesinato o hurto, estando presente sólo ante la concurrencia de circunstancias excepcionales en su comisión³⁵⁰; y los que, teniendo su comisión como consecuencia normal la conmoción de la multitud, presenten fines que excedan de dichos medios, poniendo el autor a tal efecto como ejemplo conductas propias de los delitos de sedición o tumulto que pretendan usurpar la soberanía o atentar contra el gobierno constituido³⁵¹.

b. Análisis de la viabilidad del orden público en su perspectiva subjetiva como posible objeto jurídico de los delitos de organización y grupo criminal.

Una vez vistas las definiciones del orden público en su perspectiva subjetiva y su afectación, cabe ahora dar repuesta a la pregunta que nos incumbe: ¿afectan los delitos de organización y grupo criminal a este objeto jurídico, ya en su denominación de orden público, ya de tranquilidad pública, como sentimiento de paz y tranquilidad de la colectividad?, o dicho de otra manera, ¿provocan estas agrupaciones criminales una conmoción en los ánimos de la ciudadanía que legitime el castigo de sus integrantes

³⁴⁷ CARRARA, F., “Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. VI”, *op. cit.*, pág. 119. Más adelante, en la pág. 134, retoma esta idea, señalando que los ciudadanos han de espantarse ante las consecuencias del hecho mismo, y no de su futura repetición.

³⁴⁸ CARRARA, F., “Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. VI”, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

³⁴⁹ CARRARA, F., “Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. VI”, *op. cit.*, pág. 149.

³⁵⁰ CARRARA, F., “Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. VI”, *op. cit.*, pág. 120.

³⁵¹ CARRARA, F., “Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. VI”, *op. cit.*, pp. 133 -135.

activos y colaboradores? Según CARRARA la respuesta a estas preguntas es afirmativa. El autor sitúa al delito de asociación criminal -tipo homólogo a los nuestros en el Código penal italiano -entre la categoría ya vista, por él elaborada, de delitos de “violencia pública”, afirmando con contundencia que la “societas criminis” constituida para la comisión de una serie indefinida de delitos “constituye una agresión permanente contra la sociedad civil y un estado antijurídico cuyo objeto jurídico está en el derecho universal a la tranquilidad pública”³⁵². Aplicando los lineamientos de su tesis sobre delitos contra la tranquilidad pública al delito de asociación criminal, se extrae que el autor entiende que la organización criminal actúa con el fin de sobreponer, por medio del temor, su voluntad a la voluntad pública haciendo así uso de lo que él denomina “violencia pública”, siendo además tal efecto inherente a la misma, y no accidental. Quedarían, sin embargo, “extramuros” de la categoría de delitos de violencia pública según su tesis las “asociaciones constituidas con el fin de derribar el gobierno o cambiar su forma, o cometer actos hostiles contra los gobernantes”, pues en este caso el fin político sobrepasaría a los medios de “violencia pública”, siendo catalogadas por el autor como “delitos políticos”³⁵³.

También la amplia mayoría de la doctrina argentina entiende que los delitos de asociación ilícita afectarían al sentimiento de tranquilidad de la colectividad. A tal interpretación generalizada en este país ha contribuido de forma clave la ordenación sistemática de los delitos en su Código penal nacional por parte del legislador argentino. Y es que, frente a la realidad española vista en esta materia, en la que se configuran como delitos contra el orden público figuras muy heterogéneas, siendo difícil encontrar un mínimo común denominador a las mismas³⁵⁴, en el título de los delitos contra el orden público del Código penal argentino se contiene un número menor de figuras, con una clara característica común según el común de los autores: el propósito de conmocionar a la tranquilidad pública. Estos delitos son la instigación a cometer delitos, consistente en instigar públicamente a cometer un delito determinado contra una persona o institución, la asociación ilícita, que castiga el tomar parte en una asociación o banda destinada a cometer delitos, la intimidación pública, que traducen en realizar actos idóneos para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, y la apología del crimen. Atribuye así, por ejemplo, el efecto de alarma en la colectividad a este conjunto de delitos GÓMEZ, que se refiere a todos ellos como “delitos de alarma colectiva”³⁵⁵, afirmando concretamente en lo que respecta al delito que nos ocupa que “la simple formación de una sociedad con fines criminales es un

³⁵² CARRARA, F., “Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. VI”, *op. cit.*, pp. 144 y 145.

³⁵³ CARRARA, F., “Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. VI”, *op. cit.*, pág. 145.

³⁵⁴ Así lo señala un autor argentino, SOLER, S., *Derecho Penal Argentino. Tomo IV*, TEA, Buenos Aires, 1963, 2ª ed., pág. 538, cuando contrapone la regulación legal de los delitos contra el orden público de Argentina con la de España: “Para la legislación española es sumamente complejo el concepto de orden público, pues bajo ese título se comprenden la rebelión, la sedición, el atentado y la resistencia, el desacato y el desorden público”.

³⁵⁵ GÓMEZ, E., “Tratado de Derecho penal. Tomo V”, *op. cit.*, pág. pp. 194 y 227.

motivo de alarma, que debe ser anulado antes de que tales fines de realicen”³⁵⁶. En el mismo sentido se pronuncian en relación a este delito FONTÁN BALESTRA, que afirma que la figura de asociación ilícita en su configuración “responde a las necesidades de protección de la tranquilidad pública, que aparece ya afectada por la existencia de este tipo de agrupaciones”³⁵⁷, CORNEJO, que mantiene que la asociación lesiona la paz social³⁵⁸, y RUBIO, que manifiesta que “las asociaciones delictivas, por la conmoción social que causa su existencia, significan un peligro común de por sí dañoso y suficiente para que el Estado haga valer su potestad punitiva, declarando penalmente ilícitas las agrupaciones que por su finalidad sean un factor de intranquilidad colectiva”³⁵⁹. También SOLER concreta en bien jurídico protegido del delito de asociación ilícita la “tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil”³⁶⁰, pero va más allá en su explicación del injusto, señalando que esa opinión de seguridad que se vería afectada por la existencia de la asociación ilícita constituye, en puridad, un bien jurídico secundario o mediato, algo así como una “segunda coraza defensiva y exterior para ciertos bienes jurídicos”, siguiendo la tesis de BINDING sobre los tipos penales complementarios. En sus palabras, no se trataría de “defender la seguridad social misma, sino más bien la opinión de esa seguridad, que [...] constituye un factor más de refuerzo de aquélla”. Con ello, el autor revela que no concibe a ese sentimiento de tranquilidad o seguridad como un bien jurídico autónomo, sino mediato, en tanto referido a la protección de otro bien jurídico, que el autor parece identificar como la seguridad de los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la asociación ilícita. Así se infiere cuando afirma que con los delitos contra el orden público, entendido como sentimiento colectivo de tranquilidad, no se pretende “la protección directa de bienes jurídicos primarios, como la seguridad, sino de formas de protección mediatas de aquéllos, pues una de las condiciones favorables para la comisión de graves daños es el desorden y la perturbación social.

³⁵⁶ GÓMEZ, E., “*Tratado de Derecho penal. Tomo V*”, *op. cit.*, pág. 227. En sentido similar, afirma antes (pág. 195) que “cuando se constituyen asociaciones para delinquir [...] la alarma cunde en la colectividad y desaparece la paz social”. En sentido parecido se pronuncia DONNA, E.A., “*Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C*”, *op. cit.*, pág. 298, si bien este autor parece sostener que el delito afectaría al orden público simultáneamente en sus perspectivas objetiva (y en su sentido amplio) y subjetiva. Véanse sus siguientes palabras: “la asociación ilícita afecta a la tranquilidad y paz social, no sólo porque la sociedad sabe de su existencia, lo que produce inquietud social, sino, además, por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido”.

³⁵⁷ FONTÁN BALESTRA, C., “*Tratado de Derecho penal. Tomo VI. Parte Especial*”, *op. cit.*, pp. 404 y 405.

³⁵⁸ CORNEJO, A., *Asociación ilícita*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 36: “dicha lesión a la paz social - en el caso de la asociación ilícita -se produce por la reunión de tres o más personas para cometer delitos”. En su apoyo el autor cita también jurisprudencia argentina que se pronuncia en este sentido, como la CCC Fed. Sala I del 29/10/85 Boletín Jurisprudencia, año 1985-3, pág. 410, que afirma que “el delito de asociación ilícita [...] vulnera los sentimientos de seguridad y tranquilidad indispensables para el libre y completo desarrollo de las actividades humanas”.

³⁵⁹ RUBIO, Z. L., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 7. Nótese que en las palabras de esta última autora parece apreciarse una matización en relación a esta serie de afirmaciones generalizadas, cuando hace depender el efecto de intranquilidad colectiva de la finalidad concreta delictiva de la asociación.

³⁶⁰ SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pp. 538 y 539.

Tienen, pues, estas figuras un aspecto de prevención de daños mayores”³⁶¹. Con ello, pareciera que el autor realmente defiende el castigo de las asociaciones ilícitas para prevenir en última instancia la comisión de futuros delitos, más que por la alarma social que éstas pudieran provocar.

GUZMÁN DÁLBORA, también de la opinión de que la asociación criminal afecta al orden público entendido en sentido subjetivo como “derecho universal a la tranquilidad pública”, critica expresamente a SOLER por concebir a este objeto jurídico como mediato, defendiendo, al contrario que éste, su autonomía. La tesis de SOLER supondría, según GUZMÁN DÁLBORA, concebir al delito de asociación criminal como uno pluriofensivo, cuyos objetos jurídicos de protección serían en primera instancia la tranquilidad pública, y en segunda, los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la agrupación, chocando así con la realidad de la configuración legal del delito, cuya conducta típica - ya en la legislación argentina, ya en el resto de legislaciones, como la española -no requiere en ningún momento para su consumación de la afectación a estos últimos bienes jurídicos³⁶². Para GUZMÁN DÁLBORA la asociación criminal constituye “un estado antijurídico” que afectaría al “sentimiento general de sosiego”, como bien jurídico autónomo que posibilita el ejercicio de los derechos individuales³⁶³. Pero, a la hora de describir la antijuridicidad del tipo penal, el autor concreta algo más, especificando que la “sensación de zozobra” provocada por la asociación se referiría concretamente a la “antelada representación [...] de males constitutivos de delito”, quedando fuera, por tanto, el sentimiento de miedo a sufrir otro tipo de males distintos, como “ilícitos atípicos u otros actos de inmoralidad visible”³⁶⁴. Con ello, podría concluirse que el objeto jurídico autónomo defendido por el tipo de asociación sería según el autor el sentimiento general de sosiego referido a la tranquilidad ante la falta de representación de la comisión de delitos.

Con la excepción de GUZMÁN DÁLBORA, lo cierto es que en España no encontramos apenas a autores que defiendan un concepto subjetivo de orden público. La heterogénea naturaleza de los delitos contenidos en el título XXII del Código Penal español puede haber contribuido a ello, mas, en cualquier caso, como veremos, el factor determinante para la falta de seguimiento de esta postura parece residir en la misma naturaleza subjetiva del orden público como objeto jurídico digno de protección penal de esta concepción, que suscita importantes reticencias entre nuestra doctrina. Así

³⁶¹ SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 539.

³⁶² GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

³⁶³ GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 173.

³⁶⁴ GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 173 y 174: “Concierne al último –se refiere con “último” al orden público –[...] la sensación de zozobra provocada por la antelada representación, no de cualquier mal que pudiese afectar indistintamente a éste u otro sujeto, sino de males constitutivos de delito, con lo que se perfila un núcleo de ilicitudes harto más circunscrito que la alusión a unas vagas e imprecisables “reglas fundamentales de la convivencia””.

resulta que no sólo no se ha mantenido esta tesis en nuestra doctrina, sino que además la misma ha sido objeto de duras críticas, que aquí compartimos, además de añadir algunas propias.

Obviando por el momento los problemas que entraña en abstracto la concepción subjetiva del orden público, la crítica principal que se ha realizado a quienes erigen el sentimiento de tranquilidad de la colectividad en bien jurídico protegido por los delitos de organización³⁶⁵ ha sido la de que dicho entendimiento obvia la circunstancia empírica de que muchas agrupaciones criminales son secretas, no trascendiendo su actividad criminal a la colectividad. El autor que originariamente puso de relieve estas deficiencias de las tesis subjetivas del orden público en el ámbito de los delitos de organización fue el alemán RUDOLPHI, principal exponente de la tesis del adelantamiento. Mantenía este autor que una defensa consecuente de la tesis subjetiva del orden público habría de llevar a afirmar que las asociaciones criminales que no lleguen a conocerse públicamente, al no poder provocar alarma social, han de quedar extramuros del §129 StGB -así como de los tipos penales homólogos previstos en el resto de países -³⁶⁶, lo que, sin embargo, ninguno de sus partidarios sostiene. En España GARCÍA-PABLOS MOLINA³⁶⁷ se hacía eco en su momento de esta crítica, señalando, además, que la letra de los arts. 515.1.1º y ss. CP -y habría que añadir, de los arts. 570 bis y 570 ter CP -no exige ni que la existencia de la asociación haya producido alarma social ni que haya trascendido públicamente, posibilitando, por tanto, la subsunción en el tipo de supuestos de asociaciones clandestinas, lo que vendría, en su opinión, a revelar el nulo papel de los estados de ánimo de la colectividad de cara a la aplicación del delito.

A estas críticas podemos además añadir una propia, relacionada con ellas, atinente al momento en que se vería afectado ese derecho a la tranquilidad pública por los tipos de organización. Como hemos visto, los autores partidarios de erigir este derecho en objeto jurídico protegido de estos delitos afirman por la general que la mera existencia de una asociación dedicada a delinquir afectaría al sosiego de los ciudadanos. No obstante, si la antijuridicidad material radica en la causación de alarma social con la

³⁶⁵ Entiéndase comprendidos en la expresión “delitos de organización” a los delitos de organización y grupo criminal y los delitos de asociación ilícita, y sus homólogos a nivel de derecho comparado.

³⁶⁶ RUDOLPHI, H.-J., “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 12. Jahrg., H. 9, 1979, pág. 216. Expresa su acuerdo con RUDOLPHI en este sentido, ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 39: “si se pone el acento exclusivamente en el carácter “público” de la afectación, la objeción de Rudolphi [...] se vuelve difícil de refutar. Pues si la existencia de la asociación no llega a conocimiento de la generalidad, y, por tanto, si ésta no podría llegar a sentirse amenazada, ¿qué es lo que explicaría la necesidad de intervención penal? En verdad, si se quisiera sostener en forma consecuente esta posición en el derecho argentino, la respuesta debería ser que, en efecto, en estos casos no hay razón alguna para reprimir, ante la “ausencia de publicidad””.

³⁶⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 139, donde concluye que “si la asociación tiene por objeto “cometer algún delito”, será ilícita, con independencia de que fuese o no conocida, de que pudiese haber despertado alarma. Los estados de ánimo de la colectividad son, a estos efectos, irrelevantes”.

consiguiente afectación de los sentimientos colectivos de tranquilidad, en puridad no podríamos hablar de delito de organización -o al menos de delito consumado – hasta el momento en que la existencia de la agrupación delictiva trascienda a la colectividad, ya por la perpetración de delitos, ya por otros medios cualesquiera. No obstante lo claro y obvio de las críticas, lo cierto es que habría aún una forma -aunque, ciertamente, forzada - de intentar salir al paso de las mismas por parte de los partidarios de la aplicación de la concepción subjetiva de orden público al ámbito de los delitos de organización. Ella consistiría en alegar que estos delitos constituyen tipos de peligro abstracto, respondiendo el castigo a la mera peligrosidad general de la conducta para el sentimiento de seguridad de la colectividad, no teniendo que cumplirse en el caso concreto con tal regla general. De forma que, así como los delitos de conducción bajo los efectos del alcohol se castigan por la peligrosidad general que tal conducta supone para la seguridad colectiva, sin exigirse un resultado lesivo concreto, en los delitos de organización se castigaría a sus partícipes desde el mismo momento de la existencia de la agrupación criminal en la que participan, por el potencial peligro que toda organización implica para los sentimientos de tranquilidad y paz de la ciudadanía caso de llegar algún día a conocerse su existencia. A este razonamiento es al que recurre precisamente GUZMÁN DÁLBORA contra las críticas de RUDOLPHI, cuando contesta a las mismas con las siguientes palabras: “siendo el acto típico de la asociación criminal uno que por lo habitual genera conmoción y alarma en la comunidad, y aun considerando que ello, por efecto de circunstancias específicas de la asociación –por ejemplo, la modesta entidad de las infracciones que componían su itinerario delictivo, o el haber sido conocida sólo una vez capturados sus integrantes -, quede en algún caso sin asidero y resulte falso, el legislador ha creado un delito de riesgo en que se presume, sin que quepa argüir lo contrario, una perturbación del orden público como resultado de las acciones incriminadas”³⁶⁸. El autor da, sin embargo, una naturaleza jurídica singular al delito de asociación, afirmando que se trataría en puridad de un “delito de lesión abstracta” pues -mantiene - el legislador presumiría directamente la lesión del orden público así entendido³⁶⁹.

La configuración de un delito como de peligro abstracto -o más aún de “lesión abstracta” como mantiene el autor -, que siempre es problemática desde la perspectiva

³⁶⁸ GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 176.

³⁶⁹ GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 176: “el delito [...] no es exactamente uno de peligro abstracto, porque el juicio que el legislador anticipa –y lo que infiere a partir de la constitución de la asociación criminal – en orden al resultado típico, antes alude a una ‘merma’ del objeto de la tutela, que a unas ‘características peligrosas’ de la acción para el último”. Parecieran de la misma opinión RUBIO, Z. L., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 5 (“La característica fundamental de este delito es que lesiona la paz social o tranquilidad pública”) y CORNEJO, A., “*Asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 36 (“lesión a la paz social [...] se produce por la reunión de tres o más personas para cometer delitos”), al afirmar ambos que la asociación ilícita es un delito de lesión para con la tranquilidad pública.

del respeto al principio de ofensividad³⁷⁰, lo es, desde luego, mucho más cuando el peligro general va referido a la posibilidad de lesión de un bien jurídico colectivo, como en este caso el sentimiento de tranquilidad ciudadana, tan polémico, además, como veremos, en su contenido. Compárese con uno de los delitos abstractos más típicos, como el de conducción bajo los efectos del alcohol ya mencionado, en que la peligrosidad general se refiere a la posibilidad de lesión de bienes jurídicos individuales, como la vida o la integridad física. La solución propuesta por GUZMÁN DÁLBORA es, pues, dogmático y político-criminalmente hablando problemática³⁷¹. A ello se añade la circunstancia de que esa presunción de peligrosidad, que supuestamente ha de basarse en datos criminológicos y probabilísticos, choca con la realidad existente. Y es que, muchas agrupaciones criminales, aun de descubrirse su existencia al público, no tienen potencialidad para causar conmoción pública. Nos referimos principalmente a grupos criminales dedicados a actividades de tipo socioeconómico, como el blanqueo de capitales o la estafa. En puridad, las agrupaciones delictivas a las que se puede atribuir en abstracto este efecto serían las violentas -piénsese, por ejemplo, en bandas latinas como los Ñeta o los Trinitarios - y las dedicadas a la pequeña, pero insidiosa, delincuencia (hurtos o robos en el metro o comercios)³⁷². Una restricción consecuente del ámbito de aplicación de los tipos de organización a estas agrupaciones, dejando “extramuros” del tipo a agrupaciones criminales sin capacidad de generar tal efecto, tendría, sin embargo, un efecto político-criminal indeseado al focalizarse el castigo en la violenta delincuencia organizada. La delincuencia de cuello blanco ganaría la partida, logrando la impunidad en lo que respecta al hecho típico de constituir o participar en una estructura organizada.

Dejando estas objeciones de lado, habría según muchos autores una razón de fondo con sustantividad propia para desconsiderar el sentimiento de tranquilidad y sosiego como posible objeto jurídico de los tipos de organización, y de cualquier otro delito, cual es la ilegitimidad en abstracto de este concepto como bien jurídico-penal. Esta crítica se extendería a cualquier concepción subjetiva de un bien jurídico, ya sea la del orden público, ya la de la seguridad ciudadana. Según PAREDES

³⁷⁰ Admite esta misma problemática del delito así configurado el propio GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 176 y 177, que, a pesar de entender que dicha interpretación es la más acorde al texto de la ley, propone de *lege ferenda* algunas reformas para salvar los óbices que la misma presenta, tales como “incorporar al tipo la exigencia de que las penalidades se individualicen por el juez según el grado de alarma o alteración del orden público efectivamente producidas”, convirtiendo así al delito en uno de lesión, o exigir al menos un peligro directo para el orden público, habilitándose la modulación de las penas en atención al grado de intensidad de dicho peligro.

³⁷¹ De esta opinión crítica es ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 63.

³⁷² Atribuye la generación de sentimientos de intranquilidad entre la ciudadanía a ciertos grupos dedicados a la delincuencia a pequeña escala la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 3 y 4. Véase que justifica la introducción en el Código Penal de la figura del grupo criminal en los siguientes términos: “es un hecho que la protección de la seguridad ciudadana, entendida como seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, comprende también la protección frente a la existencia de grupos criminales dedicados a la delincuencia a pequeña escala que afectan al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando *intranquilidad y desasosiego*”.

CASTAÑÓN, esta ilegitimidad tendría su causa en la circunstancia de que “el sentimiento de seguridad no constituye en sí mismo un objeto idóneo de protección jurídica a través de prohibiciones (menos aún, prohibiciones penales)”. Señala el autor que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que rige en el orden penal, impediría, en una “interpretación moralmente aceptable del mismo”, considerar a los sentimientos como objetos idóneos de tutela en el orden penal³⁷³. Así, la existencia de alarma o conmoción social constituirá en todo caso “una manifestación psicosocial” del conflicto verdadero: uno que atañe a la afectación de un bien jurídico legítimo, definido desde una perspectiva objetiva³⁷⁴.

Complementariamente a esta cuestión controvertida de si los sentimientos pueden entenderse dignos de tutela penal de acuerdo con el citado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, concurren importantes problemas que harían devenir este concepto en ineficaz de cara a cumplir con las funciones sistemática, interpretativa, y sobre todo, crítica del bien jurídico-penal. El primero de todos ellos radicaría en la determinación del momento concreto de afectación del bien jurídico así entendido, como sentimiento colectivo de paz de la colectividad. Y es que demostrar empíricamente la concurrencia propiamente dicha de una alarma social en la colectividad resulta una labor complicada. ¿Cuándo podemos afirmar que se ha iniciado el sentimiento de intranquilidad entre la ciudadanía?, ¿cómo detectar tal sentimiento, en tanto subjetivo, y perteneciente a la *psique* humana?³⁷⁵ A tal fin podríamos hacer uso de encuestas de victimización³⁷⁶ para conocer “el sentir” de sujetos representativos de

³⁷³ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pág. 926. De ahí su afirmación de que delitos como el de alarmismo del art. 561 CP (“Quien afirme falsamente o simule una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro, y con ello provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a un año o multa de tres a dieciocho meses”) “no pueden resultar justificados político-criminalmente en ningún caso [...] como <<delito contra el orden público>>, sino únicamente si es posible argumentar convincentemente su conexión de lesividad con otros auténticos bienes jurídicos [...], lo que puede suceder [...] cuando la emisión de una falsa alarma pueda poner en peligro otros bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.) o supraindividuales (el correcto funcionamiento de instituciones o de servicios públicos especialmente valiosos)”.

³⁷⁴ Así lo manifiesta, por ejemplo, en relación a los delitos de desórdenes públicos, que afectarían según el autor, como vimos, al orden público en su perspectiva objetiva de derecho legítimo a utilizar los espacios públicos. PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pp. 964 y 965, cuando niega toda conexión con el bien jurídico orden público de “aquellas conductas que (no teniendo relación alguna con el uso de los espacios públicos) puedan afectar al sentimiento de seguridad de (ciertos sectores de) la ciudadanía”, arguyendo que “la existencia o inexistencia de miedo o intranquilidad” -que pueden existir (en una alteración material de las posibilidades legítimas de uso del espacio públicos por terceros) -“serán tan sólo una manifestación psicosocial del conflicto real, uno en torno al uso del espacio público, que será el verdaderamente relevante”.

³⁷⁵ Parece referirse a ello CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pp. 25 y 26, al afirmar que el uso de nociones de cariz subjetivo como la presente implica entrar “en un campo extremadamente inseguro desde el punto de vista empírico y, desde luego, completamente minado político-criminalmente”.

³⁷⁶ Subraya ACOSTA GALLO, P., “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, *op. cit.*, pág. 4, que “si bien en anteriores décadas los estudiosos analizaban la criminalidad en términos estadísticos exclusivamente numéricos y objetivos, cada vez son más los

diversos sectores sociales, pero, entonces surgiría de inmediato la siguiente cuestión problemática: ¿qué cuota o nivel de intranquilidad se requiere para poder afirmar que ha habido una afectación del bien jurídico subjetivamente concebido?, o, si se prefiere, ¿cuál es el porcentaje de encuestas que han de revelarse como afirmativas de la existencia de dicha intranquilidad?, ¿basta un 51% o es necesario a este fin una mayoría cualificada? Ello obviando además la controversia en torno a la validez de los datos así obtenidos habida cuenta del carácter fácilmente manipulable de las encuestas, que incorporan con frecuencia preguntas sugestivas, y de la posible existencia de respuestas falsas o no verídicas por parte de los sometidos a la encuesta, que con frecuencia no responden con total veracidad a las mismas.

El segundo, y fundamental, problema que supone la consideración de los sentimientos como objetos jurídicos tutelados penalmente radica en la circunstancia de que en la afectación de los mismos, a través de la creación de alarma social, contribuyen factores múltiples y diversos a la propia comisión del hecho típico al que se conecta dicha afectación. Poniendo un ejemplo en relación al caso que nos ocupa, habría que decir que la existencia de una organización o grupo criminal podría causar sosiego y miedo entre los ciudadanos, pero, sin duda, de esa alarma social serían partícipes también, y seguramente, en mayor medida, otra serie de factores diversos, como, y principalmente, la transmisión que hayan hecho de la conducta los medios de comunicación, en ciertos casos magnificando la gravedad real de la situación, y cargando su discurso con tintes sensacionalistas. De ahí el que autores como ZIFFER³⁷⁷ y FARALDO CABANA³⁷⁸ muestren su rechazo total a toda concepción subjetiva de bienes jurídicos, argumentando que la conmoción que un hecho pueda producir entre la colectividad depende en esencia de factores aleatorios, diversos a la propia comisión del hecho típico, siendo, por tanto, el bien jurídico considerado subjetivamente un elemento de valoración inadecuado de cara a legitimar la criminalización de conductas. Entre los concretos factores aleatorios que contribuirían de esa alarma social FARALDO CABANA señala dos fundamentales: el que ya habíamos citado en nuestro ejemplo, la actitud de los medios de comunicación, que, como SILVA SÁNCHEZ señala, “transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una

análisis que se hacen de la percepción de la seguridad por parte de los ciudadanos. Las denominadas “encuestas de victimización” se han ido extendiendo por los Ayuntamientos y Comunidades Autónomas, que las utilizan para analizar la vertiente subjetiva del fenómeno de la seguridad como demanda ciudadana”.

³⁷⁷ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 36: “No parece correcta [...] una perspectiva subjetivizante del fin de protección de la norma. La idea de alarma social para explicar el fundamento de la punición de la asociación ilícita puede resultar gráfica en algunos casos, pero es inexacta. La represión de las asociaciones ilícitas es independiente de las sensaciones sociales. La “conmoción pública” que un hecho produce en la sociedad depende de factores puramente aleatorios, y nada dice aún de la tipicidad de una conducta concreta, y mucho menos, de la legitimidad de su sanción”. También en un sentido similar, CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 26: “las normas jurídicas –y su concreta reconstrucción jurídico-dogmática – no reaccionan frente a los humores del público”.

³⁷⁸ FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 221.

presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje”³⁷⁹, magnificándose como resultado de las amenazas reales, de forma que, al final, la inseguridad subjetiva resulta ser muy superior a la objetiva o real³⁸⁰; y, en ocasiones, el propio discurso político, en el que se experimenta, según la autora, un “uso y abuso de las apelaciones a la seguridad ciudadana”, sobre todo con ocasión de la celebración de campañas electorales³⁸¹.

En fin, podemos concluir que, al no poderse detectar ni el momento efectivo de la afectación del bien jurídico ni, sobre todo, la conexión real inmediata entre esa afectación y la conducta típica a la que en principio se atribuye, al ser otros, y más importantes, los factores que intervienen en la alarma social, el concepto subjetivo de bien jurídico ha de ser desconsiderado como bien jurídico-penal, ya en relación a los delitos de organización que nos ocupan, ya en relación a cualesquiera otros tipos penales, al revelarse ineficaz para cumplir con los cometidos propios de este instituto jurídico. La habilitación de su empleo supone, además, y por las razones anteriores, otorgar al poder político un peligroso instrumento, que, incapaz de limitar el *ius puniendi*, sirve precisamente como envoltorio hueco con el que criminalizar cualesquiera conductas³⁸², consiguiéndose, además, con ello importantes réditos electorales. Y es que, si se piensa, criminalizar nuevas conductas con base en las demandas en materia de seguridad reclamadas por asociaciones de víctimas o grupos de presión supone un mecanismo idílico para ganarse el gobierno de turno importantes apoyos de cara a las

³⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 27.

³⁸⁰ Así, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 219: “esa percepción subjetiva de peligro asociado al delito es claramente superior a la existencia objetiva de riesgo de victimización”. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Lección inaugural del curso 2005/06, Castellón de la Plana, 23 de septiembre de 2005, pág. 10, que subraya, en base a los datos contenidos en el trabajo “Evolución de la delincuencia en España y Andalucía”, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga, 2004, que la preocupación y el miedo por el delito presentan cuotas mayores que la que refleja la realidad delictiva. Resaltan también esta contrariedad CORCOY BIDASOLO, M., “La perspectiva jurídico-penal”, en MIR PUIG, S., y QUERALT, J.J. (Dir.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Bdef, 2010, pág. 28: “En los países de nuestro entorno socioeconómico la seguridad en todos los sentidos es la más alta de la historia y, sin embargo, si hablamos con el ciudadano medio y, por supuesto, si leemos, escuchamos y vemos las noticias, estamos en una situación de inseguridad insostenible”, y ACOSTA GALLO, P., “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, *op. cit.*, pág. 5, que se refiere a este respecto al “divorcio entre el estado real de la seguridad y la percepción social”.

³⁸¹ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 217. Podríamos añadir a los que cita la autora otra circunstancia que contribuye de esa alarma social en la sociedad. Se trata de la publicidad, principalmente por parte de empresas de seguridad, que en ocasiones explotan el discurso del miedo y de la inseguridad para promocionar sus alarmas de hogar. Así lo ha denunciado recientemente Rubén Sánchez, el portavoz de FACUA-Consumidores en Acción, tachando de “impresentable” y moralmente inaceptable el que tales empresas se sirvan del miedo con fines comerciales. Véase <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=12130>, Facua.org, 06/11/17 (fecha de consulta: 01/08/18).

³⁸² Así, CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pp. 25 y 26, que concluye afirmando que “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”.

próximas elecciones³⁸³. Compartimos así la conclusión de la autora alemana LANGER-STEIN³⁸⁴, en cuanto a que la protección del sentimiento de seguridad de los ciudadanos puede ser, a lo sumo, un motivo político-criminal adicional para apoyar una concreta incriminación, pero nunca el motor que la impulse, en tanto incapaz de erigirse en bien jurídico limitador del ejercicio del *ius puniendi*. Nótese que, incluso en el discurso de algunos de los autores vistos *supra* que defienden la categoría de “delitos contra la tranquilidad pública” parece admitirse que el sentimiento de tranquilidad no podría constituir un bien jurídico, reduciéndose éste a un mero elemento que serviría para clasificar ciertos delitos por su característica común de afectar al sosiego ciudadano, pero sin poder autónomo para legitimar la incriminación de conductas. Tal parece ser el caso, por ejemplo, de GÓMEZ, que, en un momento dado de su discurso, afirma que: “Los delitos contra el orden público suscitan alarma en la colectividad. Es la indefectible presencia de este efecto la que el legislador tiene en cuenta para agruparlos en una clase especial. Son delitos que no recaen sobre ningún bien jurídico determinado. [...] Los delitos contra el orden público, pues, no son susceptibles de clasificarse en vista del bien o interés lesionado o atacado, sino en razón del hecho que producen”³⁸⁵.

4.2.2. La seguridad ciudadana como bien jurídico protegido.

El fracaso que entraña según algunos autores todo intento de legitimar la incriminación de los delitos de organización y grupo criminal a través de las diversas concepciones de orden público ha llevado a cierto sector doctrinal a buscar, a tal fin, bienes jurídicos alternativos al seleccionado por el legislador en la ley. Surge así por parte de algunos autores la propuesta de erigir la seguridad ciudadana en bien jurídico colectivo protegido por estos tipos penales.

En lo que sigue, procederemos a analizar primeramente en abstracto el término seguridad ciudadana, ayudándonos de los usos que del mismo se hacen en la ley, y de la doctrina y jurisprudencia existentes al respecto, para, una vez aclarado el concepto, ponerlo en relación con los delitos que nos ocupan, analizando el acierto o no de las tesis que justifican su incriminación en la tutela de este bien jurídico. Insta aclarar que restringiremos nuestro análisis a la concepción objetiva de seguridad ciudadana, obviando su perspectiva subjetiva como sentimiento o sensación personal de seguridad³⁸⁶, pues, al hilo de la concepción subjetiva de orden público, ya

³⁸³ Así lo señala ACOSTA GALLO, P., “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, *op. cit.*, pág. 4, señala que atender a las demandas sociales en materia de seguridad puede tener “un coste electoral nada desdeñable”.

³⁸⁴ LANGER-STEIN, R., “*Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§129, 129a StGB)*”, *op. cit.*, pág. 241.

³⁸⁵ GÓMEZ, E., “*Tratado de Derecho penal. Tomo V*”, *op. cit.*, pág. 195. Y, concretamente, en lo que respecta a las asociaciones ilícitas, señala en la misma línea: “cuando se constituyen asociaciones para delinquir [...], aun sin que se concrete una lesión a determinado bien jurídico, la alarma cunde en la colectividad y desaparece la paz social”.

³⁸⁶ Señalan las dos perspectivas o concepciones de la seguridad ciudadana JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “*Seguridad ciudadana y Derecho penal*”, *op. cit.*, pág. 20, y FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones*

desconsideramos los sentimientos, cualesquiera que éstos sean, como objetos dignos de recibir tutela penal.

Adviértase previamente a este análisis que existen voces críticas en torno al empleo del concepto de “seguridad ciudadana”³⁸⁷, objetando que en la práctica el mismo está haciendo las veces de artificio del Estado con el que hacer frente a las reticencias y críticas que suscita en general el término “orden público”. Así, tiñéndolo de una apariencia democrática y constitucional, en tanto referido el término a los “ciudadanos”, el poder político podría continuar sirviéndose de un instrumento con el que justificar incriminaciones realizadas para la mera preservación del estatus quo, acallando manifestaciones de protesta social. PORTILLO CONTRERAS manifiesta, en esta línea, por ejemplo, con motivo del análisis a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana que “denominan “seguridad ciudadana” a lo que no es más que el retorno de la “seguridad del Estado”³⁸⁸”. Pareciera dar sustento a esta idea alguna sentencia como la STC 325/1994, de 12 de diciembre, que señala que el término “seguridad ciudadana” vendría a sustituir al de “orden público” como “situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos”³⁸⁹. Veremos en este apartado si efectivamente la “seguridad ciudadana” viene a ser un sustituto formal de “orden público”, o si, puede atribuírsele un significado autónomo y distinto al de éste, en sus diversas acepciones.

a. Aprehendiendo el concepto de “seguridad ciudadana” como objeto jurídico-penal

Al enfrentarnos al concepto de seguridad ciudadana, nos encontramos ya, desde el inicio, como sucediera con el orden público, con dificultades motivadas por lo abstracto del término, y su empleo equívoco por parte de doctrina y jurisprudencia, a lo que se suma, además, la ausencia total de referencias al término en el Código penal, que únicamente recoge como fórmula más cercana la “seguridad colectiva”, en la rúbrica del título XVII. Donde sí encontramos el término en su exactitud es en el art. 104.1 de la

ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 215 y ss. En lo que hace a la definición concreta de la concepción subjetiva de la seguridad ciudadana, la primera se refiere a “sensación personal de seguridad por parte del ciudadano”, y la segunda, en la misma línea, a “sentimiento subjetivo” de seguridad, restringiéndolo a la seguridad referida al no visualizarse como víctima potencial de delitos.

³⁸⁷ Así, PORTILLA CONTRERAS, G., “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho penal y administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil”, en CUERDA ARNAU, M.L., y GARCÍA AMADO, J.A., *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 66, que tacha a la “seguridad ciudadana” de bien jurídico “abstracto e inabarcable”.

³⁸⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho penal y administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil”, *op. cit.*, pp. 66 y 67: “se disfraza el concepto de orden público (tranquilidad pública) bajo los términos seguridad y tranquilidad ciudadana protegido a través de figuras de peligro abstracto. [...] el ejercicio de las libertades se concibe como una alteración de la normal actividad del Estado”.

³⁸⁹ STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ Segundo.

Constitución, que señala como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, junto a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, la de “garantizar la seguridad ciudadana”³⁹⁰, de lo que, de entrada, se infiere que ésta última consiste en algo diferente al libre ejercicio de los derechos y libertades. No obstante, la inferencia tampoco es de mucha ayuda dada la abstracción de la fórmula “libre ejercicio de los derechos y libertades”. Aun así, interpretándose esta fórmula como una referencia amplia al orden público en su concepción de normalidad ciudadana que supone el libre ejercicio de derechos y libertades, se extraería del precepto la circunstancia de que orden público y seguridad ciudadana constituyen nociones de distinto significado, pese a su conexión en tanto ambas misiones de las FCSE. No obstante, la legislación que más puede ser de ayuda de cara a construir una definición de “seguridad ciudadana” por los reiterados usos que hace del término, dándole éste nombre a la misma ley, sería, en puridad, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de orden administrativo. Aun así, lo cierto es que, a pesar de que el legislador se jacta en el preámbulo de esta ley de huir de “definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos”, los conceptos que luego aporta en el texto del articulado sobre el término “seguridad ciudadana” no son precisamente concretos. Así, en el art. 1 se define ésta como “requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas”³⁹¹, especificándose que su tutela, como bien jurídico colectivo, corresponde al Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes. La clave para aprehender el concepto parece encontrarse en el art. 2, en el que el legislador refiere de qué modo las actuaciones previstas en la ley van a tutelar la seguridad ciudadana, especificando que dicha tutela se articula a través de “la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”; idea que repite en el preámbulo al afirmar que la ley tiene por objeto “la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”. Tal declaración de principios parece reafirmarse cuando se atiende a las conductas que el legislador declara en el preámbulo como gravemente atentatorias contra la seguridad ciudadana, que son: las reuniones o manifestaciones prohibidas en lugares con la condición de infraestructura e instalaciones en las que se presten servicios básicos, y los actos de intrusión en éstas, cuando se ocasione un riesgo para las personas, la proyección de haces de luz sobre conductores o pilotos con riesgo de provocar un accidente, y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas prohibidas por motivos de seguridad, esto es, conductas todas ellas peligrosas. También en el preámbulo el legislador realiza indirectamente una distinción entre seguridad ciudadana y orden público, al aclarar que, junto a las anteriormente referidas infracciones contra la seguridad ciudadana, se recogen en la ley otras conductas atentatorias de otros bienes jurídicos que, de lo contrario, quedarían en la impunidad, como -señala - “ciertas

³⁹⁰ Art. 104.1 CE: “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

³⁹¹ En el mismo sentido el apartado I del preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana: “la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía”.

alteraciones del orden público”³⁹², que habrán de ser las que “perturban la convivencia ciudadana o el pacífico disfrute de las vías y espacios públicos” que posteriormente relaciona.

Puede, en consecuencia, extraerse de la ley una noción autónoma de seguridad ciudadana, independiente y diversa, si bien relacionada con la de orden público: la de estado de protección frente a riesgos para personas o bienes, que, como se afirma en el art.1 LOPSC, supondría un requisito para el pleno ejercicio de derechos fundamentales y libertades en tanto sin un estado mínimo de seguridad frente a riesgos no sería posible la libertad. Esta definición casa además con el significado de “seguridad” según el DLE como “ausencia de riesgos”, y el adjetivo “colectiva” que acompaña al término, que denota que esa situación está presente en una colectividad de personas. A esta conclusión parecen también llegar la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, aunque con ciertas matizaciones. Y es que, existe una tendencia generalizada a calificar la “seguridad ciudadana” como actividad, y no como estado, lo que no se correspondería con la naturaleza del bien jurídico como interés o valor fundamental para la convivencia y la autorrealización del hombre en la sociedad. Así, IZU BELLOSO califica a la seguridad ciudadana de “actividad de los poderes públicos y de los particulares, en función de colaboración con los primeros, dirigida a la protección de personas y bienes frente a posibles agresiones violentas producidas tanto por actos humanos como por fuerzas naturales o hechos accidentales”³⁹³, y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, la define, en sentido similar, como “protección de personas y bienes [...] frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro (normalmente constitutivas de delito o falta) o calamidades públicas”³⁹⁴. También en el orden penal está presente esta tendencia, si atendemos a definiciones de “seguridad ciudadana” como las de PORTILLA CONTRERAS, de “protección de personas y bienes frente a las acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas”³⁹⁵, o PALLARÉS MORENO, de “actividad dirigida a la protección de personas y bienes”³⁹⁶. Frente a esta práctica generalizada, se encuentran autores que definen la “seguridad ciudadana” como estado o situación. En esta línea se encontrarían FARALDO CABANA que la describe

³⁹² Se ha considerado oportuno sancionar comportamientos atentatorios a la libertad sexual de las personas, especialmente de los menores, o que perturban la convivencia ciudadana o el pacífico disfrute de las vías y espacios públicos, todos ellos bienes jurídicos cuya protección forma parte de los fines de esta Ley por su colindancia con la seguridad ciudadana.

³⁹³ IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pág. 20.

³⁹⁴ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *op. cit.*, apartado III. El autor señala que tal actividad de protección en que se concreta la seguridad ciudadana es misión de las FCSE.

³⁹⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., “Infracción grave de desórdenes públicos”, *op. cit.*, pág. 428. Se hace eco de la definición de este autor GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, *op. cit.*, pág. 18.

³⁹⁶ PALLARÉS MORENO, M., “Seguridad ciudadana y competencias del Estado”, *op. cit.*, pág. 10. En la misma línea se situaría la definición aportada por TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 81, que afirma que “la seguridad ciudadana, (como componente de la seguridad pública) es la protección de personas y bienes frente a peligros”.

concretamente como “estado o situación, [...] condición de protección frente a situaciones de peligro para la persona o sus bienes, generalmente causadas por otras personas”, que constituye el “presupuesto para el libre ejercicio de los derechos y libertades”³⁹⁷, y JIMÉNEZ DÍAZ, que emplea una definición más amplia, la de “aquel estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad tal [...] que les permite ejercitar de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente”³⁹⁸. En puridad, habría que decir que ambas concepciones de “seguridad ciudadana”, la de actividad y la de estado, resultan correctas. Por una parte, la “seguridad ciudadana” es una actividad, en tanto forma parte de la actividad más amplia de “seguridad pública”³⁹⁹ que se atribuye competencialmente al Estado *ex art.* 149.1.29º CE⁴⁰⁰ y se define por el Tribunal Constitucional como “actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”; por otra, la “seguridad ciudadana” constituye un valor o pretensión, a alcanzar precisamente por la actividad de seguridad pública, y más concretamente por la actividad que lleva su mismo nombre -seguridad ciudadana -, definible como situación de protección frente a riesgos, presupuesto para el ejercicio de derechos y libertades fundamentales⁴⁰¹. Pero, en lo que aquí nos ocupa, es este segundo

³⁹⁷ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 222.

³⁹⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, *op. cit.*, pág. 101 y 102, y JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Seguridad ciudadana y Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

³⁹⁹ Advirtiéndose, no obstante, de la tendencia tradicional existente en el ámbito doctrinal y jurisprudencial a equiparar los términos “seguridad ciudadana” y “seguridad pública”, de la que da cuenta el mismo legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuando refiere en el apartado I que “la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos -véase, los de “seguridad ciudadana” y “seguridad pública” -como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”. En la doctrina, así, por ejemplo, IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pág. 20, que utiliza indistintamente los términos “seguridad ciudadana” y “seguridad pública” como si de sinónimos se tratara. En la jurisprudencia puede señalarse, a este respecto, la STC 325/1994, 12 dic., FJ 2, que, además de equiparar ambos términos, los asimila, para más confusión, al orden público. Véase la siguiente afirmación contenida en la sentencia: “la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del «orden público»”. En la actualidad parece impuesto la idea de que son nociones distintas, lo que aquí compartimos.

⁴⁰⁰ Art. 149.1 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 29.^a Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

⁴⁰¹ Señala esta doble faceta o perspectiva de análisis de la “seguridad colectiva” AGUADO I CUDOLÀ, V., “Los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana. Título competencial. Fines y organización administrativa”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *El nuevo régimen de seguridad ciudadana*, Aranzadi, Navarra, 2015, que, tras hablar de la “seguridad ciudadana” como actividad inserta en la actividad más amplia de “seguridad pública”, señala: “la seguridad ciudadana (art. 104.1 de la CE) constituye, además, un bien jurídico”. En contra expresamente, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Seguridad ciudadana y Derecho penal”, *op. cit.*, pág. 21, que se refiere a la “seguridad ciudadana” exclusivamente como estado, negando que sea una actividad: la “seguridad pública [...] es una noción más amplia que las otras dos -se refiere al orden público y a la seguridad ciudadana - y, además, se sitúa en unas coordenadas completamente diferentes. La razón se encuentra en que la misma es una actividad, es un ámbito competencial. En cambio, tanto la seguridad ciudadana como el orden público material son situaciones o

sentido de “seguridad ciudadana” el que nos interesa, como bien jurídico, y al que restringiremos, por tanto, nuestro análisis. Relacionando el mismo con la referencia al término contenida en el art. 104.1 CE⁴⁰², habría que entender como misiones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la protección del orden público en una acepción amplia (“libre ejercicio de los derechos y libertades”) y la garantía de un estado de protección de personas y cosas frente a peligros (“seguridad ciudadana”).

El concepto así definido como situación de protección frente a riesgos puede ser, no obstante, aún algo más concretado en base a la LOPSC y al contenido de la actividad de “seguridad pública”. La mayor parte de las definiciones doctrinales de “seguridad ciudadana” relacionadas *supra* hacían alusión a la situación de protección frente a riesgos inconcretos, o excesivamente amplios. Así, en este último sentido, IZU BELLOSO se refería a “agresiones violentas producidas tanto por actos humanos como por fuerzas naturales o hechos accidentales”⁴⁰³. No obstante, si atendemos a las conductas relacionadas en el apartado III del preámbulo de la LOPSC, y definidas como atentatorias contra la seguridad ciudadana, que antes relacionamos⁴⁰⁴, se constata en todas ellas la existencia de riesgos procedentes de la actuación humana. MORELL OCAÑA⁴⁰⁵, al abordar la actividad de “seguridad pública”, realiza una distinción que nos puede ser de ayuda de cara a delimitar en esta línea el concepto de “seguridad ciudadana”. Señala el autor que dentro de la noción constitucional de “seguridad pública”, como actividad genérica de protección de personas y bienes, habría que distinguir distintos componentes o ámbitos: por una parte, la “seguridad ciudadana”, cuya protección legal se articula en la LOPSC, y, por otra, la “protección civil”, regulada por la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, cuyo art. 1.1 define ésta como el “servicio público que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada”⁴⁰⁶. Pertenencia la de este último concepto a la “seguridad pública”, que además es afirmada por el mismo legislador en el preámbulo de la citada

estados que pretenden ser alcanzados, precisamente a través del recto y adecuado ejercicio de la seguridad pública”.

⁴⁰² Recuérdese que el precepto rezaba: “Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

⁴⁰³ IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *op. cit.*, pág. 20.

⁴⁰⁴ Éstas eran: la celebración de “reuniones o manifestaciones prohibidas en lugares con la condición de infraestructura e instalaciones en las que se presten servicios básicos, y los actos de intrusión en éstas, cuando se ocasione un riesgo para las personas, la proyección de haces de luz sobre conductores o pilotos con riesgo de provocar un accidente, y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas prohibidas por motivos de seguridad”.

⁴⁰⁵ MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 4ª ed., 1999, pág. 88.

⁴⁰⁶ Nótese que el autor también cita entre los componentes de la seguridad pública a la “paz pública”, término que define como residual, y con el que el autor parece hacer alusión a la noción de “orden público” como normalidad ciudadana aquí vista. MORELL OCAÑA, L., “*Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*”, *op. cit.*, pág. 88.

Ley del Sistema Nacional de Protección Civil⁴⁰⁷. Podríamos, en consecuencia, reducir, de acuerdo con ello, la seguridad ciudadana como bien jurídico a la situación de protección de personas y bienes frente a riesgos procedentes del hombre de carácter no catastrófico. Y, aún más, considerando que abordamos la “seguridad ciudadana” desde la perspectiva de bien jurídico-penal, con lo que ello implica atendiendo al carácter fragmentario de esta rama jurídica, podríamos, en la línea propuesta por FARALDO CABANA⁴⁰⁸ restringir el concepto a la situación de protección frente a un riesgo humano no catastrófico concreto: el precedente de la comisión de delitos.

b. Viabilidad de la “seguridad ciudadana” en abstracto como bien jurídico-penal, y, en concreto, como objeto jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal.

Obviando por el momento la cuestión de la eficacia del bien jurídico “seguridad ciudadana” así considerado para cumplir con los cometidos de esta institución dogmática, cabe en lo siguiente ver las posturas de quienes en la doctrina lo erigen en objeto jurídico protegido por los delitos de organización. A este respecto, es obligado citar a FARALDO CABANA, que mantiene que lo que se protege en estos delitos es “un bien jurídico colectivo, la seguridad ciudadana, entendida en su sentido material y objetivo de prevención de la comisión de delitos”⁴⁰⁹. No obstante, puntualiza que no de toda organización criminal puede colegirse una afectación a la seguridad ciudadana así entendida, sino que es necesario que su estructura interna sea adecuada para el logro de sus fines delictivos⁴¹⁰.

La autora, sin embargo, no extiende esta argumentación a la figura del grupo criminal aludiendo en que la misma “se relajan los requisitos relativos a la estructura organizativa”, abogando por su supresión del Código penal⁴¹¹.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, si bien no maneja un concepto tan preciso de “seguridad ciudadana”, refiriéndose en sentido amplio al mismo como “situación de

⁴⁰⁷ En el apartado 1 del Preámbulo de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil se afirma, en relación a la “protección civil”: “Integrada en la seguridad pública, la protección civil alcanza hoy en todas partes una importancia de primer orden entre las diferentes políticas públicas”.

⁴⁰⁸ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 226, en relación concretamente a los delitos de organización que nos ocupan: “en principio, sobre todo el de seguridad pública, pero también el de seguridad ciudadana, son conceptos excesivamente amplios para servir como bien jurídico protegido, por los motivos expuestos al analizar el orden público. [...] Cabría concretar más [...] Si se concibe la seguridad ciudadana en [...] sentido estricto, como la evitación de delitos y faltas, y no de otros males que puedan amenazar a los ciudadanos, nos estaremos aproximando al bien jurídico protegido en los delitos de asociación ilícita”.

⁴⁰⁹ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 227 y 236-237, donde concluye que “lo que se protege aquí –entiéndase, en los delitos de organización –, pues, es un bien jurídico colectivo, la seguridad ciudadana, entendida en su sentido material y objetivo de prevención de la comisión de delitos y faltas”.

⁴¹⁰ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 236: “esa mayor peligrosidad -de la organización criminal, entiéndase -deriva de la adecuación de la estructura interna de la organización a la naturaleza y entidad del plan criminal”.

⁴¹¹ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 242.

“seguridad” en el desarrollo de la convivencia ciudadana”, erigetambién el término en objeto jurídico de los delitos de organización criminal, y, en su caso además de los de grupo criminal. El autor considera que estas agrupaciones criminales constituyen “fenómenos que adquieren su relevancia precisamente por proceder a generar una fuente de “riesgo”, de intrínseca peligrosidad cuyo control se convierte en obligación especial del Estado”, extendiendo tal planteamiento a otros delitos, también insertos en el título XXII, como la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, las organizaciones y grupos terroristas, y los delitos de terrorismo⁴¹². La naturaleza jurídica de estos tipos sería, según el autor, la de delitos de peligro abstracto pues - mantiene - “se perfeccionan desde el punto de vista del injusto con la simple realización de la conducta descrita, sin necesidad de una ulterior afectación al bien jurídico”, que se vería ya afectado desde “el mismo momento en que surge la potencialidad como instrumento de un futuro desarrollo criminal de organizaciones y grupos”⁴¹³.

Aunque los conceptos hasta aquí manejados de “seguridad ciudadana” pueden ser de aplicación al ámbito de las organizaciones y grupos criminales en tanto instrumentos para la comisión de variados delitos, lo cierto es que, aún en el caso de las definiciones más precisas como “condiciones o situación de protección frente a riesgos procedentes de la comisión de delitos”, resultandemasiado amplios como para conformar un bien jurídico-penal, en lo que respecta al cumplimiento con eficacia de sus funciones crítica e interpretativa. No es de extrañar, pues, que autores partidarios de la tesis del adelantamiento como explicación del injusto de los delitos de organización, como SILVA SÁNCHEZ⁴¹⁴, acusen a estas justificaciones de encubrir bajo nociones abstractas lo que es una simple anticipación de la tutela penal dogmáticamente problemática.

FARALDO CABANA responde a estas críticas afirmando que, aunque materialmente hablando los delitos de organización constituyan realmente “actos preparatorios de las infracciones que constituyen su finalidad u objeto criminal”, el bien jurídico protegido va más allá del que se tutela en el delito o delitos para los que se conspira pues la organización tiene capacidad “para lesionar o poner en peligro otros bienes jurídicos además de los que se puedan ver afectados por las infracciones penales en principio programadas”⁴¹⁵. A ello une argumentos de tipo sociológico relacionados con la pérdida de control individual sobre el suceso que se produce en las

⁴¹² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 1397 y 1398.

⁴¹³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1398.

⁴¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿“Pertinencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, *op. cit.*, pág. 238. También participa de esta crítica, si bien en abstracto, no en el ámbito concreto de los delitos de organización, MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, pág. 17.

⁴¹⁵ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 235, 236 y 241.

organizaciones criminales por efecto de las dinámicas de grupo para defender su tesis del injusto autónomo de organización. Si bien las afirmaciones de la autora pueden ser ciertas, las mismas parecen hacer más referencia a un bien jurídico de carácter instrumental para la tutela del resto de bienes jurídicos que puedan resultar amenazados por los delitos-fin o delitos instrumentales, que a un bien jurídico autónomo⁴¹⁶. Y ello obviando la mentada excesiva amplitud e inconcreción del mismo, que erigen al concepto en un peligroso instrumento criminal, al ser ineficaz para limitar el ejercicio del *ius puniendi*.

4.2.3. La teoría de la autotutela estatal.

a. El poder del Estado o el monopolio estatal en el ejercicio de la violencia como bienes jurídicos afectados por la existencia de agrupaciones delictivas.

Una tercera postura doctrinal dentro de la que venimos denominando como teoría del bien jurídico autónomo de los delitos de organización es la que identifica el objeto jurídico tutelado por los mismos con el propio monopolio estatal. Entre sus partidarios se encuentran BERNER⁴¹⁷ en Alemania, y PATALANO⁴¹⁸, en Italia. En lo que respecta a España, su máximo exponente es GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, que desarrolla pormenorizadamente los planteamientos de la tesis en su célebre monografía sobre el delito de asociación ilícita⁴¹⁹. No obstante, como este autor señala, ya en los años veinte SALDAÑA en España apuntaba a esta idea al concebir a las agrupaciones delictivas como instituciones con una “autoridad propia, [...] superior a la autoridad civil” respecto a la que los asociados han de prestar “juramento o promesa de

⁴¹⁶ Así lo apunta PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, *op. cit.*, pp. 920 y 921, cuando en relación a la “seguridad ciudadana” como “título de intervención que, en el marco del reparto habitual de las potestades estatales entre los distintos poderes públicos, legitimaría a la Administración Pública para actuar de manera coactiva con la finalidad de evitar (de modo preventivo) peligros para los bienes jurídicamente protegidos”, sostiene que: “Dicho bien jurídico no sería propiamente un bien jurídico supraindividual autónomo, sino más bien un bien jurídico de naturaleza meramente instrumental, consistente precisamente en la seguridad de aquellos bienes jurídicos mediatamente protegidos”.

⁴¹⁷ BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme an Verbrechen*, Berlín, 1847, pág. 486.

⁴¹⁸ PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pp. 187 y 188, concibe a la *associazione per delinquere* como una institución que produce un ordenamiento jurídico autónomo frente al estatal y que nace al interior de la más amplia institución estatal y se pone en contradicción con la misma. Aunque no lleve a ejecución su actividad programada, su sola constitución y existencia ya turba el orden público del Estado. Transcribiendo sus palabras: “Desde el momento en que el la asociación se constituye, a través de una organización preparada para la persecución de una finalidad común, se destruye la exclusividad, y, por tanto, la autoridad de la institución estatal que se identifica con el ordenamiento jurídico penal”.

⁴¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 142-145. También se posicionaban más tarde en esta línea, CARBONELL MATEU, J.C., y VIVES ANTÓN, T.S., “Arts. 515-521”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2012, que, si bien hacían alusión expresa al “orden público en sentido amplio” como objeto de protección de los delitos de asociación ilícita, especificaban que lo concretamente vulnerado por las asociaciones criminales era “la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla”, adhiriéndose, con ello, a la tesis de la autotutela estatal.

obediencia o fidelidad”⁴²⁰, introduciendo así en España la concepción de la agrupación delictiva como poder alternativo y contrario al Estatal. Actualmente defiende esta tesis CANCIO MELIÁ, si bien con algunas matizaciones que veremos. Según estos autores la organización criminal constituiría una institución, o “microestado”, algo más y algo distinto de la mera suma de personas físicas que persiguen ciertos objetivos, dotado de una fuerte organización, de un idioma y ordenamiento propios y contrarios al estatal, e, incluso de un sentimiento autónomo de patriotismo y nacionalidad⁴²¹. La organización criminal, en cuanto institución creada exclusivamente para delinquir, se erigiría –alegan estos autores – en “estado de guerra” permanente contra el ordenamiento estatal, y, por ende, en la “negación” o “antítesis” del Estado. La mera existencia de la organización criminal afectaría *per se*, esto es, sin necesidad de que se haya dado inicio a la ejecución del plan criminal concreto, a la primacía del Estado en cuanto institución política o jurídica, siendo, por ende, el bien jurídico afectado identificado con el propio poder estatal. Aunque esta idea es clara, la concreta terminología empleada por los partidarios de esta teoría para denominar al bien jurídico protegido suele divergir de unos a otros⁴²². Así, por ejemplo, MAURACH⁴²³ alude al imperio estatal, y PATALANO, hace referencia a “la autoridad de la institución estatal, que se identifica con el ordenamiento jurídico-penal” estatal⁴²⁴.

Mención aparte merece la tesis de CANCIO MELIÁ, en tanto el autor mantiene una visión algo distinta -por más concreta - dentro de este mismo planteamiento. Según el autor, no todas las agrupaciones criminales estarían en condiciones de plantear un verdadero desafío al poder del Estado, que requiera de poner en marcha el aparato de intervención penal, sino tan sólo aquéllas que se caractericen por actuar de forma violenta⁴²⁵. De acuerdo con ello, el autor concreta en mayor medida el objeto jurídico afectado por estas agrupaciones, definiéndolo como un aspecto concreto del poder del Estado: el referido al monopolio en el ejercicio de la violencia.

⁴²⁰ SALDAÑA, Q., *La reforma del Código Penal*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1920, pág. 35.

⁴²¹ Así SALDAÑA, Q., “La reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pág. 35, que subraya en este sentido la obligación que tienen los miembros de la organización criminal de prestar juramento de fidelidad a la misma, lo que implica que ésta constituye para ellos una autoridad propia, e incluso superior a la civil.

⁴²² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 144 y 145: “La denominación de este bien jurídico es algo secundario, puramente terminológico. No veo inconveniente en utilizar la de: “seguridad del Estado”, siempre que se entienda en la forma expuesta”.

⁴²³ MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil*, 5.ª ed., C.F. Müller, Karlsruhe, 1969, pág. 670.

⁴²⁴ PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pág. 188.

⁴²⁵ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pp. 36 y ss.: “La definición del injusto de los delitos de organización como arrogación de funciones estatales [...] puede estimarse coincidente con la orientación dada a la definición en la bibliografía española por García-Pablos de Molina, que concreta el objeto de protección de los delitos de organización en “el propio poder del Estado, [...] su primacía en cuanto institución política y jurídica”. Sin embargo, parece convincente [...] proponer una ulterior concreción: sólo los agentes colectivos peligrosos [...] están en realidad en condiciones de plantear el desafío al Estado al que se refiere García-Pablos de Molina: sólo el ejercicio de una disciplina que incluya la actuación delictiva violenta (hacia dentro o hacia fuera de la organización) cuestiona realmente el poder del Estado, y por ello ataca específicamente el monopolio de la violencia establecido a su favor. Así se da un paso de concreción ulterior, al no hablarse con carácter general del “poder del Estado”, sino del concreto aspecto del ejercicio exclusivo de la violencia”.

Como factores que avalarían la teoría de la autotutela del poder del Estado, ya sea en su versión originaria, ya sea en su versión restringida como tutela del monopolio estatal en el ejercicio de la violencia, se sostiene por estos autores que la misma es a día de hoy la única tesis capaz de explicar satisfactoriamente a nivel jurídico la diferencia entre la organización criminal y la mera intervención de una pluralidad de sujetos activos en una infracción delictiva. Y es que, según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁴²⁶, la concepción que desde esta teoría se lleva a cabo de la organización criminal como una “institución” o realidad viva que constituye algo distinto y superior a la suma de sus integrantes, además de innovadora, es la única que permite dar una respuesta coherente al hecho de que a la organización criminal se le de un tratamiento legal diferente y agravado respecto de la simple participación criminal. Por otro lado, se defiende que esta teoría, a diferencia de las otras también comprendidas dentro de la tesis general del bien jurídico autónomo de los delitos de organización, recurre a un objeto jurídico real, susceptible de ser objeto de tutela penal, cual es la propia institución estatal, evitando así las abstracciones en que incurren los conceptos de orden público y seguridad.

b. Críticas doctrinales. Nuestra propuesta: las organizaciones criminales como instituciones que ponen en peligro la integridad del sistema democrático

Los defensores de las otras teorías ya analizadas refieren la presencia de serias deficiencias en la argumentación de la tesis de la autotutela del poder del Estado. Papel clave en este sentido adquiere GUZMÁN DÁLBORA⁴²⁷, que en su artículo “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociación ilícito” lleva a cabo una acuciada crítica a esta tesis, en la que trata de desmontar sus fundamentos. Señala este autor, dentro de un plano político-criminal, que, más allá de la genérica referencia a la contradicción de los fines de la organización con el ordenamiento estatal, la tesis de la autotutela estatal no aporta criterios para delimitar adecuadamente el concreto interés estatal ofendido por el delito, afirmando que las menciones que sus seguidores realizan al “poder del Estado”, a su “majestad jurídica o política” o a la “supremacía del ordenamiento jurídico” en referencia al bien jurídico protegido por los delitos de organización se mueven en un terreno sumamente vago y elíptico, que recuerda al de la acepción amplia de orden público, tan criticada por estos autores. Se salvaría, no obstante, de esta crítica CANCIO MELIÁ, que sí concreta el específico interés estatal que a su juicio resulta vulnerado por las conductas de integración en organización criminal, identificando al mismo, como hemos visto, con el monopolio estatal del ejercicio de la violencia. No obstante, a la tesis de CANCIO MELIÁ sí le serían aplicables otras de las críticas de GUZMÁN DÁLBORA, como la relacionada con el peligroso tinte político que caracteriza a toda

⁴²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

⁴²⁷ GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 158-168.

referencia al Estado como objeto jurídico. Se recuerda, en este sentido, cómo la “seguridad (interior) del Estado” había sido, junto con el orden público, un concepto tradicionalmente utilizado en España para legitimar incriminaciones de conductas con fines políticos represivos. GUZMÁN DÁLBORA alerta, en fin, del peligro que toda alusión al Estado como bien jurídico digno de tutela penal tiene para la libertad y seguridad individuales entraña dada su facilidad para ser objeto de manipulaciones y usos arbitrarios por los dirigentes de turno⁴²⁸.

Ya fuera del plano político-criminal, se ha tachado a las tesis de la autotutela estatal de no corresponderse con la realidad fenomenológica de la criminalidad organizada. En esta línea, RIVERO ORTIZ⁴²⁹ considera exagerado relacionar a las agrupaciones criminales de los países desarrollados de Europa occidental, con una supuesta quiebra, o incluso afectación, del poder del Estado, o del monopolio estatal en el ejercicio de la violencia, utilizando la terminología de CANCIO MELIÁ. Tal consecuencia podría colegirse, en su opinión, de organizaciones terroristas en tanto que tienen la finalidad de subvertir el orden constitucional mediante la comisión de delitos, y, en su caso, de organizaciones criminales en países en vías de desarrollo, como los cárteles mexicanos, pero, de ninguna manera, de agrupaciones criminales en el ámbito de países desarrollados del mundo occidental, en los que el monopolio estatal es fuerte y firme. CANCIO MELIÁ, consciente de esta objeción que suscita su tesis⁴³⁰, se adelanta y señala que con su alusión al “monopolio estatal de la violencia” no se refiere a la vieja idea del control territorial, que, por supuesto, no puede ser amenazado hoy día por la existencia de agrupaciones delictivas en países desarrollados, sino con el concepto de “desafío o provocación al poder del Estado”⁴³¹. Bajo este entendimiento, las

⁴²⁸GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 165 y 166, concluyendo en esta última página que “ya se trate sic et simpliciter del Estado, ya del ordenamiento que éste encarna y resguarda, la doctrina en examen urde un objeto inasible, incapaz de substanciar la materialidad de la ofensa implícita en la asociación criminal; ello, sin mencionar las manipulaciones a que podría sometérselo para hacerlo abarcar intereses indignos de tutela penal, ni excluir que, por los serpentinos derroteros de la autotutela estatal, la asociación criminal remate en el castigo de la disidencia política, como –vale la pena mencionarlo –sucudiese en el pasado reciente de España”.

⁴²⁹RIVERO ORTIZ, R., “Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?”, *La ley penal*, n° 78, 2011, pág. 2: “las asociaciones terroristas en su actuar es lógico que quieran perturbar el orden público subvirtiendo el orden constitucional y la paz pública con la ejecución de actos delictivos, pero las organizaciones criminales, por ejemplo las organizaciones de narcotráfico, que buscan un alto beneficio económico, no buscan la quiebra del estado de derecho, al menos en estados consolidados en países del mundo occidental”. En Alemania mantiene una crítica en el mismo sentido SCHROEDER, F.-C., “*Die Straftaten gegen das Strafrecht*”, *op. cit.*, pág. 14.

⁴³⁰CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pp. 37 y 38. El autor se adelanta a los posibles críticos de su tesis, objetándose él mismo que: “parece que tal determinación de la línea de ataque, generada por la referencia al monopolio de la violencia, resulta obsoleta, pues parece responder a un problema resuelto desde hace tiempo en las sociedades de Europa occidental: la completa penetración y el control exhaustivo del territorio por el poder estatal”.

⁴³¹CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 38: “Sin embargo, también puede pensarse que late un nuevo sentido en las viejas palabras “monopolio de la violencia”, al igual que en los fenómenos que lo desafían. El espacio ilegítimamente pretendido por

organizaciones criminales serían agrupaciones que suponen un desafío para con el Estado, en lo que se refiere, tanto al control sobre los miembros del grupo a través de mecanismos coercitivos, como al dominio fuera del grupo, mediante la comisión de actos de violencia tipificados penalmente⁴³². GUZMÁN DÁLBORA⁴³³ recurre entonces al ejemplo de la agrupación delictiva dedicada a la comisión de vulgares hurtos, para evidenciar lo rocambolesco que supone colegir de ciertas agrupaciones delictivas un desafío o provocación al poder del Estado, y al ejercicio de la violencia. Lo cierto es que el propio CANCIO MELIÁ es consciente de esta aparente contradicción entre su tesis y la amplia redacción actual de los arts. 570 bis y 570 ter CP, que permite subsumir en los conceptos de organización criminal, y, sobre todo, de grupo criminal, a agrupaciones que en modo alguno plantean un desafío al Estado en su monopolio del ejercicio de la violencia. Por ello precisamente, el autor critica la figura del grupo criminal, sosteniendo que la misma es innecesaria, y propone *de lege ferenda* una modificación del actual concepto de organización criminal, que establezca el uso de la violencia como requisito *sine qua non* de la misma⁴³⁴, de acuerdo con el contenido de injusto que le atribuye.

Vistos los postulados de las denominadas “tesis de la autotutela estatal” en el marco de los delitos de organización y grupo criminal, y las críticas doctrinales a las mismas, cabe ahora señalar cuál es nuestra postura al respecto. En este sentido, cabe manifestar el acierto de estas tesis en cuanto a la descripción de las organizaciones criminales, al señalar que constituyen instituciones asentadas en determinados territorios -si bien tienden a actuar transnacionalmente-, dotadas de un sistema orgánico y normativo y de una estructura, normalmente jerárquica, de la que forman parte un número considerable de personas, que profesan un sentimiento profundo de pertenencia a la agrupación y subordinación a la voluntad común de los miembros, que, llega a conformar una voluntad superior: la voluntad de la organización como institución autónoma. Es acertado así ver tras la organización criminal una institución que funciona al margen del ordenamiento jurídico estatal. No obstante ello, y, como se viene señalando recientemente en la doctrina italiana, especialmente concedora, por su historia, del funcionamiento de las agrupaciones delictivas⁴³⁵, la concepción de la

las organizaciones en cuestión no es territorial [...] se pretende atacar (más exactamente: provocar, desafiar) al poder del Estado”.

⁴³² CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 39.

⁴³³ GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 162 y 163. El autor concluye así que mientras los tipos de organización no exijan para su apreciación un número relevante de integrantes, una disciplina y organización profesionales y un objeto delictivo de cierta envergadura la tesis de la autotutela del poder del Estado no podrá considerarse válida para identificar al bien jurídico protegido en los delitos de organización.

⁴³⁴ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *op. cit.*, pág. 37. No obstante, el autor señala, con razón, que tal restricción a nivel legislativo de la letra del tipo es poco probable dada la actual tendencia a la expansión del Derecho Penal que hace esperar justamente a lo contrario, esto es, la ampliación del alcance de los tipos penales existentes.

⁴³⁵ Véase, por ejemplo, MORABITO, S., “Introducción”, *op. cit.*, pp. 13-15, que se refiere a la mafia, no como poder enfrentado al Estado, sino como “poder paralelo”.

organización criminal como institución o poder alternativo contrario y enfrentado al estatal es muy discutible. Y es que, si se piensa a las organizaciones criminales, que pretenden cometer delitos con la finalidad de obtener beneficios económicos y/o poder, no les interesa mantener una posición enfrentada al Estado, habida cuenta de que necesitan del mismo para la consecución de dichas finalidades. A diferencia de las organizaciones terroristas, que sí pueden tener como objeto derrocar al poder estatal, las organizaciones criminales, que aquí concebimos como agrupaciones con una estructura consolidada que hacen uso de métodos mafiosos, necesitan del Estado para obtener poder y beneficios materiales, ya corrompiendo a funcionarios, ya participando de sus ganancias económicas, ya ocultando sus ganancias de origen delictivo en el mercado legal estatal⁴³⁶. De ahí, nuestra propuesta de concebir las organizaciones criminales, no como un desafío a la existencia en sí del Estado, sino como una amenaza a su calidad democrática, reflejada en el correcto funcionamiento de sus instituciones. La existencia de una organización criminal, entendida como agrupación mafiosa, pone en peligro la integridad del régimen democrático por su incesante búsqueda de resquicios en los mercados e instituciones, con los que insertarse fraudulentamente en el Estado, obteniendo beneficios y/o poder.

Los grupos criminales, de una estructura mucho menos consolidada, y que no hacen uso de esos métodos mafiosos, pudiendo, además, delinquir por pura ociosidad, según nuestra interpretación del concepto, no supondrían, sin embargo, dicha amenaza al buen estado de la democracia, residiendo exclusivamente su injusto, como veremos, en la peligrosidad, que entraña la agrupación, para los bienes jurídicos amenazados por los delitos objeto de la misma. En el caso de la organización criminal, habiéndose afirmado su potencial afectación al buen funcionamiento de las instituciones del Estado democrático, insta señalar, no obstante, que éste no sería éste el único objeto jurídico afectado por las mismas, pues no ha de olvidarse también los fines delictivos de esta agrupación. Se erige así el delito de organización criminal en tipo pluriofensivo, siendo uno de los objetos afectados la integridad de la democracia, y estando relacionado el otro con su objeto de comisión de delitos. Este otro objeto jurídico afectado por los delitos de organización criminal, y también de grupo criminal -en este caso sería el único objeto jurídico protegido -será concretado a continuación, al hilo de las llamadas por nosotros “tesis eclécticas” .

⁴³⁶ También así MORABITO, S., “Introducción”, *op. cit.*, pág. 14: “El primer objetivo de la mafia es la acumulación de riquezas, bien parasitando las actividades comerciales y productivas, bien “interceptando” los fondos “públicos” o comerciando con bienes ilegales y reinvertiendo sus ganancias ilícitas en la economía legal. Es evidente que alcanzar un alto nivel de enfrentamiento con el Estado y atraer la atención de sus aparatos de represión pondría en peligro justamente este objetivo prioritario. Es más, muchas de las necesidades económicas e incluso organizativas de la mafia requieren de una cierta capacidad para encontrar el apoyo de funcionarios del Estado y de políticos “complacientes”, tanto para ver favorecida la empresa “protegida” en la asignación de una contrata pública, como para intentar “arreglar” los juicios contra miembros de la organización”.

4.3. Tesis eclécticas: el injusto de la organización como injusto autónomo, pero concretado en la lesión de un bien jurídico supraindividual “instrumental” referido en última instancia a los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin

En el debate que nos ocupa es obligado citar, por último, otras tesis, que, si bien también conciben el injusto de organización como autónomo respecto del injusto de los delitos-fin de la organización, como las tesis aquí llamadas “del bien jurídico autónomo”, lo concretan, a diferencia de éstas, en la lesión de un bien jurídico supraindividual no propiamente autónomo, en tanto referido en última instancia a los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin. Adoptarían así los autores que avalan estas últimas tesis una postura ciertamente ecléctica entre la doctrina del adelantamiento y la del bien jurídico autónomo: se acercarían a la segunda en cuanto conciben el injusto de estos delitos como injusto autónomo, apreciando el consiguiente concurso de delitos con los delitos-fin en su caso cometidos, mientras que se asemejarían a la tesis del adelantamiento al reconocer la existencia de una relación entre el bien jurídico protegido por los delitos de organización y los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la agrupación delictiva en cuestión.

4.3.1. La seguridad colectiva como bien jurídico instrumental protegido por los delitos de organización y grupo criminal

a. Sobre el concepto de “seguridad colectiva”

Algunos autores, que más adelante veremos, han erigido a la seguridad colectiva en objeto jurídico protegido por los delitos de organización. Este término, a diferencia del anterior de “seguridad ciudadana”, sí se encuentra recogido en el Código Penal, cuyo título XVII lleva por rúbrica: “De los delitos contra la seguridad colectiva”. Los delitos ubicados en este título ya dan algunas pistas de cara a dilucidar el posible significado del término. Nótese que estos delitos son los delitos de riesgo catastrófico, incendios, delitos contra la seguridad pública y contra la seguridad vial, esto es, conductas abstractamente peligrosas para variados bienes jurídicos⁴³⁷. Así, por ejemplo, los incendios implicarían un riesgo abstracto para la vida, integridad física, patrimonio y medio ambiente, el traficar con drogas supondría un peligro genérico para la salud de los ciudadanos por los efectos nocivos de estas sustancias, y la conducción bajo los efectos del alcohol o temeraria sería una conducta abstractamente peligrosa para la vida e integridad de las personas, sin contar con los posibles daños materiales al patrimonio ajeno. De hecho, la denominación del título en el Código penal precedente era la de “delitos de peligro común”, revelando esta naturaleza común de los delitos que en él se insertan. Atendiendo a ello, ¿cómo podemos definir al término “seguridad colectiva” con el que actualmente se rubrica el título? La doctrina ha propuesto algunas definiciones.

⁴³⁷ Señala la extensión general (o colectiva) del peligro que generan estas conductas, DOVAL PAÍS, A., *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 255 y 256.

Así, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS mantiene que la “seguridad colectiva” es una “abstracción que abarca una situación de “seguridad” o ausencia de riesgo o peligro para un conjunto de bienes esenciales de los que son titulares todos y cada uno de los componentes del agregado social”⁴³⁸, y MUÑOZ CONDE, en sentido parecido, si bien no dando una definición concreta, señala que tras los delitos contra la seguridad colectiva “late la idea de adelantar la intervención del Derecho penal para poder emplearlo en el castigo de conductas peligrosas” para bienes jurídicos personales y sociales o universales⁴³⁹.

¿Podemos hablar entonces de la “seguridad colectiva” como bien jurídico autónomo, o estamos también ante un objeto realmente referido a otros bienes jurídicos tutelados ya en otros títulos del código? Las definiciones *suprarelacionadas* parecen, desde luego, apuntar a la segunda opción. Así, además lo explicitan los mismos autores más adelante al referirse, por ejemplo, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS a la “seguridad colectiva” como “interés mediatizado, institucionalizado e intermedio creado para garantizar la indemnidad de otros bienes o intereses individuales [...] o colectivos [...] frente a comportamientos que generan una situación de riesgo cualificado”⁴⁴⁰, de forma que en estos delitos el bien directamente afectado sería la “seguridad colectiva”, y los bienes indirectamente protegidos, serían la vida, la salud, etc., cuya puesta en peligro sería la que dota de contenido sustancial al injusto⁴⁴¹. Interesantes son, a este respecto, las afirmaciones de DOVAL PAÍS⁴⁴², que señala que, pese a la modificación de la rúbrica del título XVII de “delitos de peligro común” a “delitos contra la seguridad colectiva”, el significado del injusto de los delitos continúa siendo el mismo, aludiendo con ello a que la seguridad colectiva sigue refiriéndose al modo de afectación a los bienes jurídicos ya tutelados en otros títulos del Código penal, y no a un objeto jurídico propio y autónomo⁴⁴³. Se vendrían así a proteger con fines preventivos bienes jurídicos ya tutelados por otros delitos, si bien frente a una serie de ataques diversos, por más generales. El autor pone el ejemplo del delito de tráfico de drogas, catalogado como delito contra la salud pública, señalando que el mismo tendría su fundamento en la protección del bien jurídico salud frente a una clase de ataque no comprendido por los

⁴³⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 40. Delitos contra la seguridad colectiva (I). Delitos de riesgo catastrófico. De los incendios”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 955 y 956.

⁴³⁹ MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 533.

⁴⁴⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 40. Delitos contra la seguridad colectiva (I). Delitos de riesgo catastrófico. De los incendios”, *op. cit.*, pp. 955 y 956.

⁴⁴¹ También así MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 533.

⁴⁴² DOVAL PAÍS, A., “Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales”, *op. cit.*, pág. 288.

⁴⁴³ DOVAL PAÍS, A., “Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales”, *op. cit.*, pág. 240, que señala, concretamente, en el ámbito de los delitos contra la “salud pública”, dentro de los “delitos contra la seguridad colectiva” que: “considero que buena parte de la confusión que se ha generado en torno al concepto de “salud pública” procede de que se han introducido en el terreno del bien jurídico protegido aspectos que no son propios de él, sino que se refieren, más bien, a la inevitable estructura de los correspondientes delitos”.

delitos de lesiones, ni aun en su grado de tentativa⁴⁴⁴: un peligro de tipo general a una masa indeterminada de titulares del bien jurídico “salud”⁴⁴⁵ por la difusión en la sociedad de estas sustancias nocivas. El carácter generalizado de este peligro tiene importantes consecuencias prácticas en el sentido de que en el caso de que tal difusión de las sustancias estupefacientes suponga efectivamente la lesión a la salud de un sujeto determinado, al seguir subsistiendo el peligro abstracto generalizado a la salud de otras personas, habrá de apreciarse el consiguiente concurso de delitos entre el tráfico de drogas y el resultado lesivo concretamente ocasionado⁴⁴⁶. Estas características de los delitos rubricados como “delitos contra la seguridad colectiva” son comunes a varios de los delitos legalmente configurados como “contra el orden público”. Piénsese, por ejemplo, en el delito de tenencia ilícita de armas, cuya conducta típica supone un riesgo abstracto para la vida e integridad física del colectivo indeterminado de ciudadanos, en tanto el poseer sin los oportunos controles un arma supone el riesgo de su empleo, ya accidental, ya intencionado, contra personas. La misma jurisprudencia lo ha visto así, afirmando, en las SSTS 45/2011, de 11 de febrero, y 79/2015, de 13 de febrero, entre otras, que el delito de tenencia de armas es un “delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas”, cuyo bien jurídico protegido sería, junto a la seguridad del Estado, “la seguridad general o comunitaria”⁴⁴⁷. Nótese, además, que, tal como sucede en los delitos configurados legalmente como “contra la seguridad colectiva”, en éste los resultados lesivos en su caso producidos por la utilización del arma no absorberían el injusto del delito de tenencia de armas, aplicándose, por el contrario, el correspondiente concurso de delitos entre el tipo correspondiente al resultado lesivo (ya sea, homicidio o asesinato, ya lesiones) y el delito de tenencia ilícita de armas, por el peligro general que implica a la vida e integridad física del conjunto de ciudadanos, que no se agota en el resultado producido.

b. La “seguridad colectiva” como objeto jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal. Distintas tesis doctrinales al respecto y reflexión personal.

En la doctrina algún autor ha erigido a la “seguridad colectiva” como bien jurídico protegido por estos tipos, si bien alguno parece utilizar el término con un significado y connotación diversos a los apuntados *supra*. Puede citarse, por ejemplo, a MAGALDI PATERNOSTRO que afirma que las agrupaciones criminales que operan en la sociedad cometiendo delitos perturban con su sola existencia la necesaria

⁴⁴⁴ DOVAL PAÍS, A., “Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales”, *op. cit.*, pág. 242.

⁴⁴⁵ DOVAL PAÍS, A., “Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales”, *op. cit.*, pág. 247, señala que el adjetivo “público” denotaría el tipo de ataques frente a los que se trata de defender la salud individual, y no un objeto jurídico autónomo.

⁴⁴⁶ DOVAL PAÍS, A., “Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales”, *op. cit.*, pág. 289, y FEJOO SÁNCHEZ, B.J., “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, *La Ley*, N° 1, 1997, pág. 4.

⁴⁴⁷ STS 45/2011, de 11 de febrero, FJ Octavo, y STS 79/2015, de 13 de febrero, FJ Quinto.

seguridad colectiva, que erige en presupuesto para el desarrollo de la vida individual y social⁴⁴⁸. Con ello, acaba señalando como más coherente y eficaz en sede interpretativa situar los delitos de organización y grupo criminal junto a los delitos contra la seguridad colectiva, como figuraban en el fallido Proyecto de reforma del Código Penal de 2007⁴⁴⁹. También alude al término ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cuando mantiene que la organización criminal lesiona la seguridad colectiva al poner a los bienes jurídicos del programa criminal en situación de peligro hipotético. No obstante, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, siguiendo la normativa europea, propone *de lege ferenda* una restricción del objeto criminal de la organización a delitos de especial gravedad⁴⁵⁰. El problema de esta explicación del injusto de organización radica en que la autora se refiere al término como bien jurídico autónomo, y no instrumental, dotándolo además de peligrosos tintes subjetivistas, habida cuenta de que adopta como referencia⁴⁵¹ la tesis de KINDHÄUSER sobre los delitos de peligro como delitos de lesión *sui generis* de la “seguridad”, concebida ésta subjetivamente como “expectativas de seguridad y confianza de los ciudadanos” en la protección de los bienes.

KINDHÄUSER, crítico en general con la idea de la anticipación de las barreras de intervención penal⁴⁵² como fundamento para explicar el injusto de los delitos de peligro, propone concebir dogmáticamente estos delitos como delitos de lesión, erigiendo en bien jurídico autónomo lesionado por los mismos a la “seguridad en la disposición de bienes” (entiéndase, de bienes jurídicos), o si se prefiere, a la “disposición de bienes sin peligro”⁴⁵³. El problema surge cuando el autor concreta más dicho concepto conectándolo con la “certidumbre sobre la futura ausencia de peligros” o la “convicción [...] de la ausencia de condiciones relevantes para la lesión”, que describe como necesaria para que los individuos dispongan racionalmente sobre sus

⁴⁴⁸ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 959. Nótese que la autora, en puridad, se refiere al término en un doble sentido objetivo-subjetivo, afirmando que además de afectar la existencia de estas agrupaciones criminales a la seguridad colectiva, afectaría -cita entre paréntesis -a la sensación de seguridad colectiva.

⁴⁴⁹ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 959.

⁴⁵⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal”, *op. cit.*, pág. 267.

⁴⁵¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal”, *op. cit.*, pág. 267: “La tesis de KINDHÄUSER que interpreta los delitos de peligro como delitos de lesión *sui generis*, en tanto no protegen bienes jurídicos concretos, sino que garantizan la seguridad de su protección es una teoría que sirve para explicar la lesividad del injusto de organización criminal”.

⁴⁵² Lo que se conoce doctrinalmente como el “paradigma del ataque” como fundamento del injusto de los delitos de peligro.

⁴⁵³ Las citas a KINDHÄUSER, U.K., *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a.M., 1989, se realizan a través de MENDOZA BUERGO, B., “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto”, *op. cit.*, pág. 119, cuando explica la tesis del autor alemán: “Tal posibilidad de disponer de los bienes sin peligros no es en absoluto un estado previo a una lesión que no revista importancia sino que por el contrario, la privación de la posibilidad de disponer de los bienes de forma segura es interpretada como daño *sui generis* con lesividad propia e independiente, tanto en el caso de que se trate de una concreta puesta en peligro, como en el de un mero peligro abstracto”. Adelántese que la autora no comparte la tesis de KINDHÄUSER sobre el injusto de los delitos de peligro.

bienes⁴⁵⁴. Se revela así el empleo de una concepción subjetiva de la seguridad, semejante a la concepción de orden público como sentimiento de tranquilidad colectiva que vimos y tanto criticamos en su momento por no ser su afectación detectable empíricamente, ni tener una relación clara de causalidad con cualesquiera conductas típicas, al participar en ella muchos otros factores sociales adicionales. Adelantándose KINDHÄUSER a las posibles críticas a su tesis de la seguridad en la disposición de bienes por sus tintes subjetivistas, señala que la despreocupación en el disfrute de los bienes que erige a tales efectos como bien jurídico autónomo no se concreta en determinados temores o miedos, sino en “la inquietud de una persona racional”, concluyendo, con ello, que no maneja conceptos psicológicos, sino normativos⁴⁵⁵. Las explicaciones del autor, sin embargo, no parecen suficientes. El autor sigue haciendo referencia a sentimientos colectivos, como es en este caso la inquietud, por lo que el concepto sigue estando “subjetivizado”⁴⁵⁶. Por otro, la alusión abstracta a una “persona racional” no hace sino dejar al arbitrio del juez o tribunal de turno la consideración sobre la existencia o no de afectación a la seguridad así configurada, pues no se establece por el autor ningún punto de referencia claro a tomar en cuenta para ello. El resultado es, como denuncia MENDOZA BUERGO⁴⁵⁷, un concepto incapaz para desempeñar la función de limitación del ejercicio del *ius puniendi*, que permite, si utilizado con fines espurios e interesados, una extensión ilimitada de la incriminación de conductas en razón de su supuesta peligrosidad para dicha “disposición segura de bienes”.

En lo que a nosotros respecta, nos parece que el esquema de funcionamiento de los delitos de peligro común o delitos contra la seguridad colectiva casa bien con la estructura de los tipos de organización y grupo criminal, así como con la realidad del

⁴⁵⁴ MENDOZA BUERGO, B., “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto”, *op. cit.*, pp. 122 y 123, sobre la tesis de KINDHÄUSER: “La seguridad significa la certidumbre sobre la futura ausencia de peligros [...] Seguridad es, pues, la expectativa objetivamente fundada de un sujeto que enjuicia racionalmente, de poder utilizar bienes para la realización de determinados fines o, en pocas palabras, <<la justificada despreocupación en el disfrute de los bienes>>”.

⁴⁵⁵ MENDOZA BUERGO, B., “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto”, *op. cit.*, pág. 124.

⁴⁵⁶ En este sentido han ido algunas de las críticas de MENDOZA BUERGO, B., “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto”, *op. cit.*, pág. 140, a la tesis de KINDHÄUSER, pues la autora señala que en el pensamiento del autor se produce una “*subjetivización de la idea de seguridad*”. También ha tachado la autora (pP. 136, 141 y 142) a KINDHÄUSER de obviar la peligrosidad objetiva del comportamiento del autor para afectar a bienes jurídicos al hacer depender la afectación de la seguridad así considerada exclusivamente del punto de vista de la víctima: “para la seguridad de un bien como de la disposición segura del mismo sólo puede importar la realización de comportamientos que sean peligrosos en el sentido de aptos, según una concepción *ex ante*, para producir una lesión o una situación de concreto peligro”.

⁴⁵⁷ MENDOZA BUERGO, B., “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto”, *op. cit.*, pp. 144 y 145, que, en referencia a la propuesta innovadora de KINDHÄUSER en relación a los delitos de peligro, señala: “el cambio de perspectiva propuesto muestra aspectos que tienden más a la expansión que a la limitación del ámbito de lo punible, de manera que [...] suministra un punto de apoyo para una posible extensión, tendencialmente ilimitada, de tales delitos [...] la idea de protección de las condiciones de seguridad es un concepto sin referencias determinadas, mucho más impreciso que otros criterios”.

fenómeno de la criminalidad organizada. Estas agrupaciones criminales suponen por su existencia, cuando bien estructuradas y dotadas, un peligro general o abstracto para los bienes jurídicos amenazados por los delitos que constituyan su objeto, y, en su caso, de forma indirecta, también para los bienes jurídicos amenazados por los delitos que sean instrumento para alcanzar sus fines (delitos instrumentales). La diferencia de entrada que presentan estos tipos frente a los de tenencia de armas o, en general, a los legalmente catalogados como “delitos contra la seguridad ciudadana” es que, mientras que en éstos los bienes jurídicos protegidos mediatamente son claramente identificables, en los que nos ocupan variarán según los objetivos criminales concretos de la organización o grupo criminal, no pudiéndose, por tanto, identificar en abstracto. El injusto del delito-fin, que en su caso se haya ejecutado, no absorbería en ningún caso al injusto del delito de organización ya que éste último va más allá de aquél, al consistir, como dijimos, en el peligro genérico para un conjunto de bienes jurídicos. Ello explicaría por qué los delitos de organización y grupo criminal se vienen aplicando por los tribunales en concurso de delitos con los tipos cometidos en el marco de la agrupación criminal, y por qué no se aplican las reglas del art. 8 CP. Un dato objetivo revelador que confirmaría el acierto de esta explicación que proponemos del injusto de organización viene dado por la circunstancia de que el legislador establezca las penas de estos tipos en función de la gravedad del delito objeto de la organización o grupo criminal. Ello pone de manifiesto la naturaleza instrumental de los tipos que nos ocupan para proteger a los bienes jurídicos que puedan resultar amenazados por el programa criminal de estas agrupaciones.

En fin, en nuestra opinión los delitos de organización y grupo criminal tutelarían el bien jurídico instrumental “seguridad colectiva”, referido en última instancia al conjunto de bienes jurídicos amenazados en abstracto por el programa criminal de la organización o grupo criminal. No obstante, el injusto de lesión a la seguridad colectiva sería un injusto autónomo, que va más allá del injusto del delito-fin en su caso cometido, pues se conforma por la peligrosidad general o abstracta para el conjunto de bienes jurídicos de titularidad de la entera colectividad amenazados por los delitos objeto de la agrupación criminal. En este punto consideramos conveniente realizar una propuesta *de lege ferenda* por cuanto pensamos que toda doble tutela de bienes jurídicos frente a distintas formas de ataque debe restringirse a los bienes jurídicos más importantes. Así se desprende de la regulación de los delitos contra la seguridad colectiva, que se dirigen todos ellos a la protección de bienes jurídicos de especial relevancia: la vida, la integridad física, y la salud. Insta, pues, la ejecución de una restricción del ámbito de aplicación de los tipos de organización y grupo criminal, en el sentido de limitar los delitos que pueden constituir el objeto de estas agrupaciones criminales a delitos de especial gravedad, al estilo de la normativa internacional. Con esta restricción acotaríamos el marco de bienes jurídicos merecedores de esta doble protección, así como el tipo de ofensas a los mismos merecedoras de reproche. A nuestro juicio, una buena forma de acotar los delitos objeto de las organizaciones y grupos criminales sería adoptar a este respecto el modelo de las definiciones de “grupo delictivo organizado” y “organización delictiva”, de la Convención de Palermo de 2000,

y de la Decisión Marco del Consejo europeo de 2008, que restringen las infracciones penales perseguidas por estas agrupaciones a las que prevean “una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años”. A pesar de que los delitos de organización constituyan delitos de peligro abstracto desde el punto de vista de los bienes jurídicos que pueden ser afectados por el programa criminal de la agrupación, entendemos que ello no obsta para que en cada caso concreto se compruebe la idoneidad de la agrupación para cumplir con sus objetivos⁴⁵⁸ en *pro* del respeto al principio de proporcionalidad entre conducta y pena. Huimos así de la concepción de estos delitos como meramente formales⁴⁵⁹, entendiendo que las agrupaciones han de revelar por su estructura y medios una peligrosidad objetiva y real para la seguridad colectiva, y, en consecuencia, para los bienes jurídicos individuales y/o colectivos a los que ésta va referida.

4.3.2. La tesis de Jakobs: La lesión de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma (principal) como injusto de los delitos de organización

Otro planteamiento para explicar el injusto de los delitos de organización es el propuesto por JAKOBS. No obstante, éste parte de una base dogmática completamente distinta, cual es la negación del concepto de bien jurídico-penal, noción que, según el autor⁴⁶⁰, llevada a sus máximos extremos, puede dar lugar a la proliferación de normas propias de lo que él denomina como “Derecho Penal del enemigo” bajo la falsa creencia de que es legítimo criminalizar todo lo que pueda relacionarse, aún de lejos, con un

⁴⁵⁸ Reclaman también la idoneidad de las agrupaciones criminales para cumplir con sus fines criminales, si bien manteniendo explicaciones alternativas del injusto de organización de la aquí mantenida, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “*Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*”, *op. cit.*, pág. 268 (“El juez debe comprobar [...] la idoneidad objetiva de la organización criminal para poner en peligro los bienes jurídicos del programa criminal”), y FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 233 (“no basta la existencia de la organización para afirmar a priori la peligrosidad. Al contrario, esa mayor peligrosidad deriva de la adecuación de la estructura interna de la organización a la naturaleza y entidad del plan criminal”).

⁴⁵⁹ En este sentido, en la doctrina se pronuncian DOVAL PAIS, pp. 332 y 333, que, en referencia a los delitos de peligro abstracto, señala: “El punto más controvertido ha sido el relativo a si son absolutamente formales o, por el contrario, requieren una cierta aptitud en la conducta para ocasionar la lesión del bien jurídico protegido. [...] poco a poco se ha venido imponiendo, con mejor criterio, la exigencia de una cierta idoneidad de las conductas para dar lugar a la lesión del bien jurídico, lo que es tanto como volver a recordar los postulados más elementales de los principios de culpabilidad y proporcionalidad entre el hecho y la pena”, y AGUADO CORREA, T., “Artículo 563”, en GÓMEZ TOMILLO, M., y JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI*, Aranzadi, Madrid, 2016, pág. 517: “El recurso a la técnica del peligro abstracto por parte del legislador no quiere decir que no deba constatar en cada caso que la acción resulta peligrosa para el bien jurídico”.

⁴⁶⁰ JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997, pp. 294 y 295: “el principio [...] de la protección de bienes jurídicos [...] induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. [...] Tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva de la esfera jurídica del autor. El autor viene definido sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro”.

peligro para el bien jurídico. La razón de ser del Derecho Penal no sería, entonces, para este autor la protección de bienes jurídico-penales, sino la protección de la propia vigencia de la norma. Se sustituye así el bien jurídico-penal como concepto tradicionalmente legitimador del ius puniendi por la noción de “la vigencia de la norma”, eliminándose, al menos aparentemente, toda posibilidad de crítica a la labor del legislador pues si el fin del Derecho Penal es proteger la misma norma penal, ¿cómo criticar esta norma?⁴⁶¹

Urge en este punto precisar que cuando se habla de la protección de la vigencia de las normas como fin último del Derecho Penal se está haciendo referencia a las normas propias de lo que este autor califica como “Derecho Penal de ciudadanos”. Y es que según JAKOBS dentro de las normas penales se pueden distinguir dos tipos: “normas de ciudadanos” y “normas de enemigos”. Mientras las primeras, propias del Estado de libertades, se limitan al castigo de conductas externas perturbadoras, teniendo, por tanto, vetada la intervención en el ámbito estrictamente privado y frente a conductas externas pero irrelevantes por no perturbadoras –esto es, en expresión de JAKOBS, por no suponer una arrogación de la configuración de ámbitos de organización ajenos –⁴⁶², las segundas carecen de límites en este sentido pues se entiende que no actúan frente a conductas perturbadoras, sino frente a “enemigos”, esto es, personas consideradas como fuentes potenciales de peligro⁴⁶³.

Los arts. 570 bis y 570 ter CP, así como el §129 StGB, reguladores de los delitos de organización criminal en España y Alemania, respectivamente, que castigan actos preparatorios aún no externamente perturbadores, constituirían según JAKOBS⁴⁶⁴, por tanto, normas de ese “Derecho penal del enemigo”. La fuente del castigo no estribaría en este caso en los delitos futuros que la organización pueda llegar a cometer, que se encuentran aún en fase de preparación, sino en el hecho de que los miembros de la organización revelan con su pertenencia una manifiesta enemistad al Derecho⁴⁶⁵. Esta

⁴⁶¹ En esta dirección van las críticas de MUÑOZ CONDE al pensamiento de Jakobs. Véase GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 61: “me parece rechazable la tesis de Jakobs, que reduce la función protectora al mero restablecimiento de la vigencia de la norma, pues detrás de la norma siempre hay un interés o bien jurídico, a través del cual se comprende, se interpreta y se puede criticar la pretensión de la vigencia de la norma. Sin esa referencia al bien jurídico, el restablecimiento de la norma como única función directa del Derecho penal es tautológica, vacía de contenido y, sobre todo, impide la crítica de la norma misma”.

⁴⁶² JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *op. cit.*, pág. 303.

⁴⁶³ JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *op. cit.*, pág. 295, en relación a las “normas de enemigos”: “El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es sólo fuente de peligro”.

⁴⁶⁴ En el mismo sentido POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, en JAKOBS, G., y POLAINO-ORTS, M., *La criminalidad organizada. Formas de combate desde el derecho penal*, Editorial Flores, 2013, pp. 146 y ss.

⁴⁶⁵ Afirma a este respecto POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 134, que “el legislador vincula a la organización criminal un sentido: el sentido de que esa

muestra de enemistad al Derecho, si bien es cierto que no entraña estricto sensu la vulneración de “normas de ciudadanos”, sí supone un ataque a la seguridad de esa vigencia, debiendo por ello ser castigada. Y es que, para estos autores la vigencia de la norma (de ciudadanos) en cuanto fin último del Derecho Penal no sólo puede verse afectada por quebrantamientos de la norma, sino también por menoscabos en las expectativas de los ciudadanos en que la norma será respetada⁴⁶⁶. La existencia de una organización criminal, en cuanto institución que infunde terror en la sociedad, impidiendo a los ciudadanos efectuar tranquilamente su plan de vida con la confianza de que las normas que regulan la convivencia serán respetadas, vulneraría esas expectativas sociales en el respeto de las normas, afectando así mediatamente a la vigencia de la norma.

Para apoyar esta explicación del injusto de los delitos de organización POLAINO-ORTS⁴⁶⁷, seguidor en España de la tesis de JAKOBS, cita textualmente algunos fragmentos de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal que hacen expresa referencia a la seguridad de las normas como objeto lesionado por la acción de las organizaciones criminales: “la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen [...] objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones [...] La estructura más compleja de las organizaciones [...] responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico”. No obstante, el grado de afectación a la vigencia de la norma en estos casos no sería completo como sucede en los supuestos de vulneración de la norma, sino parcial. Se habla así de injusto parcial en relación a las conductas tipificadas en las “normas de enemigos”. Pongamos un ejemplo que clarifique estos conceptos jurídicos: imaginemos una organización criminal dedicada a la trata de personas con fines de explotación sexual. Según esta teoría la sola existencia de la organización en cuanto generadora per se de zozobra en la población vulneraría parcialmente “la vigencia de la norma” al afectar “la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma”, constituyendo así un “injusto parcial”⁴⁶⁸. La lesión “integral” de “la vigencia de la norma” no tendría lugar hasta el momento en que la citada organización iniciase la ejecución de alguno de los delitos de trata programados, vulnerando la norma (de ciudadanos) que prohíbe la conducta de trata. Sin embargo, a pesar de esta terminología, que induce a pensar en que de producirse el

organización genera desestabilización social, y –por tanto –los miembros de esas organizaciones muestran su enemistad al Derecho”.

⁴⁶⁶ JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *op. cit.*, pág. 315: “Si se acepta el enunciado de que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra”.

⁴⁶⁷ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

⁴⁶⁸ JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *op. cit.*, pp. 313, 314 y 318.

injusto de lesión de la vigencia de la norma éste absorbería el injusto correspondiente a la vulneración de la seguridad de la vigencia de la norma, por ser precisamente éste “parcial”, lo cierto es que los autores de esta tesis defienden la autonomía de estos dos injustos, entendiendo que se refieren a objetos de protección distintos, si bien relacionados⁴⁶⁹: la vigencia de la norma y la seguridad de la vigencia de la norma o “seguridad jurídica”⁴⁷⁰. Es por ello por lo que en el ejemplo citado habrían de apreciarse dos injustos autónomos: el correspondiente a la lesión de las expectativas de cumplimiento de la norma por la mera existencia de la organización y el relativo a la lesión de la norma que prohíbe la conducta de trata de personas (vulneración de la vigencia de la norma) por el inicio de la ejecución del delito de trata. Las normas que sancionan conductas que vulneran directamente la vigencia de la norma reciben por esta teoría el nombre de “normas principales”, mientras que las que hacen lo propio con conductas que menoscaban la seguridad de la vigencia de la norma se tildan de “normas de flaqueo”⁴⁷¹. Dicho en otras palabras: las “normas de ciudadanos” constituyen “normas principales” y las “normas de enemigos” “normas de flaqueo”, sancionadoras de injustos parciales.

El planteamiento ofrecido por JAKOBS para explicar el injusto de los delitos de organización, aunque coherente en el marco de su tesis funcionalista, nos resulta inadecuado por no compartir sus postulados de origen, esto es, la idea de que el fin del Derecho penal consiste en el reestablecimiento de la vigencia de la norma principal. Por otro lado, la acrítica aceptación de la existencia en nuestro texto punitivo de supuestas normas de “Derecho penal del enemigo”, basadas exclusivamente en la peligrosidad subjetiva de ciertos sujetos que lleva a cabo el autor nos parece algo reprochable político-criminalmente hablando en el marco de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Recuérdese que uno de los principios básicos en el orden penal es el de culpabilidad, que entraña, en una de sus manifestaciones, la obligada responsabilidad penal por los actos, y no por opiniones o modos de vida que puedan revelar una enemistad con la normativa vigente.

4.3.3. La tesis de Pastor Muñoz: La seguridad normativa referida a bienes jurídicos individuales como bien jurídico protegido por los delitos de organización

Partiendo de la tesis de JAKOBS, pero, sobre todo de la de KINDHÄUSER de los delitos de peligro como delitos de lesión *sui generis* de las expectativas de libre

⁴⁶⁹ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

⁴⁷⁰ JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *op. cit.*, pág. 315.

⁴⁷¹ JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *op. cit.*, pp. 314 y 315: “En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. [...] Estas normas se pueden fundamentar del modo siguiente: la confianza en la norma no existe, al menos por lo que respecta a la protección de bienes jurídicos importantes, sin una base cognitiva. Por ejemplo, la conciencia de tener el Derecho de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es un fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será probablemente evitado”.

disposición de los propios bienes, PASTOR MUÑOZ elabora una explicación alternativa a las hasta aquí vistas del injusto de los delitos de organización. La autora, señalando la imposibilidad de explicar este injusto en términos de peligrosidad objetiva para bienes jurídicos individuales ante la lejanía de la conducta típica respecto a la efectiva lesión de estos bienes, propone concebir el delito, y más concretamente su injusto, en términos comunicativos⁴⁷² de la siguiente forma: el comportamiento de ingresar en una organización criminal constituiría una manifestación objetiva de la disposición seria de una persona a iniciar una conducción criminal de su vida⁴⁷³. Como expresa la propia autora: “el comportamiento de quien se hace miembro de una organización mafiosa no es perturbador porque ponga objetivamente en peligro bienes jurídicos, sino porque mediante ese comportamiento el sujeto se manifiesta como peligroso”⁴⁷⁴. Esta manifestación objetiva de una peligrosidad subjetiva lesionaría, según PASTOR MUÑOZ, la “seguridad normativa”, entendida al modo de KINDHÄUSER⁴⁷⁵ como confianza o expectativa de los ciudadanos en que sus bienes van a ser respetados, conformándose un injusto autónomo e independiente frente al injusto de los delitos fin de la organización⁴⁷⁶. La autora matiza más adelante que el objeto jurídico estaría formado, en puridad, por un aspecto concreto de la seguridad normativa así entendida: “la seguridad esencial”, que define como la seguridad referida a las personas y concretada en que “no haya personas dispuestas a delinquir”⁴⁷⁷. Su concreción, no obstante, no queda ahí, pues también señala que la seguridad esencial para que las personas puedan manejar sus bienes ha de restringirse como bien jurídico a bienes jurídicos individuales relevantes, pues señala: “no es lo mismo manifestar la

⁴⁷² PASTOR MUÑOZ, N., “*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*”, *op. cit.*, pp. 62 y 66.

⁴⁷³ PASTOR MUÑOZ, N., “*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*”, *op. cit.*, pp. 57, 58 y 60.

⁴⁷⁴ PASTOR MUÑOZ, N., “*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*”, *op. cit.*, pág. 62.

⁴⁷⁵ Véase la explicación de la tesis de KINDHÄUSER del delito de peligro como delito de lesión de las expectativas de disposición segura de los bienes ofrecida por MENDOZA BUERGO, B., “*Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*”, *op. cit.*, pág. 119.

⁴⁷⁶ En este sentido la autora es crítica con la posición de JAKOBS por su concepción cognitiva de la seguridad. PASTOR MUÑOZ, N., “*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*”, *op. cit.*, pág. 69: “en su sistema -entiéndase, el sistema de JAKOBS -, el delito se define como la lesión de las expectativas normativas, así que, si la seguridad es algo cognitivo, su lesión no puede ser delito -no perturba -; el comportamiento que no lesiona expectativas normativas no tiene la dimensión comunicativa que es esencial en el planteamiento de JAKOBS para afirmar que hay injusto”, proponiendo la autora a tal fin “otorgar naturaleza normativa a la seguridad [...] y, entonces, definir la lesión de esta última como <<perturbación>>, como <<injusto penal>>”.

⁴⁷⁷ PASTOR MUÑOZ, N., “*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*”, *op. cit.*, pp. 70 y 71. Deja así la autora extramuros del objeto jurídico de los delitos de organización a la “seguridad material”, que define como “la ausencia de peligrosidad de los elementos no personales en la disposición sobre los bienes jurídicos -por ejemplo, la autenticidad de los documentos o el buen estado de los alimentos -”, y a la seguridad personal en su dimensión referida a que “las personas sean capaces de cumplir un determinado deber”, que sería lesionada -mantiene- por, “por ejemplo, quien conduce bajo los efectos del alcohol, pues [...] no está en condiciones de cumplir los deberes que derivan de su intervención en el tráfico rodado”.

disposición a delinquir mediante la pertenencia a una organización terrorista que mediante la pertenencia a una organización dedicada a la copia ilegal de CDs”⁴⁷⁸.

Son, principalmente, dos las causas que nos llevan a desconsiderar la propuesta de esta autora para explicar el injusto de los delitos de organización. En primer lugar, a nuestro juicio, en su discurso se vislumbra, aunque la autora lo niegue, el empleo del llamado “Derecho penal de autor”, contrario al principio de culpabilidad, según el cual el Derecho penal ha de responder frente a conductas o hechos externos perturbadores para bienes jurídicos, y no frente a opiniones o modos de vida. Precisamente para evitar que se la relacione con este “Derecho penal de autor” la autora disfraza su discurso, escudándose en que ha habido un comportamiento objetivo que entraña por su significado una perturbación social. Pero, en esencia, lo que provoca para la autora la perturbación social es la personalidad peligrosa del autor, que infiere de su pertenencia a la organización. Por otra parte inferir de conductas objetivas y externas la peligrosidad subjetiva de personas es una práctica muy peligrosa. Piénsese que con esa dinámica se podría llegar a legitimar la hipotética criminalización de conductas como dormir en la calle o hacerse un tatuaje. Esto es, escudándonos en una conducta objetiva, de la que inferir una peligrosidad subjetiva, criminalizar comportamientos que puedan considerarse para cierto sector social no aceptables moralmente. En segundo lugar, la autora, al tomar como referencia la tesis de KINDHÄUSER, adopta una concepción subjetiva del objeto de protección, lo que se revela en su definición de seguridad normativa como expectativas o confianza de los ciudadanos en que sus bienes jurídicos van a ser respetados. Ya señalamos, con ocasión del análisis de la noción subjetiva de orden público, las deficiencias de toda concepción de esta naturaleza para conformar un bien jurídico penal apto para limitar el ejercicio del *ius puniendi*.

5. Resumen de nuestra postura

La apreciación que se viene haciendo por los tribunales de concursos de delitos, y no de normas, entre el tipo de organización y los “delitos-fin” de que se trate cuando la organización da inicio a la ejecución de su programa criminal tiene, a nuestro juicio, su fundamento en el hecho de que, no obstante ejecutarse el delito en el marco de la agrupación criminal, el peligro de la comisión en el futuro de otros “delitos-fin” sigue subsistiendo por la sola existencia de ésta. Nótese, que, frente a la conspiración para delinquir, que va referida a un delito o delitos concreto/s, la organización criminal y el grupo criminal constituyen máquinas conspiratorias⁴⁷⁹, esto es, estructuras diseñadas

⁴⁷⁸ PASTOR MUÑOZ, N., “*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*”, *op. cit.*, pág. 88. La autora evita pronunciarse sobre qué a bien jurídicos concretos habría de estar referida la seguridad, señalando que: “esos límites no pueden definirse en abstracto, pues dependen de la sociedad concreta de que se trate”.

⁴⁷⁹ CARRETERO SÁNCHEZ, A., “La organización y el grupo criminal en la reforma del Código Penal”, *La ley*, nº 7560, 2011, pp. 1 y 8, en este sentido, define la organización criminal como “máquina de producir delitos”.

para cometer delitos⁴⁸⁰, que no se extinguen tras la comisión del concreto delito programado como la conspiración, sino que subsisten al hacer de la perpetración de infracciones criminales su modo de vida. Estos delitos, además, en ocasiones van más allá de los programados –aquí denominados delitos-fin – englobando también delitos cuya comisión propicia la propia dinámica organizativa. Nos referimos a los llamados “delitos instrumentales” ejecutados por la organización como medio o instrumento para aprovechar las ganancias del delito, adquirir beneficios extra de orden económico o político, o lograr impunidad –piénsese, por ejemplo, en el blanqueo de capitales o en el cohecho – y a los delitos de encubrimiento de los delitos realizados. Todo ello pone de manifiesto que el injusto de organización sobrepasa al injusto del “delito-fin” o del “delito instrumental” en sí mismo considerado pues consiste en el peligro objetivo de la comisión de un número indefinido de delitos ante la existencia de una agrupación, cuyos medios humanos y logísticos se encuentran organizados racionalmente para delinquir, pudiéndose, a la postre, concebirse el injusto de organización como injusto autónomo, si bien relacionado con el injusto de los delitos que son su objeto criminal, como pone de manifiesto el hecho mismo de que las penas se conecten con la gravedad de los delitos-fin. Bajo este entendimiento de la cuestión, se explican la circunstancia de que en alguna ocasión la pena de estos delitos sea mayor que la del delito-fin concreto objeto de la agrupación. Y es que, la organización o grupo criminal no son meros actos preparatorios de un delito concreto, y, por ello, de menor gravedad penológica, sino un estado de peligrosidad abstracta o general para un conjunto variado de bienes jurídicos.

En definitiva, podemos, pues, afirmar que la máquina o aparato de delinquir que constituye la organización o el grupo criminal posee un injusto independiente, que podríamos definir como el peligro de la comisión de un número indefinido de delitos a través de un aparato organizado para tal fin, lo que debilita las posibilidades de defensa de las potenciales víctimas y garantiza una alta probabilidad de éxito en la empresa delictiva. No obstante, habida cuenta de la amplitud con la que se configura en España, y también en Alemania, estos delitos, y de las injustas situaciones a que dicha configuración puede dar lugar –piénsese, por ejemplo, en el castigo de un grupo de okupas o grafiteros, por cuanto se dedican a delinquir, los primeros a cometer delitos de usurpación, y los segundos, de daños materiales –, resulta procedente proponer *de lege ferenda* una restricción del ámbito de aplicación de estos tipos penales, restringiendo el programa criminal a delitos de cierta gravedad. Y es que, pese a que, mantenemos que el injusto de organización trasciende del injusto del delito-fin en tanto el resultado eventualmente producido no agota la situación de peligro generalizado o abierto que conlleva la existencia de una agrupación criminal para bienes jurídicos, el bien jurídico

⁴⁸⁰ Si bien es cierto que en el art. 515.1º CP se define a las asociaciones criminales como “las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión...”, esto es, haciendo referencia al delito-fin de la organización en singular, prácticamente la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia vienen interpretando que el objeto de la asociación está integrado por un número indefinido de delitos.

protegido, que hemos definido como seguridad colectiva, se encuentra referido en última instancia a los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin. Se produciría, por tanto, una doble tutela de estos bienes jurídicos, si bien frente a ataques diversos: el delito de organización o grupo criminal, los tutelaría frente a una puesta en peligro general o abierta, y los delitos-fin, los protegerían frente a una afectación más directa. Esta doble tutela habría de restringirse, en atención al carácter fragmentario del Derecho penal, a los bienes jurídicos más importantes. En este sentido, nos parece oportuno limitar los delitos objeto de la organización y del grupo criminal a las infracciones que tengan aparejada una pena máxima privativa de libertad de al menos cuatro años, siguiendo el modelo marcado por los textos internacionales (la Convención de Palermo de 2000 y la Decisión Marco de 2008), en *pro* del logro de una armonización de las legislaciones penales de los distintos Estados en esta materia. La afectación de la seguridad colectiva por las organizaciones y grupos criminales se produciría en el momento mismo en que se constate la adecuación de la agrupación criminal, en sus medios y estructura, para llevar a cabo su programa criminal, pues, entonces, podría hablarse de peligrosidad general o abierta para los bienes jurídicos protegidos por los delitos-fin, desde una concepción no formal de los delitos de peligro abstracto.

En el caso del delito de organización criminal, entendemos que, junto a la seguridad colectiva, afectada por la potencialidad de la agrupación para cometer exitosamente los delitos-fin, habría otro objeto jurídico que se vería afectado, siendo así el delito uno de tipo pluriofensivo. Este otro bien jurídico sería, en nuestra opinión, la propia calidad democrática de los Estados, reflejada en el correcto e imparcial funcionamiento de los mercados e instituciones. La previsión de dos figuras para la represión del castigo de la participación en estructuras delictivas, como son la organización criminal y el grupo criminal, y la asignación de penas mayores a los miembros activos y colaboradores con la primera, ha de encontrar su fundamento en la existencia de una diferencia de tipo cualitativo entre ambas agrupaciones. En nuestra opinión, dicha diferencia se explica, no sólo por la mayor consistencia y estabilidad de la estructura de la organización, frente a la del grupo criminal, sino también, y en relación con ello, por el empleo sistemático por parte de la primera de métodos mafiosos, entendiendo por tales el uso sistemático de la corrupción y de la intimidación -yainplícita⁴⁸¹, ya explícita⁴⁸² -, y, potencialmente, como recurso subsidiario a los

⁴⁸¹ A este respecto se ha acuñado en Italia el término *mafia silente* (mafia silenciosa) para hacer referencia precisamente a una manifestación particular del método intimidatorio que caracteriza a las organizaciones mafiosas, caracterizada por la emisión de mensajes de intimidación indirectos. La fama criminal adquirida por algunas organizaciones criminales hace que no les sea necesario acudir explícitamente a la intimidación, en forma de amenazas, pudiendo ser suficiente para conseguir el dinero del empresario o el favor del político con el solo requerimiento, incluso de manera educada y formal. Expone bien este fenómeno, SPARAGNA, R.B., “Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pág. 1, cuando señala que las organizaciones mafiosas “además de llevar a cabo actos explícitos de violencia y amenazas, también pueden manifestarse a través de un comportamiento de intimidación caracterizado por mensajes de intimidación indirectos y simulados o, incluso, por la ausencia de advertencias directas. Dichas asociaciones, cuando se manifiestan de manera silenciosa, se “valen” de la fama criminal alcanzada a lo largo de los años en los territorios de

anteriores, de la violencia, así como de métodos fraudulentos para insertar sus ganancias delictivas en el mercado legal. Todo ello con el fin último de obtener beneficios económicos o materiales. Esto hace de las organizaciones criminales, no sólo un peligro para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin, y, en su caso, por los delitos instrumentales, sino también una amenaza para la propia calidad de la democracia. Coincidimos así con la argumentación mantenida por el legislador en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, en cuanto a que la criminalidad organizada no sólo multiplica cualitativamente la potencialidad lesiva de las acciones criminales ejecutadas en su seno, sino que además altera el normal funcionamiento de los mercados e instituciones, afectando a la capacidad de acción de los órganos del Estado en cuanto que se sirve de instrumentos complejos para asegurar la impunidad de sus actividades y la ocultación de sus recursos.

La conveniencia de instaurar un “tipo penal modelo” europeo, si no supra-europeo, de organización mafiosa ha sido señalada en varias ocasiones por el Parlamento de la Unión Europea, y por cierto sector doctrinal. Y es que, a pesar de que las organizaciones mafiosas tienden a relacionarse exclusivamente con determinados países, especialmente con Italia, a nivel europeo, y con países latinoamericanos, a nivel internacional, sabido es que, desde la globalización, dichas organizaciones han ampliado el marco territorial de sus actividades, estableciéndose en nuevos territorios, y extendiendo en ellos sus métodos y formas mafiosas, caracterizadas, como se ha dicho, por el empleo sistemático de la intimidación, y el uso potencial de la violencia, para insertarse en el tejido empresarial y político de los países, corrompiendo a autoridades y ciudadanos, y obteniendo así poder y beneficios de todo tipo. A pesar del relativo silencio de las autoridades españolas sobre la incidencia de organizaciones mafiosas en España, y, la consecuente falta de datos estadísticos concretos al respecto, célebres magistrados, fiscales e investigadores italianos vienen alertando de la intensa presencia de la mafia en España⁴⁸³. Si bien somos partidarios de una reforma del actual art. 570

origen y posteriormente se extienden y exportan a otras áreas del territorio nacional e incluso más allá de las fronteras nacionales”. Puede verse también, a este respecto, MOLINO, M., “La mafia silente”, *Opinio Juris*, 2018, <http://www.opiniojuris.it/la-mafia-silente-art-416c-p/> (fecha última consulta: 02/02/19).

⁴⁸² Señálese que en ocasiones, y sobre todo en el terreno político, la intimidación se muestra generalmente como mecanismo subsidiario a la corrupción. Así lo señala MUSACCHIO, V., “Corrupción política y criminalidad organizada: peligrosas connivencias”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, pág. 4, que, en referencia a las relaciones entre organizaciones mafiosas y política, alude a “las amenazas y los chantajes” como “mecanismos que se utilizan por la criminalidad organizada en casos extremos”, siendo los recursos primeramente empleados en la búsqueda de la corrupción del político, “el intercambio de favores, el clientelismo, el tráfico de influencias”.

⁴⁸³ Véase, por ejemplo, en EL DIARIO, 13/09/17 (consultado el 30/01/19), la entrevista al periodista Roberto Saviano, autor de la célebre “Gomorra”, en la que alerta de que “España es una plataforma de todos los tipos de mafia”, denunciando, en relación a ello, que “la mayor parte de España ignora -la presencia de la mafia, entiéndase -, pero esa ignorancia se está transformando en connivencia”. En el mismo sentido, véase la entrevista al general Giuseppe Governale, a cargo de la DIA (Dirección de Investigación Antimafia) en EL CONFIDENCIAL, 01/08/18 (consultado el 30/01/19), en la que define a España como “una especie de El Dorado para las mafias italianas”, describiendo la presencia de las mafias italianas en el territorio español como “relevante, insidiosa y silenciosa. Quiere que el pueblo español y sus autoridades digan que no existe”.

bis.1 CP, restringiendo su tenor literal para abarcar exclusivamente a este tipo de organizaciones, mientras dicha reforma no se produzca, proponemos esta interpretación restrictiva del tipo. En el siguiente capítulo, atinente a los conceptos de organización y grupo criminal, estableceremos con más minuciosidad los elementos que según nuestra opinión ha de reunir la organización criminal, de acuerdo con la interpretación de su injusto aquí mantenida.

CAPÍTULO II. CONCEPTOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL. LAS AGRUPACIONES CRIMINALES COMO INJUSTOS DE SISTEMA O “SISTEMAS DE INJUSTO”

1. La organización y el grupo criminal como objetos de referencia de todas las conductas típicas. Los injustos de organización y grupo criminal como “sistemas de injusto” o “injustos sistémicos”

Las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal van referidas a la agrupación criminal que da nombre al correspondiente delito, esto es, a la organización criminal y al grupo criminal, respectivamente⁴⁸⁴. Este hecho seguramente explique dos tendencias que se experimentan tanto en el terreno doctrinal como en el jurisprudencial en relación a los delitos de organización y de grupo criminal, así como al clásico delito de asociación ilícita. Nos referimos, por una parte, a la tendencia generalizada a analizar los conceptos de organización criminal o grupo criminal -según el delito de que hablemos - de forma previa a las conductas a ellos referidas. Esta práctica se manifiesta también, y de forma unánime además, en la praxis jurisprudencial a la hora de comprobar la efectiva subsunción de las conductas enjuiciadas en el caso concreto en los arts. 570 bis y 570 ter CP. Así, los tribunales vienen primero comprobando la eventual existencia de una organización criminal, para, en caso afirmativo, una vez identificada la misma, pasar a comprobar si las conductas de los acusados se incardinan en alguno de los verbos típicos del precepto; o, en caso negativo, proceder a la automática absolución por el delito de organización⁴⁸⁵. Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2007⁴⁸⁶, esta praxis responde a la lógica de la propia configuración legal de estos delitos, pues, si se piensa, sin la existencia de la asociación u organización criminal misma el análisis comparativo de las conductas concretas de los acusados con las conductas típicas de los arts. 517, 570 bis y 570 ter CP carece de sentido habida cuenta de que sin la asociación u organización misma no hay delito. Como en su momento señalara GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en relación al delito de asociación ilícita, “la “asociación” es sólo un “elemento” del

⁴⁸⁴ Lo mismo sucede en los tipos penales de organización previstos en el resto de países. En Alemania lo señala OSTENDORF, H., “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. Terroristischer Vereinigungen” §§129, 129 a StGB”, *op. cit.*, pág. 654, párrafo 10: “Todas las modalidades de conducta se refieren al concepto de *Vereinigung*”.

⁴⁸⁵ La STS de 19 de enero de 2007 (FJ Cuadragésimo-cuarto *in fine*) establece, en este sentido, que, de cara a la comprobación de la subsunción de los hechos probados en el delito de asociación criminal del art. 515.1º CP, ha de seguirse el siguiente orden de acuerdo con “la propia configuración del tipo penal”: “primero se impone definir, describir los elementos que conforman el perfil de la asociación reputada ilícita, y, después, se precisa determinar la actividad concreta del procesado que le convierte en miembro activo”. Tales consideraciones son también trasladables a los delitos de organización criminal del art. 570 bis CP, y grupo criminal del art. 570 ter CP, aún no incorporados al Código Penal en la fecha de publicación de esta sentencia. También en este sentido, si bien en materia de terrorismo, pero sus consideraciones son trasladables a las asociaciones y organizaciones criminales, se pronuncia la STS 119/2007, de 16 de febrero, al calificar como requisito o sustrato primario para la apreciación del delito de integración en organización terrorista la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista.

⁴⁸⁶ STS de 19 de enero de 2007, FJ Cuadragésimo-cuarto *in fine*.

tipo, [...] pero un elemento decisivo [...] el marco en el que convergen las respectivas conductas típicas (la del “director”, “presidente”, “afiliado”, etc.)”⁴⁸⁷.

La segunda tendencia a que hacíamos alusión, unida, sin duda, a la anterior, se refiere a la atención primordial que tanto jurisprudencia como doctrina han prestado a los conceptos de organización criminal y grupo criminal en comparación con las conductas típicas a ellos referidas, pudiendo hablarse de un claro desequilibrio entre el tratamiento de uno y otro aspecto⁴⁸⁸. Así, frente a los ríos de tinta que ha provocado la discusión en torno a los conceptos de asociación y organización criminal, la interpretación del significado de las distintas conductas tipificadas en los arts. 570 bis y 570 ter CP ha quedado relegada, siendo tratada como cuestión de segundo orden⁴⁸⁹. Como factor que puede contribuir de esa mayor atención doctrinal y jurisprudencial al concepto de organización que a las conductas típicas, se encuentra el hecho de que, al menos aparentemente, la interpretación de estos conceptos resulta más compleja que la concerniente a las conductas. Ya veremos la cantidad de cuestiones que se suscitan a medida que se vayan analizando los distintos elementos constitutivos de los conceptos de organización y grupo criminal. No obstante, como se verá, también la exégesis de las conductas típicas entraña sus dificultades. Póngase si no como ejemplo de ello la dificultad que implica el establecimiento de criterios claros de distinción entre las conductas de pertenencia activa y colaboración. No obstante, a nuestro juicio el factor clave que explica esta desatención a las conductas típicas y “sobre-atención” a los conceptos de organización y grupo criminal a los que aquéllas se refiere radica en una cuestión sustantiva o de fondo, relacionada con el injusto de estos delitos, y que aquí merece de unas consideraciones. En el capítulo anterior definimos el injusto de los delitos de organización y grupo criminal como la lesión de la seguridad colectiva ante la puesta en peligro abstracto o abierto a los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la agrupación, a lo que se uniría, en el caso exclusivo de la organización criminal, la amenaza al monopolio estatal en la imposición coactiva de normas,

⁴⁸⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 221. En sentido similar en Italia, en relación al tipo de asociación ilícita para delinquir del art. 416 CP, PATALANO, V., “L’associazione per delinquere”, *op. cit.*, pág. 82, que refiere que: “la asociación se presenta, ya como el resultado al que tiende las conductas de los promotores, fundadores y organizadores, ya como netidad social ya constituida en la cual se realizan las conductas de los jefes y participantes”.

⁴⁸⁸ Ya en tiempos de vigencia del CP 1973, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 221 y 234, llamaba la atención sobre esta tendencia, hablando, críticamente, de una sobrevaloración del concepto de asociación, y, con ello, de una infravaloración de las conductas típicas individuales. La explicación que da este autor a este proceder de la doctrina, en el sentido de centrarse en el análisis del concepto de asociación, dejando de lado el de las conductas típicas, es que el elemento “asociación”, y por ende “organización” en el caso del tipo del art. 570 bis CP, funciona como marco o punto de referencia de todas las conductas típicas, cumpliendo su análisis, por tanto, un papel decisivo de cara a la aplicación final del delito

⁴⁸⁹ Compárese, por ejemplo, el espacio que dedica ROMA VALDÉS, A., “El delito de organizaciones y grupos criminales”, *Estudios jurídicos*, 2012, pp. 12-15, a analizar cada una de estas materias, esto es, el concepto de organización criminal y las conductas típicas, siendo notablemente mayor el de la primera. Igualmente la complejidad con que se aborda la primera cuestión es mucho mayor que a la que caracteriza a la segunda. Otros ejemplos de esta disparidad en el tratamiento de una y otra cuestión los encontramos en MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada”, *op. cit.*

explicando así la mayor penalidad asignada a las conductas típicas frente a las referidas al grupo criminal.

En la dogmática penal tradicional el injusto, como sabemos, se concibe como hecho típico y antijurídico personal de acuerdo con el principio de personalidad de las penas como manifestación concreta del principio de culpabilidad, proscribiéndose la responsabilidad penal por hechos ajenos⁴⁹⁰. No obstante, si se piensa, esta tradición dogmática se ve enseguida puesta en entredicho por la propia configuración legal de los delitos que nos ocupan. Se constata claramente que per se, esto es, individualmente consideradas, las conductas típicas de “promover”, “organizar”, “constituir”, “dirigir”, y, sobre todo, las de “participar activamente”, “formar parte” o “cooperar”, no pueden ser portadoras de ese injusto. El sujeto que promueve o que forma parte activamente de una organización criminal no causa con su conducta individual una lesión a la seguridad colectiva, y mucho menos, amenaza al poder exclusivo del Estado en la imposición coactiva de normas. Es, por el contrario, la unión de todas las aportaciones humanas en el marco de esa organización, potenciada, además, por su estructura logística y por las dinámicas internas de grupo, la que provoca esos resultados. Esto es algo, por otro lado, implícito en la naturaleza jurídica de los delitos que nos ocupan, en cuanto delitos plurisubjetivos, que, como CARRASCO ANDRINO señala, se particularizan por que en ellos la lesión o puesta en peligro del objeto protegido se produce por la actuación de varias personas, desvalorándose, en consecuencia, “la actuación conjunta en el ataque al bien jurídico”⁴⁹¹. En los delitos de organización, la unión de acciones individuales en el marco de una agrupación criminal estructurada causa la lesión de la seguridad colectiva y el desafío al poder del Estado para imponer coactivamente normas. Es, por tanto, necesario adoptar un enfoque colectivo, de conjunto, para explicar el injusto de organización, pues atender individualmente a las acciones o fragmentos nos impediría ver el efecto provocado por el conjunto; como, acertadamente, señala VELASCO NÚÑEZ al respecto: “las ramas no dejan ver el bosque”⁴⁹². Podríamos concluir, así, que el injusto es, en esencia, un injusto del actuar conjunto de personas que contribuyen positivamente al logro del fin entramado delictivo, que no es otro que cometer delitos,

⁴⁹⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, pág. 136: “El principio de personalidad impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho de uno de ellos”.

⁴⁹¹ CARRASCO ANDRINO, M.M., *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002, pp. 78 y 79: “La conducta típica pluripersonal recibe un desvalor global y unitario, de manera que las conductas asiladas o bien carecen de relevancia penal por sí solas, o bien reciben una valoración distinta”. Aplicando esta argumentación a los delitos de asociación para delinquir y de asociación de tipo mafioso de los arts. 416 y 416 bis del CP italiano, véase ALEO, S., “*Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*”, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 260: “La consideración de la posición individual en la asociación delictiva “en sí misma” como un “delito monosubjetivo” resulta contradictoria con la dimensión plurisubjetiva del delito asociativo, de concurso necesario: a la caracterización más esencial de estas figuras delictivas [...] de definir la responsabilidad en atención a la contribución personal realizada a la dimensión organizativa estable de una actividad de tipo delictiva”.

⁴⁹² VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *La ley penal*, nº 86, 2011, pág. 11.

esto es, un injusto colectivo, y no un injusto personal. Tampoco sería, en puridad, una suma aritmética exacta de injustos personales, pues la dinámica de funcionamiento de los grupos estructurados para delinquir, cuando compleja, potencia tal supuesta suma, haciendo del grupo algo distinto y superior a la unión de sus componentes. Esta idea ya fue en su momento señalada, si bien no en un plano jurídico, sino psicológico-criminológico, por el lingüista alemán JÄGER, que subrayó, en sus estudios sobre la criminalidad de grupo cómo los comportamientos individuales cambian al interior de grupos sociales, de forma que, amparados por la cobertura que da el grupo, los sujetos llegan a realizar actos que de otra forma no se atreverían a llevar a cabo. En esta línea, el autor se refería a los grupos criminales como un “aliud”, un ente distinto de la suma de sus miembros, subrayando la necesidad de un cambio en el estudio de la criminalidad, hasta entonces focalizado en el fenómeno como una mera desviación individual, que aborde el delito desde su dimensión colectiva⁴⁹³.

En un plano ya estrictamente jurídico, fue el jurista, también alemán, LAMPE el primero en diseñar una construcción dogmático-penal propia para la fenomenología de la criminalidad en grupo. Todo ello surgió ante la evidencia de la insuficiencia de la dogmática hasta entonces existente, centrada en la estructuras del injusto del individuo, para abordar jurídicamente distintos fenómenos de criminalidad en grupo⁴⁹⁴ contemplados en el propio StGB, como el tipo de asociación ilícita del 129StGB. Como el propio autor señala: “Sus categorías fundamentales -acción individual, resultado social y la causalidad que los vincula -resultan sumamente simplistas en relación con la complejidad de los supuestos de hecho a enjuiciar”⁴⁹⁵. Teniendo como referente la teoría de los sistemas sociales del sociólogo alemán LUHMANN, según la cual el sistema social se conformaría por un conjunto de subsistemas sociales o microsistemas superpuestos e interrelacionados entre sí (sistema familiar, social, económico, etc.)⁴⁹⁶, LAMPE elabora el concepto dogmático de “injusto de sistema” social, o del “sistema de injusto”, según la terminología que se prefiera, manifestando con ello la idea de que a un grupo o sistema social puede corresponderle una cualidad de injusto propia, y cualitativamente diversa de la suma de los injustos personales de los individuos

⁴⁹³ Sobre los estudios de JÄGER, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, *op. cit.*, pp. 86-88.

⁴⁹⁴ Señalan también este aspecto MAÑALICH R., J.P., “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n° 2, 2011, pág. 280, que refiere que “la discusión acerca de la [...] “criminalidad organizada” [...] es de tipo ontológico: no contamos con el aparato conceptual adecuado para dar cuenta, satisfactoriamente” del problema, y más adelante: “la organización delictiva exige una tematización dogmática articulada”, VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pág. 11, que llama la atención sobre la necesidad de apartarnos en el tratamiento jurídico-penal del crimen organizado de concepciones individualistas, y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, *op. cit.*, pág. 93, en el mismo sentido.

⁴⁹⁵ LAMPE, E-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, en LAMPE, E-J., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003, pág. 101.

⁴⁹⁶ Sobre la teoría de LUHMANN, véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, *op. cit.*, pp. 84-86.

pertenecientes a tal sistema. Concretamente, dichos sistemas de injusto jurídico-penales serían, según LAMPE, “sistemas sociales en los que las relaciones de los elementos están organizadas hacia un fin asocial”⁴⁹⁷, siendo tales elementos “individuos relacionados entre sí a través de la comunicación y la interacción”. El autor no se queda en la definición, sino que también establece una clasificación de estos sistemas de injusto en dos modalidades básicas: los sistemas de injusto simples (*einfache Unrechtssysteme*) y los sistemas de injusto constituidos⁴⁹⁸. En los primeros, nos encontramos objetivamente hablando con un conjunto de individuos organizados hacia un fin común, que se conocen personalmente, y, desde un punto subjetivo, con una voluntad supraindividual de actuar funcionalmente de forma vinculada al sistema. El actuar “solidario” sobrepasaría al actuar individual aislado, fundamentándose en este sistema un injusto colectivo, que va más allá del injusto del comportamiento aislado de cada integrante. El resultado final es una nueva forma de responsabilidad (la responsabilidad penal del “sistema”) que incorpora a la responsabilidad por el propio hacer la del resto de sujetos sistémicamente vinculados⁴⁹⁹. Para LAMPE la manifestación más clara presente en los Códigos penales de sistema de injusto simple sería la figura de la coautoría, en la que se experimentan dos tipos de relaciones: las externas, entre autor y víctima, y las internas, entre los diferentes autores, en el marco del sistema social, siendo el significado de las primeras relaciones (las externas) sólo aprehendido si se considera asimismo el significado del segundo tipo de relaciones (las internas)⁵⁰⁰. La responsabilidad penal de los coautores, como sabemos, no se restringe a la responsabilidad por el propio hecho individual, sino que abarca el hecho de los otros coautores -en una posición en el sistema sustancialmente igual-, siempre que se realice bajo las directrices marcadas por el común acuerdo. El resultado, por tanto, es una responsabilidad por el actuar conjunto, un “injusto de sistema funcionalmente organizado”⁵⁰¹.

La segunda modalidad de sistemas de injusto, que es la que aquí nos interesa, es el sistema de injusto constituido, y el mismo, no sólo es más que la suma de sus partes, sino que va más allá, conformando una institución independiente del cambio de sus partes. El adjetivo “constituido” que acompaña a este sistema de injusto haría referencia a la constitución, ya formal, ya informal, de dicha institución mediante la determinación de sus objetivos y medios, y con ello, de su injusto⁵⁰². En este sistema de injusto el número de miembros es superior al del sistema de injusto simple, siendo el conocimiento entre ellos reducido; también, como se extrae de lo anterior, se experimenta en el sistema de injusto constituido un mayor grado de complejidad que en el simple, de ahí que LAMPE se refiera al término “institución”.

⁴⁹⁷ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 103.

⁴⁹⁸ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pp.104 y ss.

⁴⁹⁹ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

⁵⁰⁰ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pp. 104 y ss.

⁵⁰¹ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 106.

⁵⁰² LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

Estas diferencias entre el sistema de injusto constituido y el sistema de injusto simple no son baladí, sino que tienen importantes consecuencias prácticas: así, mientras que en la coautoría -ejemplo paradigmático de sistema de injusto simple -los coautores sólo responden penalmente por el injusto de resultado de su sistema, esto es, por los delitos perpetrados desde el sistema, en el marco del sistema de injusto constituido se responde, además de por los delitos cometidos desde el mismo, por la existencia del sistema mismo. Y ello porque una institución, dotada de personas preparadas, vinculadas entre sí por un sentimiento de comunidad, y medios técnicos racionalmente organizados para un fin asocial⁵⁰³ ya es per se digna de una respuesta a nivel penal, por constituir un “estado de injusto en sí”, sin necesidad de ninguna manifestación externa a través de acciones delictivas⁵⁰⁴, al derivarse del mismo un “peligro considerable para la seguridad pública”⁵⁰⁵. Y es que, según LAMPE, la categoría de la causalidad, determinante para la atribución de responsabilidad penal, “no sólo vuelve la mirada hacia el hombre que actúa, sino también a los sistemas sociales”, pudiéndose reprochárseles su “carácter decadente” si su organización se orienta a fines asociales⁵⁰⁶. Según el autor la aparición de los sistemas de injusto constituidos se conecta esencialmente con tres tipos de instituciones: las agrupaciones criminales que aquí nos ocupan, las empresas económicas con actitud criminal y los Estados pervertidos criminalmente, como en su momento lo fue el Régimen del III Reich, acuñando así los términos “sistemas orientados criminalmente”, “sistemas con tendencia criminal” y “sistemas pervertidos criminalmente”, para hacer alusión, respectivamente, a cada una de esas realidades⁵⁰⁷.

Aquí, como es lógico, centramos nuestra atención en las organizaciones criminales en su concepción de “sistemas orientados criminalmente”. Lo primero que

⁵⁰³ Concretamente los elementos que han de estar presentes en el sistema social para conformar un injusto de sistema constituido son cuatro, según LAMPE: 1) “*Un considerable potencial de riesgo*” que se acumula en el sistema, que “comprende, por un lado, personas preparadas para el conflicto, y, por otro, medios técnicos que pueden ser creados o utilizados mediante una división de trabajo”, 2) “su ataque organizado contra bienes jurídicos”, en el caso de la organización criminal o el Estado pervertido criminalmente, o “su integración defectuosamente organizada”, en el caso de la empresa con tendencia criminal, 3) Un “sentimiento de comunidad, en relación con la defectuosa conciencia de responsabilidad por parte de las personas vinculadas organizativamente en el sistema de injusto”, y 4) el sometimiento del potencial de riesgo constituido organizativamente a un fin que contradice el ordenamiento jurídico, en el caso de la organización criminal o el Estado pervertido criminalmente, o la revelación de una falta de cuidado, en el caso de la empresa con tendencia criminal. Véase LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pp. 137-140.

⁵⁰⁴ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 139.

⁵⁰⁵ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 140.

⁵⁰⁶ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pp. 149 y 150: “Los tipos de injusto de sistema citados -se refiere a los constituidos - [...] han mostrado [...] que, aparte del injusto de acción, hay también otro injusto merecedor de pena. [...] Y se demuestra que a ambos les corresponde la responsabilidad por las mismas causas: por tener un carácter. Ciertamente, existen [...] también algunas diferencias. Los individuos tienen un carácter personal, los sistemas constituidos un carácter social. En consecuencia, la decadencia del carácter tiene [...] distintas consecuencias. En el sistema social fundamenta el injusto social, mientras que en el individuo fundamenta la culpabilidad personal. Sin embargo, la pena puede estar orientada hacia ambos caracteres dado que pueden ser cambiados voluntariamente”.

⁵⁰⁷ LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 114.

puede llamar la atención a este respecto es la aparente ineficacia de la tesis de LAMPE para explicar la regulación legal de los delitos de organización y asociación ilícita en el StGB y el resto de códigos penales del entorno. Véase, si LAMPE afirma que el injusto del sistema social constituido es un injusto del sistema en cuanto tal -en este caso de la agrupación criminal -y no de las acciones de sus individuos, la realidad legal es que los códigos penales nacionales conectan las penas en ellos indicadas con la conducta individual de los sujetos integrantes o colaboradores de la organización.No obstante ello, LAMPE da una respuesta lógica al proceder legal, subrayando que éste responde a la simple “inexistencia jurídica” de la agrupación criminal, habida cuenta de su actividad intrínsecamente ilegal, lo que hace que la eventual aplicación de una pena a la misma sea del todo ineficaz, pues “lo que no existe para el Derecho, no puede ser mejorado por el Derecho”⁵⁰⁸. Ello explicaría, pues, que la responsabilidad penal por el injusto de sistema constituido recaiga en sus fundadores o miembros, reclamándoseles, no obstante, a los mismos una cierta contribución activa en el sistema⁵⁰⁹, el resultado con ello son injustos de acción, en tanto injustos individuales, procedentes, no obstante, de un injusto de sistema constituido.Esa responsabilidad por el sistema atribuida individualmente a los sujetos que contribuyen positivamente al “buen fin” de la organización criminal concurrirá, en su caso, con la responsabilidad por la acción propia en el caso de que se cometan delitos en el marco de la organización, en tanto que son injustos distintos, no consumibles entre sí: el primero de tipo sistémico, traducible en una amenaza a la comunidad, y el segundo, un injusto de acción individual o injusto propio, concretado en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concretamente afectado por el delito-fin⁵¹⁰.

A nuestro juicio la novedosa construcción dogmática de LAMPE es apta para explicar la estructura de los delitos de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter CP, y por analogía, también del delito de asociación ilícita de los arts. 515 y ss. CP, ante la clara insuficiencia de las concepciones tradicionales de las estructuras de injusto como injustos personales para explicar las altas penas asignadas por la ley individualmente a los partícipes activos en estas agrupaciones criminales. Es necesario para fundamentar dichas penas entender, por tanto, que la configuración de los delitos de organización responde al esquema del *pactum scaeleris* concierdo de propósito colectivo común, en que se basa la coautoría, según el cual a cada individuo que forma parte del pacto común para delinquir se le hace responsable no sólo de su contribución al delito, sino también de la contribución del resto, respondiendo al final cada uno por el conjunto, siempre, claro está, de que además de participar en el pacto, lleve a cabo una

⁵⁰⁸ LAMPE, E-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 152, y, más adelante, en la pág. 177 reitera la idea con las siguientes palabras: “Si un sistema constituye un injusto, entonces la responsabilidad jurídico penal por ello afecta, en primer lugar, al propio sistema de injusto. Si el sistema de injusto no tiene forma institucional o su forma institucional no encuentra una forma jurídica válida, entonces su responsabilidad jurídico-penal está excluida”. Véase también, a este respecto, explicando la argumentación de LAMPE, recogiendo el pensamiento de LAMPE, MAÑALICH R., J.P., “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, *op. cit.*, pág. 282.

⁵⁰⁹ LAMPE, E-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pp. 153 y 177.

⁵¹⁰ LAMPE, E-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

contribución positiva al hecho típico⁵¹¹. No obstante, mientras en la coautoría ese *pactum scaeleris* se aplica en relación al injusto del delito objeto del concierto delictivo, tras el cual la agrupación decae, en las organizaciones y grupos criminales el mismo se refiere al propio pacto base de la existencia de la agrupación criminal, que entraña, siguiendo la terminología de LAMPE, un injusto de sistema constituido, autónomo respecto al injusto de los delitos-fin. Nótese, no obstante, que, en puridad, no es suficiente el pacto configurador de la agrupación criminal para exigir responsabilidad penal, sino que se requiere de una estructura organizada de medios logísticos y personales apta para la consecución de los fines delictivos, y, por ende, apta para afectar a la seguridad colectiva y, en el caso de la organización criminal, también para desafiar al monopolio estatal para imponer normas coactivamente. Tampoco quedarían ahí las exigencias de cara a imponer una pena, pues, al igual que ocurriera con la coautoría -sistema de injusto simple-, también en las agrupaciones criminales -sistemas de injusto constituidos - se exige, además de la participación en el “pacto criminal”, de una cierta contribución positiva de los sujetos individuales, en este caso, dirigida al mantenimiento de la agrupación criminal o a la consecución de sus fines criminales, no siendo, en nuestra opinión, suficiente con la mera adhesión a la misma. Así, el sujeto que se integra en la agrupación criminal, aceptando con ello sus fines (pacto de adhesión) tendría aún, para responder penalmente por el injusto de sistema constituido, que efectuar alguna de las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal, que aquí interpretamos, como ya se verá, incluso en el caso del verbo “formar parte”, del tipo de organización criminal, o “integrar”, del tipo de grupo criminal, como conductas activas. En este punto es cuando el legislador realiza en el art. 570 bis.1 CP cierta discriminación entre los sujetos del círculo de la agrupación criminal, ponderando, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y, ahora sí, de culpabilidad, las penas según la relevancia de la conducta llevada a cabo para con el buen fin de la agrupación criminal. Así, habría conductas más gravosas por su mayor contribución a la organización como promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir, y, conductas menos gravosas a este respecto, y por ello, más levemente castigadas, como participar activamente o cooperar. No sucede lo mismo, sin embargo, en el ámbito del delito de grupo criminal, donde el legislador ha considerado atendiendo a la menor complejidad organizativa de la agrupación que dicha discriminación penológica era innecesaria, atribuyendo la misma pena a todos los sujetos, contribuyentes activos para con el mantenimiento y buen éxito de la agrupación criminal. Personalmente, consideramos que hubiera sido un acierto extender también dicha ponderación de las penas en atención a la relevancia de la contribución desempeñada para con el grupo criminal, pues, como se verá, a pesar de no reclamar la ley la presencia en su seno de un reparto coordinado de tareas o funciones, en la práctica tal reparto está presente en la mayoría de agrupaciones calificadas por los tribunales como grupo criminal *ex* art. 570 ter CP.

⁵¹¹ Véanse, por ejemplo, las SSTS 15/12/2003, 11/04/2006, y SAN 17/07/2006, que, de cara a la aplicación de la coautoría, reclaman la presencia de dos requisitos esenciales: uno de tipo subjetivo: la existencia de un acuerdo previo para delinquir, y, otro, de tipo objetivo: la realización por el sujeto -coautor- de una aportación eficaz y trascendente, difícilmente reemplazable en el resultado producido.

El injusto de lesión a la seguridad colectiva requiere de una agrupación estructurada idóneamente para delinquir, y ello difícilmente concurrirá si no es con un mínimo reparto de tareas entre los integrantes de la agrupación.

De acuerdo con la concepción del “injusto de organización” aquí mantenida, como injusto colectivo, si bien, en el caso de la organización criminal modulado en su atribución concreta a los sujetos en función de su injusto de acción, en el capítulo presente, atinente a los conceptos de organización y grupo criminal, podríamos referirnos a las agrupaciones como sistemas de injusto, distinguiendo en los mismos, como en todo injusto, entre sus elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos (tipo objetivo) del sistema de injusto de organización como injusto colectivo serían la agrupación caracterizada por estar compuesta por más dos personas, y estar dotada de una estructura permanente y un reparto de roles; y el elemento subjetivo (tipo subjetivo) estaría conformado por la intención de cometer delitos con una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años, según la interpretación restrictiva que hacemos del tipo conforme al contenido del injusto. Los elementos objetivos del injusto vendrían, así, a equipararse con la conducta, sujetos y objeto de los injustos de acción, aquí sustituida por el sistema que es la organización criminal y sus características, y el elemento subjetivo del injusto colectivo se correspondería, por su parte, con el dolo del injusto personal.

En lo que sigue, procedemos a analizar estos elementos objetivos y subjetivos del injusto colectivo en sí, o dicho de otra manera, los elementos integrantes de los conceptos de organización y grupo criminal *art. 570 bis.1.II y 570 ter.1.II CP*. En el capítulo siguiente analizaremos el injusto colectivo como injusto personal transferido a cada uno de los sujetos actuantes en el marco de la agrupación criminal, realizando entonces la exégesis de las conductas típicas de los tipos de organización y grupo criminal.

2. El concepto de organización criminal. Análisis de la organización criminal como injusto de sistema constituido

2.1. Necesidad de interpretar restrictivamente el concepto de organización criminal como organización de tipo mafioso tomando como referente el art. 416 bis CP italiano

El art. 515.1º CP, que venía utilizándose antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la jurisprudencia para la represión de la criminalidad organizada, no aportaba una definición completa del término “asociación ilícita”, limitándose a exigir dos elementos para su aplicación: la finalidad de cometer delitos, y el carácter originariamente o sobrevenidamente ilícito de la agrupación⁵¹². Mediante esta

⁵¹² Dispone el art. 515.1º CP que: “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”.

indeterminación legal en relación al número mínimo de integrantes de la agrupación, así como a las características logísticas y organizativas del entramado, el legislador venía a relevar el testigo a los jueces en la concreción de estos aspectos, generando así una gran inseguridad jurídica, muy criticada por la doctrina. Quizás fue la conciencia de estas críticas, unida, en todo caso, a las obligaciones de armonización en esta materia sentadas por la Unión Europea y las Naciones Unidas, lo que llevó al legislador del 2010 a recoger en el párrafo segundo del apartado primero del art. 570 bis CP una definición -ahora sí, completa - del concepto de “organización criminal”, disponiendo 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”.

La definición se asemeja a las de “grupo delictivo organizado” y “organización delictiva” contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 2.a) y la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (art. 1.1), que disponen, respectivamente, que:

-“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”.

-“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 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”.

No obstante, como se aprecia, en la definición española que nos ocupa se omiten dos características clave presentes en las definiciones internacionales: el fin de cometer delitos que tengan aparejada una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años y el ánimo de obtener un beneficio económico o material, ampliando con ello el legislador el ámbito de aplicación del tipo del art. 570 bis CP frente a lo requerido por los compromisos suscritos a nivel internacional. La definición resultante viene así a aproximarse al concepto de asociación ilícita de tipo criminal que venía manejándose en el terreno jurisprudencial, que, omitiendo los anteriores requisitos relativos al ánimo de lucro y a la finalidad delictiva grave, exigía un mínimo de tres personas, un reparto de roles y una cierta estabilidad en la agrupación delictiva. Esta similitud entre el concepto legal de organización criminal y el concepto jurisprudencial de asociación ilícita va a provocar, como veremos en el capítulo atinente a las relaciones

concursoales, problemas en la delimitación del ámbito de aplicación propio de una y otra figura⁵¹³.

Como señalamos en el capítulo previo, las diferencias entre las penas establecidas a los partícipes y colaboradores con la organización criminal en el art. 570 bis.1 CP y las asignadas a los partícipes y colaboradores con el grupo criminal en el art. 570 ter.1 CP han de tener su razón de ser en la existencia de diferencias cualitativas entre una y otra agrupación delictiva. Si bien las definiciones legales de “organización criminal” y “grupo criminal” ya marcan algunas diferencias en este sentido, asignando el legislador a la organización criminal una vocación de estabilidad y un reparto de roles, no presentes necesariamente en el grupo criminal *ex* art. 570 ter.1 CP, entendemos que la cuestión no puede quedar aquí. Por una parte, es necesario, y ya lo expondremos con mayor detalle al tratar el concepto de grupo criminal, que estén presentes en esta agrupación ambos elementos (vocación de permanencia en el tiempo y estructura basada en el reparto de roles) si queremos marcar una diferencia clara entre la misma y la mera codelincuencia, que explique además el injusto autónomo presente en el grupo criminal, consistente en la lesión a la seguridad colectiva. Por otra parte, y, en consonancia con lo anterior, urge marcar una diferencia clara entre la organización y el grupo criminal, que explique la previsión de ambas figuras, y el establecimiento de mayores penas a los miembros activos y colaboradores de la organización criminal.

Si el grupo criminal se concibe, de acuerdo con su injusto autónomo respecto al injusto de los delitos que constituyen su objeto, como una agrupación de más de tres personas que se dedica a delinquir con vocación de estabilidad y bajo una estructura basada en el reparto de tareas, la organización criminal ha de ir más allá. Esta diferencia estructural entre ambas agrupaciones se conecta con el injusto complementario a la lesión a la seguridad colectiva que señalamos como inherente a las organizaciones criminales, y que definimos como la amenaza al correcto funcionamiento del sistema económico, financiero e instituciones de los Estados, así como a los propios fundamentos democráticos de los Estados. Así, estarían, por una parte, los grupos criminales, que serían agrupaciones idóneas para delinquir con vocación de estabilidad, que lesionan la seguridad colectiva, y, por otra, y, en un nivel superior, las organizaciones criminales, como agrupaciones no sólo estructuradas idóneamente para delinquir, sino también como entidades que hacen peligrar las bases democráticas del Estado y el correcto funcionamiento de sus mercados e instituciones. Este injusto adicional de la organización criminal frente al grupo criminal requiere de la existencia en la organización de unas características específicas, ausentes en el grupo criminal, que posibiliten que la misma sea por su sola existencia un peligro para la supervivencia de

⁵¹³ Así lo señala LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 25. Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 517, que, refiriéndose a las notas características de la asociación ilícita del art. 515.1º CP, dispone: “estas mismas características o elementos son los que, según lo previsto en el art. 570bis.1 introducido por la reforma de 2010, se necesitan para la configuración de una agrupación como organización criminal por lo que cabe señalar que el conflicto de normas se produce [...] entre los arts. 515 y 570 bis...”.

los regímenes democráticos y del buen funcionamiento de los órganos e instituciones estatales. Por lo que entendemos necesario a este fin interpretar de manera restrictiva el concepto de organización criminal del art. 570 bis.1 CP. A este respecto, teniendo en cuenta que las agrupaciones que se erigen como una amenaza en este sentido son las comúnmente denominadas “organizaciones mafiosas”, y, especialmente, las organizaciones mafiosas tras la Unificación de Italia⁵¹⁴, y, mas aún, tras la globalización, insta reclamar en la organización criminal del art. 570 bis.1 CP la presencia de los rasgos típicos de estas agrupaciones. Estas características se han venido concretando generalmente -si se atiende a estudios criminológicos realizados sobre organizaciones criminales italianas como La Cosa Nostra, la Camorra, o, la ahora agrupación italiana más poderosa, la ‘Ndrangheta – comola ostentación de estructuras organizadas de notable complejidad, dotadas de códigos o sistemas normativos propios, la realización de una gran variedad de actividades delictivas, el empleo sistemático de la extorsión, las amenazas, y, en fin, la corrupción, el recurso como medio subsidiario a los anteriores de la violencia, tanto dentro como fuera de la agrupación, y el uso de mecanismos fraudulentos para insertar en el mercado legal sus ganancias delictivas. Todo ello presidido por una finalidad última: el ánimo de obtener beneficios económicos y/o poder⁵¹⁵. Habida cuenta, además, de la expresa manifestación por cierta doctrina⁵¹⁶, y, sobre todo, por los organismos internacionales⁵¹⁷, de la necesidad de establecer a nivel europeo un tipo penal de organización mafiosa, cobra aún mayor sentido esta propuesta de interpretar, mientras dicho tipo penal no se establezca, el término actual de organización criminal *ex* art. 570 bis.1 CP como organización criminal de tipo mafioso.

De cara al establecimiento de un concepto concreto de organización criminal, así entendida, un buen modelo a tomar como referencia puede venir de la mano de la

⁵¹⁴SIDONI, A., “Mafia, Camorra, ‘Ndrangheta: El imaginario colectivo y la evolución histórica”, en CÁMARA DE LANDA, E., y MORABITO, S., *Mafia, ‘Ndrangheta, Camorra. En los entresijos del poder paralelo*, Universidad de Valladolid, 2005, pág. 33 señala que “la historiografía más reciente (Brancato, Lupo, Mangiameli, Renda, Sindoni) ha indicado decididamente el periodo comprendido entre 1861 y 1865 para identificar el comienzo real de la “mafia” como tal. Es por los años inmediatamente posteriores a la Unificación de Italia, y en la difícil compaginación de Sicilia con el resto del país, donde hay que buscar la génesis de un fenómeno que se manifestaría posteriormente con tres cabezas [...]: Mafia, Camorra, ‘Ndrangheta”.

⁵¹⁵ Señala este conjunto de características MUSACCHIO, V., “Concepto de criminalidad organizada transnacional, globalización y función de la cooperación internacional”, *op. cit.*, pp. 1-4.

⁵¹⁶ Así, por ejemplo, MUSACCHIO, V., “Sobre la necesidad de instituir el delito de asociación mafiosa en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 25, 2016, que dedica un artículo a esta cuestión, alertando de que “la mafia no es solamente un problema italiano” (pp. 1 y 5) y mostrando la urgente necesidad de la redacción de un “texto único antimafia europeo, común en todos los Estados miembros” (pág. 5).

⁵¹⁷ Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de octubre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe definitivo) (2013/2107(INI)), y, concretamente a su lista de “Recomendaciones finales”, en cuyo apartado 131.i erige en prioridad, dentro del plan de acción europeo para el periodo 2014-2019 destinado a erradicar la delincuencia organizada, el establecimiento de una “definición de delincuencia organizada (que abarque, entre otros, el delito de pertenencia a organización de tipo mafioso)”

legislación italiana -pionera en lo que a leyes antimafia se refiere⁵¹⁸ -,y, más concretamente del art. 416 bis CP italiano, que contempla un tipo penal específico para la represión de la criminalidad organizada mafiosa⁵¹⁹: el delito de asociación de tipo mafioso. Establece el legislador italiano en el apartado 3 del citado precepto que una asociación es de tipo mafioso cuando “quienes la integran se valen de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de las condiciones de sometimiento y de la “ley de silencio” que de aquel vínculo se deriva, (1)para cometer delitos, (2) para conquistar en modo directo o indirecto la gestión o bien el control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones, licitaciones y servicios públicos, o (3)para obtener ganancias o ventajas injustas para sí o para otros, o bien(4)con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurar votos para sí o para otros con ocasión de votaciones populares”⁵²⁰.

Se establecen así en la legislación italiana la intimidación, el sometimiento y la denominada *omertà* como elementos inherentes a las organizaciones mafiosas, que les sirven precisamente como medios instrumentales para alcanzar alguno de los fines alternativos⁵²¹, *supra* enumerados del “1” al “4”, a perseguir por estas agrupaciones. Si bien, en puridad, la fuerza de la intimidación del vínculo asociativo es la que contribuye de la existencia de condiciones de sometimiento y de la “ley del silencio”, la existencia de este sometimiento y de la *omertà* contribuye, a su vez, al fortalecimiento de la fama y eficacia intimidatoria de la organización, pudiéndose hablar, por tanto, en este sentido, como refiere TONA, de una interrelación o “proceso causal circular” entre los elementos establecidos como instrumentos de la organización mafiosa. La “fuerza de la intimidación”, definible como la capacidad de infundir miedo o temor, tanto *ad intra* -esto es, a los propios miembros, sujetos a obligaciones de fidelidad y lealtad a las normas y reglas de la organización -, como *ad extra* -al exterior de la organización, en el territorio de actuación de la misma-, ha de provenir, como deja entrever el precepto, de la misma organización, y más concretamente del vínculo asociativo, y no, por tanto,

⁵¹⁸ Así lo señala MUSACCHIO, V., “La mafia como un fenómeno a combatir a nivel europeo”, *op. cit.*, pág. 2, que refiere que en esta materia la legislación italiana está “a la vanguardia”.

⁵¹⁹ Señala esta circunstancia críticamente MUSACCHIO, V., “La mafia como un fenómeno a combatir a nivel europeo”, *op. cit.*, pág. 3.

⁵²⁰ A pesar de erigirse como un modelo a tomar como referente, insta señalar aquí que la redacción del precepto ha motivado muchas críticas entre la doctrina por su excesivo casuismo. Véase en este sentido, por ejemplo, MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 18, que critica que el legislador “describe medios y fines, según esquemas más próximos a las exigencias de la Sociología que no del Derecho penal”, denunciando, además, al mismo tiempo la indeterminación de que peca el precepto, cuya redacción provoca -afirma- muchas dudas de cara a su interpretación. En sentido parecido, señalando que la definición literal resulta a la vez imprecisa y reiterativa, TONA, G., *I reati associativi e di contiguità* (Artt. 416-418), en MANNA, A., PAPA, M., CADOPPI, A., y CANESTRARI, S. (Dir.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. III*, Torino, 2008, pág. 1090.

⁵²¹ Así, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pp. 1087 y 1088, que señala, además, la relación causal circular existente entre la intimidación, y las condiciones de sometimiento y la *omertà*, refiriendo que la primera contribuye sin duda al logro de las segundas, pero que éstas también hacen lo propio con la primera, pues un gran sometimiento de los miembros y una gran efectividad de la “ley del silencio”, incrementan a su vez la fama y poder intimidatorio de la organización.

de actuaciones o iniciativas por cuenta y riesgo de miembros individuales de la agrupación⁵²².

Las finalidades alternativas que pueden perseguirse por la organización mafiosa mediante el empleo de la intimidación⁵²³, y, con ello, de la imposición de condiciones de sometimiento y de la “ley del silencio”, que lleva a testigos y víctimas de la misma a no denunciar los delitos cometidos en el marco de la agrupación⁵²⁴, son, de acuerdo con la ley italiana, la comisión de delitos, el control o gestión ilícitas de actividades económicas o la obtención de autorizaciones o licitaciones, la obtención de ganancias o beneficios ilícitos o la intervención política, alterando el resultado de elecciones populares⁵²⁵. Realmente, con estas finalidades se da cuenta de muchas de las prácticas habituales de las organizaciones mafiosas referidas anteriormente, que las convierten en un peligro para el buen funcionamiento de los mercados, de la política, y, en general de las instituciones democráticas de los Estados: la gestión ilícita de los mercados, el control fraudulento de actividades económicas, la corrupción de políticos y ciudadanos, el blanqueo de capitales, etc. No obstante, si bien es cierto que el precepto italiano sintetiza los caracteres clave de las organizaciones mafiosas, que las hacen ostentar el injusto adicional a la lesión de la seguridad colectiva conformado por la amenaza al correcto funcionamiento de mercados e instituciones democráticas, constatamos ciertas deficiencias en la redacción del precepto, que nos proponemos a subrayar, de cara a nuestra interpretación de la “organización criminal” del art. 570 bis CP.

Lo primero que nos llama la atención a este respecto es la previsión de la comisión de delitos como una posible, y no necesaria, finalidad de la organización mafiosa⁵²⁶. Quizás ello se deba a que como el uso de la intimidación, que es el método instrumental inherente a la organización para la consecución de sus fines, ya implica en la mayor parte de ocasiones la ejecución de delitos -véase: extorsiones, amenazas o robos con intimidación -, se ha considerado innecesario por parte del legislador establecer expresamente la comisión de infracciones como característica de la organización. No obstante, no llega a entenderse entonces por qué aparece la ejecución de delitos como una finalidad posible de la organización, siendo tal referencia equívoca.

⁵²² TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1088.

⁵²³ Subraya que se trata de fines alternativos, de forma que es suficiente para aplicar el precepto con la concurrencia de uno sólo de ellos, siendo, además, irrelevante a nivel legal la concurrencia de varios, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1091.

⁵²⁴ Señala la fuerza de la intimidación en este sentido CUENCA GARCÍA, M.J., “La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano”, *La ley penal*, nº 93, 2012, pp. 18 y 19.

⁵²⁵ Esta última finalidad fue introducida en el art. 416 bis CP por el Decreto Legislativo nº 306, de 8 de junio de 1992 -art. 11bis -. TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1092 se muestra crítico con esta inclusión pues entiende que la misma no tiene ninguna repercusión práctica, más allá del incentivar o concienciar a los órganos jurisdiccionales sobre estas prácticas corruptivas en el ámbito político por parte de las organizaciones mafiosas.

⁵²⁶ Señala el papel secundario de la comisión de delitos en la configuración del tipo del art. 416 bis CP, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pp. 1071 y 1090.

A nuestro juicio, la comisión de delitos ha de erigirse claramente, junto al uso sistemático de la intimidación, y al uso potencial de la violencia, en una característica inherente a la organización mafiosa⁵²⁷, que explica su carácter pluriofensivo, en tanto afecta tanto a la seguridad colectiva, por dicho fin de cometer delitos, como al buen funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas, por el empleo sistemático de la intimidación para conseguir poder y beneficios, infiltrándose en la sociedad. Pero, además, a nuestro juicio, tales delitos objeto de comisión por la organización mafiosa han de incluir a delitos de cierta gravedad. Podría acogerse a este respecto el criterio de las convenciones internacionales, cuando en referencia a los conceptos de “grupo delictivo organizado” y “organización delictiva”, se exige el objeto de comisión de delitos que prevean una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años⁵²⁸. Si bien es cierto que los delitos que implican el uso de la intimidación y de la violencia normalmente ya llevan aparejados en los Códigos penales penas privativas de libertad considerables, que cumplen dicho requerimiento, “no está de más” incluir este requisito en el concepto de organización mafiosa.

Otro aspecto que nos parece cuestionable de la regulación actual del delito de organización mafiosa en el art. 416 bis CP italiano, y, que instamos a modificar en nuestra propuesta *de lege ferenda* de tipo penal español de organización criminal, como organización mafiosa para delinquir, es el atinente al número mínimo de miembros requerido por el tipo, equivalente a tres personas⁵²⁹. En este sentido nos parece del todo insuficiente dicha cifra para una agrupación que supone una amenaza para el buen funcionamiento de los mercados y las instituciones, y, en fin, que supone el peligro de socavar las bases democráticas de los países. La cualificación prevista para el tipo en caso de que la organización esté integrada por diez o más personas debiera ser en todo caso un elemento del propio concepto de organización mafiosa, y no una circunstancia agravante.

⁵²⁷En la doctrina italiana mantiene con contundencia esta opinión ALEO, S., “Delitti associativi e criminalità organizzata. I contributi della teoria dell’organizzazione”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n° 3, 2012, pp. 233-236, que señala la finalidad de cometer delitos como elemento necesariamente inherente tanto a la organización para delinquir del art. 416 CP italiano, como a la organización mafiosa del art. 416 bis CP italiano, mostrando así su divergencia respecto a los autores que entienden que la asociación mafiosa es objeto de atención penal *per se*. Como argumento de “sostén” a su postura, el autor arguye que una interpretación contraria a la que mantiene -esto es, que no exija el fin delictivo a la organización mafiosa -supondría vulnerar lo dispuesto en el art. 18.1 de la Constitución italiana, que sitúa el criterio general de antijuridicidad de la asociación en su finalidad delictiva. Por todo ello, el autor señala que al menos los medios de intimidación empleados por la organización sean de carácter delictivo (delitos de extorsiones o violencia), esto es, que el método mafioso suponga como mínimo delinquir.

⁵²⁸ En esta línea véase CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, *Ius et Praxis*, vol. 16, n° 2, 2010, pág. 285.

⁵²⁹Establece el art. 416 bis CP italiano: “Chiunque fa parte di un’associazione di tipo mafioso *formata da tre o più persone*, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l’associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni...”.

Teniendo en cuenta estas críticas, abogamos, por tanto, mientras no se incorpore un tipo penal específico para la organización mafiosa, por una interpretación restrictiva del actual concepto de organización criminal art. 570 bis CP como agrupación formada por un número considerable de miembros que, bajo una estructura considerable, basada en el reparto de tareas, se dedique con vocación de permanencia a la comisión de delitos de cierta gravedad, y se valga de la fuerza de intimidación, *ad intra* y *ad extra*, para participar de la gestión o el control de actividades económicas o políticas, con el fin último de obtener beneficios y/o poder. En consecuencia, ésta sería también nuestra propuesta *de lege ferenda*, ya no sólo de cara a una eventual modificación del delito de organización criminal, sino también en aras a la creación de un “tipo penal modelo” europeo de organización mafiosa, que vienen reclamando, como vimos, cierta doctrina e instituciones europeas.

Realizada nuestra propuesta, en lo siguiente procedemos a examinar cada uno de los elementos que componen actualmente la definición legal de organización criminal, analizando la interpretación que doctrina y jurisprudencia españolas hacen de ellos, y, sosteniendo nuestra opinión crítica al respecto. Antes de ello, no obstante, consideramos oportuno aclarar que la definición legal de organización criminal que nos ocupa no sólo resulta aplicable al delito del art. 570 bis CP, al que da nombre, sino que su eficacia se extiende a todos los subtipos cualificados previstos en la Parte Especial del Código que hacen alusión a la participación en una “organización”⁵³⁰. Ello se colige de la coletilla inicial “a los efectos de este Código” empleada por el legislador al definir la organización criminal⁵³¹, además de haber sido afirmado expresamente por la jurisprudencia relativa al subtipo de tráfico de drogas en el seno de una organización delictiva⁵³². También actualmente se aplica la definición legal de organización criminal,

⁵³⁰ Precisamente por el carácter genérico del concepto, aplicable tanto al art. 570 bis CP, como a los subtipos por organización previstos a lo largo de la Parte Especial del Código Penal, podría considerarse que el lugar actual adecuado del texto punitivo para el establecimiento de la definición habría de ser el Libro I, relativo a disposiciones generales sobre los delitos, y, concretamente, el Capítulo VI, rubricado “Disposiciones generales”, del Título Primero de dicho libro, que contiene otras definiciones legales de efectos generales como las de “autoridad”, “funcionario público” o “documento”. El contenido del art. 570 bis, y, por analogía el del art. 570 ter CP, podría así restringirse a la formulación de las conductas típicas en relación con las dos agrupaciones delictivas, debiendo el intérprete acudir al título I para integrar el precepto con los conceptos allí contenidos de organización y grupo criminal. No obstante, como se verá en el capítulo atinente a las relaciones concursales, somos partidarios de suprimir todas estas circunstancias agravantes de la Parte Especial del Código Penal, en tanto provocan conflictos normativos innecesarios con los tipos de organización y grupo criminal, por lo que en nuestra propuesta de *lege ferenda* la referencia a las organizaciones y grupos criminales se restringiría a los arts. 570 bis y 570 ter CP, no siendo tan obvia la conveniencia de incluir las definiciones de organización y grupo criminal en la Parte General del Código penal.

⁵³¹ Así lo apunta SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1399.

⁵³² Véanse, por ejemplo, las SSTs 207/2012, de 12 de marzo, FJ Trigésimo Tercero, 334/2012, de 25 de abril, FJ Cuarto, y 732/2012, de 1 de octubre, FJ Tercero, que, en relación al tipo cualificado de tráfico de drogas en el seno de una organización delictiva, señalan que “ha de operarse con la definición legal de organización que ahora se plasma en el nuevo art. 570 bis”.

por disposición expresa del legislador *ex art. 571 CP*⁵³³, a la figura de la organización terrorista. Tal extensión del concepto plantearía problemas con la interpretación restrictiva que aquí proponemos de la organización criminal como organización de tipo mafioso, pues la lógica revela que las características mafiosas no tendrían por qué estar presentes en las agrupaciones terroristas, pues son dos fenómenos diversos. Por ello, entendemos procedente establecer una definición específica de organización terrorista, pudiendo para ello si se quiere adoptarse la actual de organización criminal del art. 570 bis CP, que, en nuestra opinión, es muy amplia para definir a la organización criminal de tipo mafioso, siendo, no obstante, válida para sede de terrorismo, una vez se le incluya el fin de cometer delitos de terrorismo.

Una vez realizadas estas observaciones previas y generales en torno a la definición legal de organización criminal, pasamos a analizar con el detenimiento que ello requiere cada uno de los elementos integrantes del concepto. Para ello distinguiremos entre elementos objetivos y subjetivos del injusto sistémico. Los primeros se conforman por la agrupación de un mínimo de tres personas, el reparto de tareas o funciones de manera concertada y coordinada y la estabilidad o la unión por tiempo indefinido, y el segundo por el fin de cometer delitos.

2.2. Elementos *de lege lata* del concepto de organización criminal. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de los mismos, y reflexiones críticas

2.2.1. Elementos objetivos⁵³⁴

a. “Agrupación formada por más de dos personas”

Frente al delito de asociación ilícita, que obvia toda referencia al número mínimo de sujetos agrupados a efectos de la aplicación del tipo⁵³⁵, el delito de organización criminal especifica que ha de tratarse de una “agrupación formada por más

⁵³³ Dispone el art. 571 CP que: “A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente”.

⁵³⁴ Para ello distinguiremos entre elementos objetivos y subjetivos del injusto sistémico. Los primeros se conforman por la agrupación de un mínimo de tres personas, el reparto de tareas o funciones de manera concertada y coordinada y la estabilidad o la unión por tiempo indefinido, y el segundo por el fin de cometer delitos. En la doctrina lleva a cabo esta distinción GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, 7.ª ed., Aranzadi, 2011, pp. 2158 y 2159.

⁵³⁵ Nótese, sin embargo, que no siempre fue así. Tal como da cuenta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 222 y 223, el CP de 1848 venía exigiendo un mínimo de veinte miembros. A partir del CP de 1870 se impuso el silencio a este respecto, hasta nuestros días. Para ver la evolución que ha sufrido el concepto legal de asociación ilícita, véase con más detenimiento GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

de dos personas”⁵³⁶. El legislador de 2010 viene así a ajustarse a los lineamientos marcados por la normativa internacional de Naciones Unidas y la Unión Europea, que, como vimos, venían reclamando en sus definiciones de “grupo delictivo organizado” y “organización delictiva” una agrupación de al menos tres personas, así como a la línea seguida mayoritariamente en los países que prevén tipos penales semejantes⁵³⁷. Con ello, el legislador viene también a seguir el criterio que se adoptaba por la doctrina⁵³⁸ y jurisprudencia⁵³⁹ españolas mayoritarias en relación al concepto de asociación ilícita *ex art. 515.1º CP* ante el silencio legal al respecto. Estamos, por tanto, ante lo que doctrinalmente se conoce como delito plurisubjetivo, al exigir el tipo la concurrencia de varias personas⁵⁴⁰, específicamente de al menos tres. Concretando aún más, habría que

⁵³⁶ Aunque SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1398, afirma -seguramente por error -que se exigen sólo dos miembros, frente a los tres exigidos en los textos internacionales

⁵³⁷ Véase que la exigencia de un número mínimo de tres sujetos es el criterio seguido mayoritariamente a nivel de derecho comparado en los tipos nacionales de asociación u organización criminal. Así, el art. 416 del Código penal italiano, relativo a la “*associazione per delinquere*”, se refiere a la asociación de tres o más personas, y la jurisprudencia y doctrina alemanas, ante el silencio a este respecto del §129 StGB, abogan también por la adopción de este número mínimo de cara a la aplicación del tipo. Se mantiene de forma mayoritaria en Alemania que una unión de dos personas resulta insuficiente de cara a la formación de una voluntad de grupo que trascienda de la voluntad individual de sus miembros. Así, lo manifiesta expresamente LOHSE, K., “§ 129 StGB”, en SATZGER, H., y SCHLUCKEBIER, W. (Edit.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 3. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2016, pág. 924.

No obstante, algún país se aleja del criterio mayoritario, adoptado por los convenios supranacionales. Tal es el caso de Austria, que aumenta considerablemente dicho mínimo, exigiendo el §278 un “número elevado de personas”, y el §278a öStGB al menos diez.

⁵³⁸ Se pronuncian partidarios a exigir al menos tres personas de cara a la aplicación del delito de asociación ilícita MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 847, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pág. 645, y FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 69, ésta última argumentando que esta postura resulta más acertada por ajustarse al art. 5.1 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, que establece un mínimo de tres personas físicas o jurídicas para constituir una asociación, aunque más adelante la autora señala que “lo relevante no es el número, sino que ese número sea suficiente para afirmar la intercambiabilidad de los miembros a la hora de ejecutar el plan criminal de la asociación, lo que depende, una vez más, del tipo de actividad delictiva que la organización pretende emprender”. Por el contrario, entendiendo que bastaba con dos sujetos, PÉREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 100.

⁵³⁹ En el plano jurisprudencial predominaba claramente la idea de exigir al menos la presencia de tres personas de cara a apreciar la existencia de una asociación ilícita efectos del art. 515 CP, encontrándose como excepción tan sólo dos sentencias, las SSTs de 8 de octubre de 1979 (“el número de asociados no debe ser inferior a dos, aunque algunos sectores doctrinales, fijando su atención en el art. 513 del C. P., exigen un número no inferior a tres, mientras que otros entienden que dicho número de asociados sólo es trascendente en función a la meta perseguida”) y 338/1992, de 12 de marzo, FJ Décimo séptimo, siguiendo a la anterior (“Sobre la base de un grupo mínimo de dos personas [S. 8-10-1979], la organización se estructura más allá de la comisión de unos hechos delictivos concretos”), referidas al CP 1973, y por ende, a los entonces arts. 172 y 173, que declaran la suficiencia a estos efectos de dos personas.

⁵⁴⁰ GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 557, se refiere, en este sentido, a “pluralidad subjetiva”. Advuértase, no obstante, de la polémica doctrinal existente sobre el concepto concreto de delito plurisubjetivo en España, de la que da cuenta CARRASCO ANDRINO, M.M., “*Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*”, *op. cit.*, pp. 4 y ss. Mientras autores como COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, pp. 439 y 440, conciben el delito plurisubjetivo

decir que se trata de un delito plurisubjetivo de convergencia o unilateral, pues la pluralidad de sujetos exigida persigue la consecución de un mismo objetivo, constituido por la perpetración de delitos⁵⁴¹. A pesar de esta finalidad común, como vimos, la responsabilidad penal no es igual para todos, individualizándose la misma por el legislador en función de la importancia de la actividad concreta desempeñada en el entramado delictivo de acuerdo con el reparto de roles llevado a cabo en el marco de la agrupación, como sucedía también en el tipo de asociación ilícita⁵⁴².

Este primer elemento objetivo del sistema de injusto de la organización criminal establecido por la ley nos ofrece, de entrada, un primer criterio para distinguir claramente la organización criminal de la mera conspiración para delinquir, y posterior codelincuencia, habida cuenta de que en ésta última el número mínimo de sujetos desciende a dos *ex art. 17.1 CP*⁵⁴³. Así, en el caso en que dos personas se agrupen de forma estable para cometer, previo reparto de tareas, una pluralidad de delitos estaremos ineludiblemente ante supuestos de conspiración para delinquir, por muy estable que sea la agrupación, y por muy notables que sean los medios materiales de que disponga. A partir de la agrupación de tres personas, tendremos, sin embargo, que recurrir al resto de elementos característicos de la organización criminal, en una interpretación de los mismos acorde al bien jurídico protegido que hemos señalado: la seguridad colectiva y la integridad de la democracia, para discernir si estamos ante una simple codelincuencia, ante un grupo criminal, o ante una organización criminal. A este respecto, si bien cierto sector doctrinal ha celebrado el número mínimo elegido por el

como aquél en que la pluralidad de sujetos se refiere concretamente a sujetos activos, esto es, conminados penalmente, CARRASCO ANDRINO, M.M., “Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria”, *op. cit.*, pág. 51, entiende que la pluralidad de sujetos puede referirse en este delito a cualesquiera sujetos, estén o no conminados penalmente. Lo cierto es que, adoptando cualquiera de ambas concepciones, los delitos de organización y grupo criminal serían delitos plurisubjetivos.

⁵⁴¹ Así lo señalan, si bien en relación al delito de asociación ilícita -pero sus consideraciones son trasladables al delito de organización criminal que ahora nos ocupa -, GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 192: “la intervención plural de varios sujetos, reclamada por el núcleo típico, dirígese unilateralmente, en sentido paralelo, hacia un objetivo compartido”, y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 274. Nótese que la otra modalidad de delitos plurisubjetivos estaría conformada por los “delitos de encuentro”, que CARRASCO ANDRINO, M.M., “*Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*”, *op. cit.*, pág. 60 define como “aquellos en los que, presuponiendo una pluralidad de personas para la realización del delito, sus actuaciones se dirigen desde posiciones enfrentadas hacia un encuentro, bien bajo la forma de acuerdo, bien de cualquier otro modo”, de forma que sus colaboraciones son correlativas, al situarse unas frente a otras. El ejemplo más claro de delito plurisubjetivo de encuentro sería el tipo de cohecho (art. 409 CP).

⁵⁴² Dispone el art. 517 CP que: “En los casos previstos en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515 se impondrán las siguientes penas: 1.º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las 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. 2.º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses”.

⁵⁴³ Art. 17.1 CP: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Señala este criterio cuantitativo para distinguir la organización y el grupo criminal frente a la conspiración para delinquir, MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 779.

legislador, principalmente por motivos de seguridad jurídica⁵⁴⁴, señalando, también, FARALDO CABANA⁵⁴⁵, como acierto su correspondencia con la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, cuyo art. 5.1 dispone que las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas, insta decir que otra parte lo ha tachado de escaso para conformar una agrupación portadora de un injusto autónomo⁵⁴⁶. En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ⁵⁴⁷ y CANCIO MELIÁ⁵⁴⁸ abogan por una elevación de dicho número, proponiendo como fórmula alternativa a la actual la del “número elevado de personas”, empleada en el tipo austriaco del §278 ÖStGB, y en el subtipo cualificado de organización criminal de nuestro art. 570 bis.2.a CP.

Personalmente, nos situamos con este último sector doctrinal. Aunque, como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁵⁴⁹, el factor cualitativo u organizativo resulte más importante que el cuantitativo de cara a definir una agrupación criminal con potencialidad para realizar un proyecto criminal, pues cuenta más a tal fin el hecho de

⁵⁴⁴ Así, en la doctrina argentina, SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 549, que critica precisamente a la legislación francesa por no concretar un número mínimo, abriendo paso a la arbitrariedad judicial, y CORNEJO, A., “*Asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 42, que afirma que “fue acertada la elección del codificador en cuanto al número, debido a que resulta prácticamente imposible concebir una sociedad criminal de dos miembros, como así también que se deje indeterminado el número de personas que deben integrarla, ya que en dicho caso se genera una suerte de incertidumbre al respecto, que a la postre menoscaba el principio de legalidad”.

⁵⁴⁵ FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 69.

⁵⁴⁶ Así, si bien indirectamente, GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2158, que llama la atención sobre el reducido número de personas exigido por el art. 570 bis CP, realizando las siguientes reflexiones sobre la organización criminal: “que pueda predicarse, simplemente de tres personas (“más de dos”) muestra que el legislador (lo mismo nacional que de la Unión) no parte de un concepto excesivamente autónomo respecto de sus integrantes”. De la opinión contraria, esto es: entendiendo que el número mínimo podría ser aún inferior a tres, por reputar a este respecto suficiente dos personas, PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J., *Una aproximación a la delincuencia organizada*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, Madrid, 2017, pp. 20 y 21: “La organización requiere obviamente una pluralidad de personas, que sin perjuicio de lo que las disposiciones jurídico penales motivadas por razones de política criminal dispongan, desde el punto de vista criminológico nada obsta para que se considere a partir de dos”.

⁵⁴⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570bis”, *op. cit.*, pág. 561.

⁵⁴⁸ CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 651: “Los elementos [...] elevado número de personas y uso de armas o instrumentos peligrosos deberían formar parte de la definición base para que ésta tuviera sentido”. Vuelve a reiterar su posición en CANCIO MELIÁ, M., “El “caso ‘Manos Blancas’: Problemas de imputación en contextos de organización criminal” a la luz del derecho penal español”, en COUSO, J., y WERLE, G., *Intervención delictiva en contextos organizados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 314 y 315.

⁵⁴⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.), *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 104: “el número de personas no es lo más importante, sino cómo éstas se organizan [...] con una idoneidad para la realización de un proyecto criminal y, por tanto, para poner en peligro bienes jurídicos [...] Porque una organización no es una suma aritmética de sus miembros, sino <<una ordenación formal de actividades consecutivas y ordenadas encaminadas a la realización de objetivos específicos y comunes>>”. También destaca la prevalencia del factor organizativo sobre el cuantitativo SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1404.

que ésta se encuentre racionalmente estructurada que el número de personas en ella involucradas, no hay que olvidar que una institución que haga peligrar el correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas requiere de unos medios materiales y personales importantes. En este sentido, consideramos que, por muy bien organizada que se encuentre, y por muchos los medios logísticos de que disponga, una agrupación de tres personas resulta ineficaz para hacer peligrar la calidad democrática de los países, como objeto jurídico complementario a la seguridad colectiva afectado por las organizaciones criminales. Es necesario, a tal fin, establecer un número mínimo superior de personas.

Por otro lado, en lo que respecta a los autores, como FARALDO CABANA⁵⁵⁰, que conciben la organización criminal como un “aparato organizado de poder”, de acuerdo con los postulados de la tesis de ROXIN de la autoría mediata por organización, esto es, como agrupación caracterizada por asegurar la intercambiabilidad o fungibilidad de sus miembros, caso de que alguno no pueda llevar a cabo la misión encomendada, insta señalar que también a tal fin sería insuficiente el número mínimo de tres personas contemplado en la ley⁵⁵¹. Si bien es cierto, como señala FARALDO CABANA, que no es necesario un número ilimitado de miembros para garantizar el reemplazo en caso de una eventual negativa a actuar por parte de alguno, también lo es que una agrupación de tres personas es en abstracto insuficiente numéricamente hablando para garantizar tal fungibilidad⁵⁵². En cuanto a la circunstancia de que tres sea el número mínimo contemplado para la conformación de una asociación en la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, hay que decir que tal disposición tiene poco que decir en el ámbito de la criminalidad organizada en el que nos movemos. Las agrupaciones intrínsecamente delictivas poco tienen que ver con el ejercicio del derecho de asociación, en tanto la ilicitud de sus fines los sitúa extramuros del ejercicio legítimo de este derecho *ex art. 22.2 CE*. La *praxis* judicial parece venir a dar la razón a estos argumentos aquí esgrimidos sobre la insuficiencia del mínimo legal establecido si se considera que las condenas de los tribunales por el delito de organización criminal hasta

⁵⁵⁰ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁵⁵¹ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 70, apunta inicialmente a esta idea cuando afirma: “Ante esta previsión de un número mínimo de miembros tan bajo, la intercambiabilidad como característica del concepto de organización criminal puede suscitar objeciones”.

⁵⁵² De otra opinión FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 70 y 71, que no ve inconveniente en el hecho de que una organización conste de sólo tres miembros para garantizar el elemento de la fungibilidad, argumentando, a este respecto, que “no es necesario un número ilimitado de personas para afirmar la intercambiabilidad de los miembros. Basta que el número existente en el momento de concebir el programa criminal sea suficiente para posibilitar el reemplazo en caso de negativa a actuar por parte de alguno de los miembros de la organización. [...] la intercambiabilidad no debe comprobarse en el momento de la ejecución de alguno de los delitos fin, sino antes, cuando se elabora el plan criminal, momento en el cual deben existir suficientes sujetos dispuestos a ejecutarlo con independencia de que al final, si realmente se llega a la fase de ejecución, sólo sea uno o unos pocos los que lo ejecuten, pues si no fueran ellos serían otros”.

ahora formuladas lo han sido en todos los casos en relación a agrupaciones formadas por más de tres personas⁵⁵³.

Consideramos, en fin, procedente, una elevación del número mínimo actualmente establecido de tres personas. Pero, habida cuenta de la dificultad de establecer a estos efectos un número alternativo portador *per se* de una potencialidad lesiva suficiente para, unido al resto de elementos del injusto sistémico, afectar a los bienes jurídicos protegidos, entendemos preferible, como CANCIO MELIÁ y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, acudir al concepto jurídico indeterminado de “elevado número de personas”. Esta propuesta *de lege ferenda* supondría ineludiblemente la supresión del subtipo agravado del art. 570 bis.2.a CP, que actualmente agrava la pena del tipo básico del art. 570 bis.1 CP precisamente por la concurrencia de un elevado número de miembros en la organización.

Somos, sin embargo, pesimistas en relación a la eventualidad de una reforma en este sentido. La tendencia progresiva al endurecimiento punitivo y a la tipificación de nuevas conductas, en contra del principio de intervención mínima, y, sobre todo, la circunstancia de que tres sean el número mínimo contemplado por los textos internacionales sobre represión del crimen organizado, que establecen las obligaciones de tipificación a este respecto⁵⁵⁴, hacen poco probable una modificación legislativa en el sentido aquí propuesto. La no modificación de la ley no obsta, sin embargo, a interpretar restrictivamente el actual concepto de organización criminal en el sentido aquí propuesto, de acuerdo con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, esto es: como una agrupación que emplea métodos mafiosos, haciendo peligrar el correcto e imparcial funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas, lo que presupone un número elevado de integrantes.

En lo que respecta a la *relación entre los integrantes*, ha de admitirse la posibilidad de que no se conozcan directamente entre ellos, dada la complejidad

⁵⁵³ Así, por ejemplo, la STS 950/2013, que aplicaba el tipo en relación a una organización formada por seis personas, la STS 312/2017, de 3 de mayo, que hacía lo propio con un entramado de siete, y la STS 920/2016, de 12 de diciembre, que afirmaba el carácter de organización criminal de una unión de al menos siete sujetos, pues existía la sospecha de la concurrencia de más personas involucradas en la organización. Y ello, por no hablar de las condenas por el art. 570 bis CP referidas a conocidas organizaciones criminales, con multitud de integrantes, incluso a nivel internacional, como la contenida en la STS 149/2017, de 9 de marzo, en relación a una rama en España de la organización “Ladrones en Ley” (Vor a Zakone), o la que realiza la STS 868/2015, de 22 de diciembre, respecto a un integrante de la banda latina de los “Bloods”, organización formada, como dice la propia relación de hechos probados, por “numerosos miembros”. MUÑOZ CUESTA, F.J., “Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2011, BIB 2011\352, pág. 3, parece ya vaticinar esta circunstancia cuando afirma que “en la mayoría de ocasiones serán más de tres” los sujetos pertenecientes a la organización.

⁵⁵⁴ Señala también esta circunstancia como impedimento a una reforma legislativa que aumente el número mínimo de personas FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 77: “Un sector doctrinal critica que no se haya requerido la presencia de un número elevado de personas en la propia definición de la organización criminal [...]. Ahora bien, tanto las definiciones internacionales como las europeas sitúan en tres el número mínimo de miembros, lo que sin duda ha limitado las opciones del legislador”.

estructural de la organización y el citado elevado número de miembros, pudiendo comunicarse mediante persona interpuesta⁵⁵⁵.

b. El reparto coordinado y concertado de tareas entre los miembros. La reclamación de una estructura organizativa especialmente compleja por doctrina y jurisprudencias

El art. 570 bis CP exige específicamente que en la agrupación constituida por un mínimo de tres personas tenga lugar un reparto de tareas o funciones de forma concertada y coordinada⁵⁵⁶. Se viene, así, en *pro* de la seguridad jurídica, a recoger formalmente un elemento que ya, antes del 2010, venía reclamándose doctrinal y jurisprudencialmente en relación a los conceptos de “asociación ilícita” del art. 515.1º CP y de “organización” de los subtipos agravados de la Parte Especial del Código Penal, ante el silencio legal a este respecto. La Convención de Palermo de 2000 y la Decisión-Marco 2008/841/JAI, de las que parece traer causa la regulación actual de los arts. 570 bis y 570 ter CP, también aluden a este elemento al establecer las definiciones de “grupo delictivo organizado” y “organización delictiva”, si bien de forma más sutil, toda vez que no se refieren expresamente a un “reparto de tareas”, haciendo alusión tan sólo al carácter estructurado del grupo y organización y a su actuación de manera concertada⁵⁵⁷. No obstante, de no haberse requerido expresamente la exigencia de reparto de funciones en la letra del art. 570 bis CP, lo cierto es que la misma podría igualmente haberse reclamado interpretativamente si atendemos a que, al igual que sucedía en el tipo asociativo, las penas a los miembros se establecen en función de la importancia de la tarea desempeñada en la organización, infiriéndose así la presencia de un reparto de tareas en el seno de la agrupación. Como es lógico deducir, esta asignación de tareas o funciones que se produce en el seno de la organización no ha de ser formal habida cuenta de la clandestinidad de las actividades del entramado delictivo. Y, en el caso de que la organización se sirviera de una empresa legal como tapadera para ocultar sus verdaderos propósitos criminales, la asignación formal de funciones contenida en su caso en los correspondientes estatutos no reflejará, como es lógico, las funciones reales ocultas desempeñadas por sus integrantes⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Así lo sostiene en Italia, si bien en relación al tipo penal de “associazione per delinquere”, PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pp. 216 y 217.

⁵⁵⁶ Exige el art. 570 bis.1.II CP de la agrupación de más de dos personas “que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

⁵⁵⁷ El art. 2.a de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional define al “grupo delictivo organizado” como “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente...”, y el art. 1.1 de la Decisión-Marco, en la misma línea, conceptúa la “organización delictiva” como la “asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada...”.

⁵⁵⁸ Señala también esta idea JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVIII, fascículo 1, pág. 663, cuando afirma que “el reparto de tareas no

La doctrina⁵⁵⁹ viene señalando, con razón, la importancia clave del elemento del reparto de tareas concertado y coordinado entre los integrantes de la organización en la fundamentación del injusto autónomo de organización. Al analizar el elemento anterior del núcleo mínimo de sujetos para la formación de la organización, ya señalábamos la persistencia de cierto sector doctrinal en señalar que lo esencial no es tanto el elemento cuantitativo del número de integrantes, sino cómo estos sujetos se organizan en el marco de la agrupación de cara a alcanzar sus fines. A este respecto la Fiscalía General del Estado, en su circular 2/2011⁵⁶⁰, compara la peligrosidad intrínseca de una actuación delictiva conjunta pero no coordinada con la de una agrupación criminal basada en su funcionamiento en el reparto de tareas entre sus integrantes. Las posibilidades de consecución del objeto criminal perseguido y del logro de la impunidad por parte de los sujetos es, desde luego, mucho mayor en este último caso que en el primero, aun cuando sean en éste último los sujetos más numerosos⁵⁶¹. GARCÍA ALBERO⁵⁶² refleja bien esta idea al comparar la estructura de la organización criminal con “el mero agregado subjetivo” con ausencia de roles definidos, “en donde todos hacen un poco de todos”. Pero, pongamos ejemplos extraídos de la propia *praxis* jurisprudencial para ilustrar mejor esta idea. Para ello resulta oportuna la comparación de los hechos enjuiciados en las SSTS 913/2006, de 20 de septiembre y 178/2016, de 3 de marzo, como supuestos paradigmáticos de -siguiendo la terminología de GARCÍA ALBERO – una mera suma o agregado de sujetos, y un concierto estructurado de sujetos con reparto coordinado de tareas, respectivamente. La primera de las sentencias tenía por objeto de enjuiciamiento una “comunidad de Microsoft” en la que se insertaban e intercambiaban por internet fotografías de contenido pornográfico de menores de edad. Al entender el Alto Tribunal que en este tipo de comunidades no hay una previa concertación ni acuerdo previo entre sus integrantes con reparto de tareas, actuando éstos, por el

constará por escrito, será más bien tácito”, añadiendo que: “tampoco existirán órdenes escritas, ni se llevarán contabilidades transparentes y legales”.

⁵⁵⁹ Así, por ejemplo, ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 104: “el número de personas no es lo más importante, sino cómo éstas se organizan”, y GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 558: “Este elemento resulta clave para entender la tipificación de la figura [...] la organización del grupo presenta una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada”.

⁵⁶⁰ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 9.

⁵⁶¹ Así lo señalan, por ejemplo, ROPERÓ CARRASCO, J., “Protección social versus garantismo?: Excesos y defectos en el tratamiento jurídico de la delincuencia organizada”, en CUERDA RIEZU, A.R. (Dir.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 315: “se exige [...] una cierta “estructuración”, lo que implica, implícitamente al menos, un reparto de funciones y la asunción de una organización interna. [...] ...la estructura permite una “mayor eficacia” y una mayor impunidad, lo que repercute en la facilitación de los ataques a los bienes jurídicos”, y GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 558: “Normalmente el reparto lógico y coordinado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta”.

⁵⁶² GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2158.

contrario, autónomamente por el mero deseo de satisfacer sus instintos sexuales, declaró no aplicable en relación al delito de pornografía infantil la circunstancia agravante por pertenencia a organización⁵⁶³.

Caso completamente opuesto, en tanto paradigma de estructura con reparto de tareas coordinado entre los sujetos, sería según el Alto Tribunal el enjuiciado en la citada STS 178/2016, de 3 de marzo, atinente a una agrupación de sujetos dedicada como actividad delictiva principal a la trata de personas con fines de explotación sexual. En este caso la sentencia se refiere a la agrupación como “nutrido grupo de personas, quienes tenían asignadas funciones diversas en la comisión de los delitos”, distinguiéndose entre los sujetos aquéllos que ejercen el papel de “madame” o controladora de las chicas sometidas a trata, los que actúan como contable, y los que se dedican a la fabricación de tarjetas de crédito y documentos de identidad falsos, sin obviar a las personas encargadas de fingir la constitución de parejas de hecho para regularizar la situación legal de las víctimas⁵⁶⁴. Esta clara concertación y división de tareas entre los sujetos, unida al resto de elementos constitutivos del concepto legal de organización criminal, lleva al tribunal a calificar los hechos conforme al art. 570 bis CP, en concurso con el delito de trata de personas⁵⁶⁵. Sin embargo, la doctrina y

⁵⁶³ STS 913/2006, de 20 de septiembre, FJ Primero, apartados 9 y 10: “el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñan los modos o formas de actuación, [...] el reparto de papeles y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes. Atribuir todas estas condiciones a una persona que excitada por sus inclinaciones sexuales, actuando en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina <<Chat>>, me parece una desmesura difícilmente aceptable por el derecho penal. La organización guarda ciertas similitudes con la asociación ilícita. Las acciones ejecutivas imputables a una persona a la que se adjudica la condición de miembro de una asociación pasa por un cierto dominio del hecho, caso que no concurre en el consumo y aportación de imágenes de origen desconocido a la red de pornografía infantil. Los autores de hechos como el que estamos examinando casi siempre actuarán en función de sus instintos sexuales y nunca por medio de órdenes, instrucciones o cualquier otra tarea previamente convenida”.

⁵⁶⁴ También encontramos un claro ejemplo de agrupación con reparto de papeles o funciones entre sus miembros en la STS 798/2016, de 25 de octubre, en cuyo FJ Primero, apartado 2.3 se afirma: “Por lo que hace al reparto de papeles o funciones es meridianamente expresivo el “factum” cuando describe la operación desarrollada en San Fernando y Puerto Real describiendo secuencialmente la intervención de hasta seis personas, partiendo de la recurrente, en el desarrollo de una operación perfectamente planificada que abarca desde la captación de la puesta en venta de las participaciones de la agencia de viajes hasta la manipulación informática y obtención del precio de los billetes desplazando a la primera la responsabilidad de su pago a las compañías aéreas incorporadas a la plataforma instaurada por IATA. Uno de los integrantes inicia las negociaciones de compra de las participaciones mencionadas, las mismas son continuadas por otro miembro de la misma, después entra en acción la persona que figura como compradora de aquéllas asistida por el segundo y la recurrente en la notaría de Cádiz, tras haber acudido los tres previamente a una entidad bancaria al objeto de satisfacer en metálico al vendedor la primera parte del precio y realizar la pignoración del aval que éste tenía prestado; a partir de la firma de dicha escritura entra en acción la persona especialista en informática, “cuya identidad se desconoce y de aspecto paquistaní”, previa llamada de la hoy recurrente, cuya misión consistía en reclamar “las claves personales de acceso a Amadeus” para manipular “el ordenador, el programa y la plataforma durante un tiempo, sin control alguno [...] por último, se describe la intervención de un sexto integrante del grupo [...]”encargado de asegurar que no se hacía uso de la citada plataforma” por los empleados de la agencia”.

⁵⁶⁵ Ejemplo aún más claro de reparto coordinado de tareas lo encontramos en la STS 824/2016, de 3 de noviembre, en relación a la banda latina Los Menores. Véase, si no, el siguiente extracto de la relación de hechos probados: “Los Menores se organizaron a través de una estructura fuertemente jerarquizada,

jurisprudencia mayoritarias entienden que las exigencias en torno a este elemento de cara a la aplicación del tipo de organización criminal no pueden quedarse aquí. Se reclama así, en aras a habilitar una clara distinción de la organización criminal frente a las figuras del grupo criminal e incluso la simple coautoría, la presencia de una estructura caracterizada por algo más que el simple reparto de tareas concertado y coordinado. En relación al grupo criminal, si bien es cierto que la letra del art. 570 ter.1.II CP no exige la presencia de un reparto de tareas, previendo por el contrario su ausencia, el examen de las sentencias condenatorias por dicho precepto pone de manifiesto que los tribunales sí lo exigen a este respecto. La interpretación teleológica del concepto legal de grupo criminal lleva a esta conclusión, pues sin un reparto de tareas una agrupación criminal resulta *per se* inidónea para afectar sustancialmente a la seguridad colectiva, entrañando un peligro genérico real para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin. En cuanto a la coautoría, el acuerdo de comisión de un delito o delitos concretos entre los sujetos con el consecuente reparto de tareas constituye uno de los elementos clásicos exigidos tanto por doctrina como por jurisprudencia de cara a la calificación jurídica de sujetos como coautores, y a la imputación recíproca del hecho realizado entre todos, objeto del acuerdo⁵⁶⁶.

El recurso común a una *interpretación restrictiva* del término legal “organización criminal” también se viene fundamentando en base al principio de proporcionalidad, en tanto que las penas que el art. 570 bis.1 CP prevé para los integrantes de la organización, que pueden llegar a los seis años de prisión, en caso de dirigentes de organizaciones dedicadas a la comisión de delitos graves, llevan a concebir la agrupación criminal como una estructura de una especial complejidad⁵⁶⁷. En

siendo Roberto Obdulio el que ocupaba una posición de preeminencia, conocido como JEFE, y también como ZERO o REY, quien también asumía cuando no los ocupaba otro, cargos de GUERRA, PAZ y ARMERO. Como ZERO, asumía el liderazgo incuestionable de la Banda, liderazgo que imponía a los miembros de la misma a través de las normas internas de organización y funcionamiento [...] era quien se encargaba de planificar y organizar las denominadas "caídas" o agresiones a Bandas rivales, y garantizar la seguridad de Los Menores [...]. Como PAZ, era el encargado de negociar con Bandas rivales, a fin de evitar conflictos. Como ARMERO, tenía la función de guardar las armas de las que disponía la Banda para sus fines. Dependiente de ZERO, y segundo cargo jerárquico de la Banda era el conocido como "LA UNO", ocupado por Rodolfo Urbano desde el año 2011. La UNO, asumía las funciones de ZERO cuando éste no se encontraba en condiciones de ejercerlas. Tras ZERO; UNO, GUERRA, PAZ, ARMERO y BANQUERO (cargo este último ejercido por una menor de edad que acumulaba también el cargo de SECRETARIA). El siguiente cargo de relevancia en la Banda era el de DISCIPLINA, ocupado por Amadeo Clemente, siendo su función principal la de ejecutar, siempre bajo la aprobación y supervisión de ZERO, los castigos a imponer a los propios miembros de la Banda [...]. Normalmente los castigos eran impartidos por el propio Amadeo Clemente, aunque Zero (Roberto Obdulio) podía encomendar su aplicación a la persona que designara. Además de los cargos referidos, [...] estaban los de DISCIPLINA DE OBSERVACIÓN, ocupado por persona contra la que no se dirige el presente procedimiento, cuya misión principal era la de tutelar y controlar las actividades que se encomendaban a los "Observación". Como Observación eran conocidos los aspirantes a ingresar en la Banda, en calidad de miembros o "Soldados", los cuales habían de realizar y participar, cual ceremonia de iniciación, en las agresiones y actividades que se les encomendaban. Y el cargo de JUEZ, ocupado también por persona contra la que no se dirige el presente procedimiento...".

⁵⁶⁶ Véase, por ejemplo, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 394 y 395.

⁵⁶⁷ También así en la doctrina ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op.*

esta línea, el Tribunal Supremo viene subrayando reiteradamente, entre otras, en sus SSTS 371/2014, de 7 de mayo⁵⁶⁸, y 312/2017, de 3 de mayo⁵⁶⁹, que, para aplicar el art. 570 bis CP, “no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre sus miembros con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelinquencia o, incluso, de grupos criminales”. También reseñables son, a este respecto, la STS 950/2013, de 5 de diciembre, que se refiere a la agrupación de la organización criminal *ex art. 570 bis CP* como “estructuración organizativa perfectamente definida”⁵⁷⁰, poniendo como ejemplos de organización a “un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas” y a “una red transnacional dedicada a la trata de seres humanos”⁵⁷¹. Tal restricción del tenor literal del tipo no se queda, además, en una mera declaración de principios, sino que se lleva efectivamente a la práctica como pone de manifiesto el escaso número de condenas existentes en España por el delito de organización criminal en comparación con el de grupo criminal, utilizado para el castigo de la mayor parte de agrupaciones criminales estables, reservándose así el art. 570 bis CP para casos de especial complejidad.

Habiendo prácticamente unanimidad en cuanto a la necesidad de interpretar restrictivamente el concepto, exigiéndose cierta complejidad a la estructura organizativa de la organización criminal, a la hora de concretar en qué ha de traducirse esa especial complejidad se aprecia menos acuerdo. A este respecto, pueden distinguirse principalmente dos líneas interpretativas sobre este extremo: una tradicional, mantenida sobre todo con anterioridad a la reforma del Código penal de 2010 en relación a los conceptos de asociación ilícita del art. 515.1º CP y de organización de los subtipos cualificados de la Parte Especial, y, aplicada por algunos, tras la reforma, al concepto de

cit., pág. 125: “La complejidad de la estructura criminal es importante para determinar si estamos ante una organización criminal del art. 570 bis CP pues se entiende que ésta posee mayor desarrollo, mientras que la menor complejidad queda reducida para el grupo criminal del art. 570 ter”.

⁵⁶⁸ STS 371/2014, de 7 de mayo, FJ Segundo.

⁵⁶⁹ STS 312/2017, de 3 de mayo, FJ Primero.

⁵⁷⁰ Así lo hace cuando, comparando al grupo criminal con la organización criminal, afirma en el FJ Sexto que: “el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente definida”.

⁵⁷¹ Así, cuando, en el mismo FJ Sexto, al hilo de la distinción entre las figuras de organización y grupo criminal, establece que: “la tipificación autónoma del grupo criminal tiene por objeto la persecución de comportamientos cada vez más frecuentes que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana, al tratarse de agrupaciones criminales menores que desarrollan una modalidad de delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable. Estos grupos criminales son útiles para la comisión reiterada de pequeños hurtos, robos o estafas, y otros delitos contra la propiedad, e incluso operaciones de tráfico de drogas de entidad media. *Esta figura permite diferenciar este fenómeno de las estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas o una red transnacional dedicada a la trata de seres humanos*, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad y, de este modo, permite respetar la debida proporcionalidad punitiva”.

organización criminal del art. 570 bis CP, según la cual la complejidad estructural se traduciría en la presencia de una estructura fuertemente jerarquizada y en la fungibilidad de los miembros de la agrupación criminal; y, una línea más reciente, actualmente mayoritaria, que, prescindiendo de elementos concretos, aboga por inferir esa especial complejidad estructural requerida de la conjunción de diversos factores indiciarios, como puedan ser el carácter transnacional de la actividad de la agrupación, un número excesivamente elevado de integrantes o la ostentación de considerables medios materiales. En lo que sigue expondremos cada una de estas líneas interpretativas, y realizaremos las oportunas consideraciones críticas, partiendo de nuestra concepción -ya expuesta -de la organización criminal como agrupación delictiva de tipo mafioso, que supone un peligro para el correcto funcionamiento de los mercados y la propia subsistencia de la democracia.

a. La concepción de la organización criminal como “aparato organizado de poder”

Como se ha señalado, ya antes de introducirse en el Código Penal el delito de organización criminal, existía un importante sector, tanto en el plano doctrinal⁵⁷², como jurisprudencial⁵⁷³, que venía exigiendo una especial complejidad organizativa en la

⁵⁷² Así, por ejemplo, JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pp. 664 y ss., justifica la necesidad de una interpretación restrictiva del término “organización” de los subtipos cualificados en materia de tráfico de drogas alertando de que, de llevarse a cabo una interpretación más amplia del término, “habrá dificultades para distinguir los supuestos de organización de los de mera coautoría. En efecto, la distribución de funciones, una cierta jerarquización, el dominio funcional son igualmente requisitos de la coautoría”, y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 8 y 9, que se refiere a este respecto a “una estructura jerarquizada y, en consecuencia, con cometidos de los subordinados dependientes de la acción organizativa de otras personas que actúan como gestores, jefes o administradores de una <<empresa criminal>>”.

⁵⁷³ Véanse, entre otras, las SSTS 32/1995, de 19 de enero (FJ Sexto), 1579/1999, de 10 marzo (FJ Cuarto, apartado 2), 16/2009, de 27 de enero (FJ Vigésimo-Primer), y 356/2009, de 7 de abril (FJ Décimo-noveno, apartado 2). Ésta última, por ejemplo, en referencia a la estructura de la organización delictiva, afirma: “en ocasiones se ha comparado con las características que presenta la organización de una empresa: pluralidad de personas; reparto de tareas con la consiguiente distinción de responsabilidades y beneficios; capacidad de dirección en algunos de sus miembros; permanencia más allá de la concreta operación de que se trate; posibilidad de ejecución del plan con independencia de las vicisitudes personales de sus integrantes; y empleo de medios variados y adecuados a ese fin”. Nótese, no obstante - como en su momento señaló JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 663 – que no era ésta la única interpretación empleada por los tribunales del concepto de “organización” de los subtipos cualificados, pudiendo distinguirse entonces, de acuerdo con este autor, junto al restringido, otros dos conceptos de organización que éste cataloga como el “extenso” o “impropio”, empleado en la STS 2615/1992, de 1 de diciembre, que -critica -no permitiría diferenciar la organización de la mera coautoría, y el “intermedio”, usado en las SSTS 385/1995, de 13 de marzo y 210/1995, de 14 de febrero (FJ Noveno), que, si bien concibe la organización como algo superior a la coautoría, no llega a exigir para su apreciación una estructura compleja. Véanse algunos fragmentos de estas sentencias citadas: así, la STS 2615/1992, de 1 de diciembre, FJ Quinto, que albergaba el concepto extenso, mantenía que: “la organización ha de ser entendida en la amplia extensión de su concepto abarcando todos aquellos supuestos en los que dos o más

“asociación ilícita” del art. 515.1º CP y la “organización” de los subtipos cualificados, concretada fundamentalmente en la presencia de dos elementos: (1) una estructura fuertemente jerarquizada⁵⁷⁴, y, (2) la existencia de una red de reemplazos, que asegurase la continuidad del proyecto criminal, con independencia de las vicisitudes posibles en que pudiesen incurrir sus integrantes. Con ello se asimilaban en la práctica los conceptos de asociación ilícita y de organización al de “aparato organizado de poder” construido por ROXIN como base de su célebre construcción dogmática de la autoría mediata en el marco de Estados criminales⁵⁷⁵.

Una vez introducidos los delitos de organización y grupo criminal, con la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, algunos autores, como FARALDO CABANA⁵⁷⁶, y GARCÍA ALBERO⁵⁷⁷, y alguna sentencia, como la STS 337/2014, de 16 de abril⁵⁷⁸, y la SAN 32/2014, de 22 de diciembre⁵⁷⁹,

personas programan un proyecto o un propósito para desarrollar un plan, una idea criminal, con múltiples posibilidades, con múltiples efectos, más o menos importantes o trascendentes”. Por suerte, esta interpretación fue puntual, no encontrándose respaldo de la misma en otras sentencias del Alto Tribunal. La STS 385/1995, de 13 de marzo, FJ Noveno, por su parte, representativa del concepto intermedio de organización, afirmaba: “La organización supone todos aquellos supuestos [...] en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de una acción criminal, mas sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente [...] Únicamente ha de tenerse presente, para la vivencia del subtipo, que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una especial continuidad temporal o durabilidad, más allá de la simple u ocasional <<consoiciabilidad para el delito>>”.

⁵⁷⁴ Destaca este elemento como característico de la organización, en el marco del tipo cualificado de tráfico de drogas por pertenencia a organización o asociación (art.369.6º CP), la STS 356/2009, de 7 de abril, FJ Decimonoveno: “La jurisprudencia se ha ocupado de distinguir el concepto de grupo organizado de la mera codelincuencia [...] La mera codelincuencia 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 asuman la jefatura, sin excluir su intervención personal...”. En el mismo sentido, la STS 808/2005, de 23 de junio, FJ Segundo, que establece como nota diferenciadora de “la idea asociativa u organizativa” “la forma jerárquica de la misma en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan”, señalando que “las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito”.

⁵⁷⁵ Si bien se abordará esta tesis más adelante, para un adelanto véase de primera mano ROXIN, C., “Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 3, 2011, pp. 3-18. Adviértase que esta tesis fue formulada por el autor alemán teniendo en mente el III Reich, esto es, a una organización estatal criminalizada, y no a las organizaciones criminales clandestinas, que son el objeto principal del art. 570 bis CP.

⁵⁷⁶ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 62 y ss.

⁵⁷⁷ GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2158, que, en relación a la organización criminal del art. 570 bis CP, afirma: “La exigencia de estructura (en la idea de reparto de roles y fungibilidad) implica conceptualmente también la idea de jerarquía - división no sólo horizontal sino vertical del trabajo - [...] Ésta se define [...] por la existencia de órganos (roles) al margen [...] de la concreta titularidad de los mismos [...] la organización trasciende y se emancipa de los concretos miembros que la conforman (fungibles)”.

⁵⁷⁸ STS 337/2014, de 16 de abril, FJ Cuarto, en el que, entre las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal del art. 570 bis CP, cita “la existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiendo por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros”. No obstante, nótese que la jerarquía ya no se exige con tanta

extrapolaron las exigencias de jerarquización y red de reemplazos al concepto legal de organización criminal del art. 570 bis.1 CP. No obstante, en términos generales, se experimenta una tendencia al abandono de esta concepción de la organización como aparato organizado de poder. Aun así, no está de más realizar algunas observaciones sobre las dos notas características de la organización de acuerdo con esta concepción restrictiva tradicional del concepto. En lo que respecta a la primera de ellas, la estructura jerárquica, este sector entiende que la organización criminal habría de ser concebida a modo de pirámide, en cuya cúspide se situarían los máximos dirigentes, el centro de decisión principal de la organización. A medida que se fuera descendiendo escalones en la misma el poder disminuiría, hasta llegar a la base, donde se encontrarían los meros ejecutores, que se limitarían a obedecer órdenes sin capacidad autónoma de decisión. El reparto de tareas obedecería a esta jerarquía, haciéndose en función del escalafón ocupado en la asociación, asumiendo así los miembros de los escalafones más bajos las labores más peligrosas por más cercanas al objeto delictivo. La usual lejanía de los altos dirigentes de la organización frente a los delitos-fin es destacada por la jurisprudencia sobre el subtipo de tráfico de drogas por pertenencia a organización, que viene refiriéndose con frecuencia a “la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura”, sin excluir, no obstante, su posible - aunque inusual - intervención personal en éstas. Como confirmación del acierto de esta concepción, se alude por este sector al sistema de establecimiento de las penas a los sujetos activos previsto en la ley, tanto en relación a las asociaciones ilícitas *ex art. 517 CP*, como en relación a las organizaciones criminales *ex art. 570 bis.1 CP*. Así, la circunstancia de que este precepto diferencie, a efectos penológicos, entre - sustantivando los verbos - promotores, constituyentes, coordinadores y directores, por una parte, y partícipes activos, miembros y cooperadores, y aquél otro haga lo propio con los “fundadores”, “directores”, “presidentes”, por un lado, y los “miembros activos”, por otro, revelaría, según este sector, la estructura forzosamente jerárquica de estas agrupaciones criminales para el legislador⁵⁸⁰.

contundencia, haciéndose referencia a que “por lo general” debe poder reconocerse la misma en la estructura de la organización.

⁵⁷⁹SAN 32/2014, de 22 de diciembre, FJ Segundo: “En suma deben existir un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una “empresa criminal””. No obstante, la Audiencia prevé, más adelante, la posibilidad de aplicar el tipo penal del art. 570 bis CP aun cuando las funciones directivas no puedan ser atribuidas a ningún integrante de la organización, cuando afirma que: “nos encontramos ante un evidente caso de organización criminal, organización respecto de la que en parte alguna de lo actuado consta el ejercicio por Javier de clase alguna de funciones de promoción, constitución, organización, coordinación o dirección, funciones que para la constatación de la existencia de la organización no necesitan de atribución a miembro concreto de la misma”.

⁵⁸⁰ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 65, realiza esta observación en relación al art. 570 bis CP (delito de organización criminal), aunque también la extrapola al delito de asociación ilícita del art. 515.1º CP: “...ha de existir una relación vertical y, por tanto, debe comprobarse la presencia de un centro de decisiones del que

El segundo elemento que caracterizaría a la organización criminal en su concepción de aparato organizado de poder sería la existencia en su seno de una red de reemplazo, que garantice la supervivencia del proyecto criminal con independencia de las vicisitudes en que se vean incursas las personas que la integran⁵⁸¹. Lo realmente necesario para el funcionamiento eficaz del aparato que es la organización serían así los distintos cargos o roles que en ellas se desempeñan, y no las personas concretas que los ocupen, que son entre sí sustituibles⁵⁸², o, si se prefiere, fungibles, cuales piezas o engranajes de un aparato, que actúa de esta forma automáticamente⁵⁸³. Frente al anterior elemento, que podía extraerse de una interpretación literal del art. 570 bis o 517 CP, el actual no se inferiría del texto de la ley, siendo resultado de una interpretación teleológica de los tipos penales. El injusto autónomo de la organización criminal se conformaría así por el peligro inherente a una agrupación cuyo funcionamiento es independiente del quehacer de sus miembros, erigiéndose en una institución que actúa automáticamente.

b. La interpretación de la organización criminal como estructura especialmente compleja cuya existencia es inferida a través de la prueba indiciaria

Cuando la exigencia de jerarquía dominaba aún el debate doctrinal y jurisprudencial sobre los conceptos de “asociación ilícita” y de “organización delictiva” del tipo del art. 515 y ss. CP y de los subtipos cualificados, respectivamente, ya se alzaban, no obstante, ciertas voces disidentes al respecto, como las de ROPERO CARRASCO⁵⁸⁴ y ZUÑIGA RODRÍGUEZ⁵⁸⁵, que alertaban del peligro de emplear

emanan órdenes que son obedecidas por los subordinados, como confirma el hecho de que se prevean penas distintas para quienes dirigen y coordinan, por una parte, y para los miembros activos, por otra”.

⁵⁸¹ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 69, 71 y 72: “...la intercambiabilidad de los miembros a la hora de ejecutar el plan criminal de la asociación [...] Esta característica [...] se relaciona [...] con el automatismo del funcionamiento de la organización. [...] ...con independencia de que se dé o no la predisposición a cometer el delito por parte de uno cualquiera de los miembros en concreto, el funcionamiento de la organización delictiva y, consecuentemente, la realización del plan criminal que persigue están asegurados por la intercambiabilidad de los demás miembros”. La autora refiere la característica de la fungibilidad de los miembros ejecutores tanto a la asociación ilícita del art. 515.1º CP como a la organización criminal del art. 570 bis CP. La misma entiende que son conceptos sinónimos (pág. 104).

⁵⁸² JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 665: “...lejos de ser organizaciones rígidas, tienen, por el contrario, una gran flexibilidad: cada uno de los miembros, la persona en concreto, es, a diferencia de lo que sucede en la coautoría, sustituible; lo único necesario son los distintos cargos u ocupaciones que ellas ocupan”.

⁵⁸³ GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2158, y continúa señalando que la organización “puede perdurar en consecuencia y ser <<la misma>> aunque hayan cambiado todos y cada uno de sus integrantes (la paradoja del barco de Teseo explica a la perfección cómo puede permanecer la identidad a pesar del cambio de todos sus componentes: la estructura confiere identidad)”.

⁵⁸⁴ ROPERO CARRASCO, J., “¿Protección social versus garantismo?”, *op. cit.*, pp. 303 y ss., que afirma, a estos efectos, que “la “jerarquía” no es consustancial a la organización criminal. La autora cree que la explicación de esta tendencia doctrinal a exigir una estructura jerárquica en la misma puede tener su origen en la adopción como referencia de las “mafias” y “las grandes bandas de narcotraficantes”,

unos conceptos tan rígidos habida cuenta de que las agrupaciones criminales venían, cada vez con más frecuencia, a hacer uso de estructuras alternativas a la jerárquica, como la “celular” o en red, en las que prima la flexibilidad frente a la rigidez, con frecuentes entradas y salidas de sujetos en la organización y la difuminación del poder de mando⁵⁸⁶. Como adelantamos, con la reforma del Código Penal de 2010, y la consiguiente introducción del delito de organización criminal, la exigencia de este elemento ya parece desvanecerse, declarando la doctrina mayoritaria la posibilidad de que la organización criminal *ex art. 570 bis CP* pueda presentar *estructuras alternativas a la jerárquica* tradicional. De esta opinión son, por ejemplo, ROMA VALDÉS⁵⁸⁷, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ⁵⁸⁸, POLAINO-ORTS⁵⁸⁹, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁵⁹⁰ y VELASCO NÚÑEZ⁵⁹¹. Por su parte, la Fiscalía General del Estado en su Circular

olvidándose la doctrina de que la morfología de las agrupaciones criminales va más allá de la propia de las organizaciones criminales prototípicas.

⁵⁸⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “*Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*”, *op. cit.*, pág. 243. La autora cree conveniente tomar en consideración de cara a la regulación penal de la criminalidad organizada -aún no llevada a cabo al tiempo de la redacción de su artículo (en el 2009 aún no existe el tipo específico de organización criminal) – el dato de “los estudios criminológicos nos muestran [...] distintas estructuras de las organizaciones criminales. Ya no sólo puede concebirse organizaciones jerarquizadas, sino también de estructura flexible donde el poder de mando está diluido entre los miembros. Más aún se observa estructuras en red, donde se dan diversas células que realizan parte de las actividades criminales encaminadas a una actividad criminal mayor”.

⁵⁸⁶ De esta realidad daba cuenta en su momento el informe de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada de 2004. Véanse los siguientes fragmentos del informe extraídos de las pp. 7 y 11: “En lo que se refiere a la formación de grupos de delincuencia organizada, prosigue la tendencia hacia redes de estructura menos rígida [...] Los grupos estructurados en forma de red poco rígida resultan más difíciles de dismantelar por medios policiales debido a su flexibilidad”, “los grupos indios no suelen tener una estructura jerárquica, sino células flexibles basadas, frecuentemente, en lazos familiares o en el lugar de origen común”.

⁵⁸⁷ ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 178, que señala que: “las actuales organizaciones criminales no son complejas por la existencia de jerarquía sino por la organización en redes, casos de las modernas organizaciones terroristas estructuradas en células dispersas conectadas por lazos tenues y en las que existen figuras referenciales pero no jefes propiamente dichos. Por otro lado, se ha señalado que en las formas delictivas instrumentadas por las nuevas tecnologías, los sujetos forman redes o grupos inconexos. Incluso los alborotadores urbanos que producen cíclicamente actos vandálicos aprovechan la falta de formalidad en su actuación y la ausencia de visibilidad de una estructura que empero existe para la consumación de los delitos”.

⁵⁸⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570bis”, *op. cit.*, pág. 563, que apunta que “desde el punto de vista criminológico, la organización criminal puede adoptar diferentes modelos de configuración, siendo el más frecuente -que no el único - el piramidal y jerárquico”.

⁵⁸⁹ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 166, al afirmar que el reparto de tareas, la coordinación y la distribución de roles que han de existir en el marco de la organización pueden darse tanto en el seno de una estructura jerarquizada como en el de una estructura igualitaria.

⁵⁹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pp. 123 y 124, muy crítica, por ello, con sentencias como la SAP Albacete 145/2013, de 29 de abril, que afirma: “no hay organización criminal porque no hay jerarquía”, lo cual -dice ZÚÑIGA RODRÍGUEZ - “no es verdadero”.

⁵⁹¹ Ello se deduce de sus siguientes palabras: “Elementos como el carácter piramidal, jerárquico o en red de la estructura organizativa, el uso o no de medios importantes y especialmente idóneos para conseguir el fin perseguido, o la sustituibilidad, fungibilidad y contingencia de sus integrantes, no aparecen exigidos

2/2011 sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, afirma, a este respecto, que “por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura”⁵⁹², con lo que parece abrir también la posibilidad -aún no frecuente, a su entender - de que se presenten agrupaciones con estructuras alternativas⁵⁹³. En lo que respecta a la jurisprudencia, salvando la excepción de las mentadas STS 337/2014, de 16 de abril, y SAN 32/2014, de 22 de diciembre, la regla general es la no exigencia de una estructura determinada en la agrupación de cara a la aplicación del art. 570 bis CP⁵⁹⁴, subrayándose, eso sí, y como supra apuntamos, la necesidad de cierta complejidad en el entramado criminal. Es más, la SAP Madrid 768/2014, de 14 de julio critica expresamente a la STS 337/2014, de 16 de abril, por conectar las relaciones de jerarquía y subordinación con la organización. En este sentido, la Audiencia señala que, si bien la existencia en su caso de sujetos con funciones de mando conllevaría una agravación de la pena *ex art. 570 bis.1 CP*, que determina la gravedad de la pena según la relevancia de la tarea desempeñada, ello no significa necesariamente que la agrupación haya de estar estructurada jerárquicamente para la aplicación del tipo, pues lo único requerido en este sentido es la existencia de un reparto de tareas o funciones entre los integrantes⁵⁹⁵. Esta idea se confirma además en la práctica en ciertos fallos,

por el legislador”. Véase VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pág. 3.

⁵⁹² Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 11. Este fragmento de la Circular *supra* transcrito es reproducido por la anteriormente mencionada STS 337/2014, de 16 de abril, FJ Cuarto.

⁵⁹³ En Alemania, donde el §129 StGB tampoco se pronuncia sobre la forma concreta que ha de ostentar la asociación criminal, LAMPE, E.-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 112, al referir que normalmente la estructura será jerárquica, tampoco parece cerrar del todo la puerta a la posibilidad de aplicar el tipo a agrupaciones criminales de estructura diversa. Ello se extrae de sus palabras al hilo de la comparación entre el sistema de injusto simple y el sistema de injusto constituido, al que atribuye mayor grado de complejidad, señalando que en el mismo “la comunicación y la interacción están planeadas [...] *generalmente* [...] de manera jerárquica”.

⁵⁹⁴ Nótese que ya con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, se podía encontrar alguna sentencia que, discordante con la línea general entonces dominante, negaba el carácter necesariamente jerárquico de la estructura de la asociación ilícita *ex art. 515.1º CP*. Así, la STS 520/2010, de 25 de mayo, que afirmaba que su estructura “no tendría por qué responder al esquema jerárquico, y bien podría ser horizontal”, subrayando que lo relevante a estos efectos es que ésta se adecúe al objeto delictivo perseguido. Una idea que, por cierto, ya había apuntado anteriormente la STS 693/2009, de 17 de junio, si bien no tan rotundamente, señalando en relación a la asociación ilícita que “el dato de la jerarquización no es definitorio”. Más difícil es encontrar sentencias en este sentido en relación a los subtipos cualificados por pertenencia a organización previstos en la Parte Especial del Código Penal, pues respecto a éstos la exigencia de jerarquización es prácticamente unánime en la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio.

⁵⁹⁵ SAP Madrid 768/2014, de 14 de julio, FJ Noveno: “En esta sentencia -se refiere a la STS 337/2014, de 16 de abril - se exige que entre los miembros de la organización medien <<relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros>>. El texto del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis no lo exige estrictamente. Posiblemente el tribunal casacional lo haya colegido de la diferenciación que, a efecto de pena, se hace entre los promotores, constituyentes, coordinadores o directores, por un lado, y los partícipes activos, miembros o cooperadores [...] por otra. La concurrencia de alguna de las condiciones del primer grupo [...] podrá ser considerada, si

como el contenido en la STS 312/2017, de 3 de mayo, que condena por el delito de organización criminal pese a no haberse podido acreditar claramente en el caso de autos la existencia de una estructura jerárquica en el seno de la agrupación criminal⁵⁹⁶.

En lo que respecta al elemento de la *red de reemplazo*, las referencias al mismo en general brillan por su ausencia en el debate actual sobre los elementos definitorios de la organización criminal del art. 570 bis CP. Aparte de la ya mencionada insuficiencia del número mínimo de tres sujetos que el actual art. 570 bis CP contempla de cara a garantizar el reemplazo de los ejecutores, caso de no poder desempeñar la tarea encomendada, los problemas que entraña en la práctica toda prueba fehaciente del funcionamiento interno de la agrupación, por su clandestinidad, y, con ello, de la existencia en su seno de una red de reemplazo, parecen haber llevado a su no exigencia expresa en el plano jurisprudencial como requisito para la aplicación del tipo de organización criminal.

Habiendo la doctrina actual renunciado por motivos criminológicos y prácticos a la exigencia de la existencia de una estructura jerárquica y una red de reemplazo de ejecutores en la agrupación para la aplicación del art. 570 bis CP, cabe preguntarse a continuación por los criterios alternativos propuestos a tal fin para discernir cuándo concurre una estructura de notable complejidad a efectos de hablar de organización criminal. Ello constituye una cuestión clave para distinguir la figura de la organización criminal de la del grupo criminal pues, como veremos con mayor detenimiento más adelante, para la aplicación del art. 570 ter CP la jurisprudencia y doctrina vienen exigiendo, a pesar de no requerirlo expresamente la ley, los elementos del reparto de roles entre sus miembros y de la estabilidad, característicos de la organización criminal. La respuesta a la cuestión planteada nos dará, por tanto, la clave para determinar los criterios empleados actualmente para determinar cuando la agrupación en cuestión es una organización criminal, y no un grupo criminal. Pues bien, a este respecto, un examen pormenorizado de las sentencias del Tribunal Supremo relativas al tipo de organización criminal pone de manifiesto que actualmente la existencia de la notable complejidad propia de esta figura se viene infiriendo mediante el mecanismo procesal de la *prueba indiciaria*, de la presencia simultánea de una multiplicidad de factores. Se huye así actualmente de criterios rígidos, como los empleados tradicionalmente en la concepción

se quiere, como una cualificación agravatoria pero el tipo básico se contenta con la prueba de la existencia de un <<reparto de tareas o funciones>>, independientemente de que luego pueda distinguirse, de entre los miembros del grupo organizado, a algunos que de hecho ocupan una posición de dirección, control o coordinación de hecho, sin necesidad de que se traduzca en una suerte de <<institucionalización>> jerárquica, incluso con una mayor o menos potestad disciplinaria, como se sugiere en la sentencia".

⁵⁹⁶STS 312/2017, de 3 de mayo, FJ Primero, que afirma, confirmando el fallo de instancia, que: "el Tribunal de instancia considera acreditado que el recurrente Efraim Urbano y otros acusados forman parte de una organización criminal en la que, *si bien no ha podido acreditarse una estructura claramente jerárquica o piramidal*, si puede apreciarse claramente, entre los investigados antes señalados, la existencia de diversas tareas o roles y dos niveles de actividad claramente diferenciados y que la actividad desplegada requiere una estructura compleja de mucha mayor entidad ofensiva que la que caracterizaría a un grupo criminal...".

de la organización como un aparato organizado de poder, lo que, de entrada, parece garantizar una mayor aplicación del precepto. Ya no es necesario probar fehacientemente qué tipo de estructura, jerárquica o no, ostenta la agrupación en cuestión, ni si existe en su seno una red de reemplazo que garantice el éxito de la empresa criminal, con las dificultades que ello conlleva dada la clandestinidad de sus actividades⁵⁹⁷, sino que será suficiente con la presencia de variados indicios de los que inferir que la agrupación es notablemente compleja⁵⁹⁸. Veamos ahora, tras el correspondiente examen de la jurisprudencia existente en relación al art. 570 bis CP, cuáles son los criterios concretos que vienen manejando los tribunales para inferir la existencia de una estructura de notable complejidad, propia del tipo de organización criminal.

a.1. El empleo o la disponibilidad por parte de la agrupación criminal de importantes medios materiales y/o personales

Resulta lógico que, en aras a discernir el nivel de complejidad de la estructura de una agrupación criminal, se atienda a la variedad y entidad de los medios de que la misma dispone, pudiéndose deducir que, a mayor variedad y complejidad de dichos medios, mayor será la complejidad del entramado, y, con ello, mayores las posibilidades de que nos encontremos ante una organización criminal *ex art. 570 bis CP*⁵⁹⁹. Desde luego, este factor que analizamos estará relacionado, en grado importante, con la actividad delictiva que se persiga, pudiéndose hablar, a este respecto, de actividades criminales más complejas que otras. Compárense, por ejemplo, en abstracto las actividades delictivas de trata de personas y de hurto. Es obvio que el nivel de medios, tanto personales como materiales, que requerirá una agrupación de personas que se dedique a la primera actividad será mucho mayor que el de la que tenga por objeto la perpetración de hurtos. De ello podría inferirse que la actividad delictiva en sí hace también las veces de indicio de cara a afirmar o no la complejidad de un entramado

⁵⁹⁷ Ya señalaba estas dificultades probatorias antes de 2010 JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pp. 662 y 663: “dado precisamente la clandestinidad de estas organizaciones será sumamente difícil establecer con claridad la existencia del centro de decisiones y aún más identificar jefes y administradores”. su real funcionamiento interior será raramente descubierto”. En este sentido, la STS 13 marzo 1995 (Ponente Excm. Sr. De Vega Ruiz), citada por JOSHI JUBERT, señala: “una actividad criminal tan compleja como la que ahora se enjuicia, llevada a cabo con detenida preparación y meticulosidad, puede dar lugar a lagunas fácticas, a oscuridades probatorias”.

⁵⁹⁸ Así lo señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 125: “para determinar la mayor complejidad la jurisprudencia suele acudir a una serie de indicios [...] vinculados a elementos como la cantidad de droga incautada, cantidad de personas intervinientes, utilización de medios sofisticados, carácter internacional del tráfico y, [...] el carácter jerárquico de la organización. Ahora bien, ninguno de los requisitos es suficientes por sí solo, sino interrelacionados”.

⁵⁹⁹ Cabe señalar, que, ya antes de la incorporación en 2010 al Código Penal del tipo que nos ocupa, la jurisprudencia relativa a los subtipos agravados por organización, así como al tipo de asociación ilícita, venía utilizando la complejidad de los medios del entramado delictivo como indicio de la existencia de una “organización delictiva”, en el caso de los subtipos, o una “asociación ilícita”. La STS 338/2007, de 25 de abril (FJ Séptimo) venía, en este sentido, reclamando el empleo por la agrupación de “medios idóneos ordinariamente inalcanzables para el delincuente aislado”.

delictivo⁶⁰⁰, pudiéndose decir, a grandes rasgos, que las organizaciones criminales realizan actividades delictivas más graves y complejas que los grupos criminales⁶⁰¹. La posterior exposición de ejemplos de condenas por uno y otro delito confirmará esta inferencia.

No obstante, en esencia, el factor realmente clave a considerar de cara a valorar la complejidad del entramado delictivo no se sitúa tanto en la actividad delictiva en abstracto perseguida, como en los *medios efectivamente empleados* en la misma, que, a estos efectos, deberían ir, según los tribunales, más allá de los estrictamente necesarios para realizar la actividad criminal en cuestión. Esto es, habría, según este criterio, que realizar una comparación entre el nivel de medios que normalmente requiere la ejecución de la actividad delictiva en cuestión, y los medios utilizados en el caso de autos por el entramado criminal, de modo que si éstos trascienden a aquéllos podrá estarse ante un primer indicio de una especial complejidad estructural, requerida por los tribunales para la aplicación del art. 570 bis CP. Un ejemplo práctico de este razonamiento, si bien referido a la “organización” del subtipo agravado de tráfico de drogas, lo encontramos en la STS 1035/2013, de 9 de enero, en la que se enjuicia a diversos miembros de una familia que se vienen dedicando durante un año y medio aproximadamente a vender en un piso papelinas de cocaína, y en alguna ocasión también de hachís. El Alto Tribunal considera que la agrupación de acusados, al no valerse de “especiales medios técnicos”, sino de una “estructura elemental para llevar a la práctica operaciones de esta índole (suministradores a pequeña escala, dos distribuidores en el piso donde se vendían las papelinas y algunos vigilantes para controlar y evitar las pesquisas policiales)”, no integra una auténtica “organización delictiva”, apreciando, por ende, sólo en relación a los mismos el tipo básico de tráfico de drogas, y no el subtipo agravado por pertenencia a organización⁶⁰².

Nótese que la entidad de los medios personales y materiales empleados concretamente por la agrupación criminal en cuestión ha sido también considerada en ciertas sentencias

⁶⁰⁰ Así lo señala en la doctrina ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 122: “de acuerdo a la gravedad de los delitos del programa criminal la estructura será más o menos desarrollada”.

⁶⁰¹ Tráigase a colación la STS 312/2017, de 3 de mayo, que, en relación a una agrupación criminal dedicada a traer mujeres desde Nigeria hasta nuestro país y obligarlas aquí a ejercer la prostitución, manifiesta (FJ Primero): “la actividad desplegada requiere una estructura compleja de mucha mayor entidad ofensiva que la que caracteriza a un grupo criminal ya que se trata de traer mujeres desde Nigeria hasta nuestro país, a veces atravesando diversos países de África, lo que requiere la utilización de importantes medios personales y materiales tanto para la captación de mujeres como para el posterior traslado, lo que evidentemente requiere la utilización de medios financieros, exigiéndose asimismo la confección y entrega de la documentación necesaria para el ejercicio de la actividad”.

⁶⁰² STS 1035/2013, de 9 de enero, FJ Cuarto: “... es cierto que el grupo familiar que se describe en la sentencia recurrida aparece integrado por más de dos personas, y también lo es que tenía por objeto la comisión de actos delictivos. En el mismo sentido, debe igualmente afirmarse que tuvo estabilidad en el tiempo, dado que los principales acusados se dedicaron a la actividad delictiva durante más de un año. Ahora bien, no se aprecia en cambio que se esté ante un grupo de personas que se encuentre configurado mediante una estructura de notable complejidad y con una distribución específica de funciones que permita hablar de una auténtica organización delictiva, y mucho menos si atendemos también a los medios específicos con que cuenta”.

anteriores al 2010, en relación a los subtipos agravados por pertenencia a organización y al tipo de asociación ilícita, como criterio de ponderación de la complejidad estructural del entramado. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS 486/2009, de 8 de mayo, en relación al subtipo agravado de tráfico de drogas por pertenencia a organización, en la que el Tribunal concluyó que los espacios físicos de que disponían los acusados para elaborar la droga, y las sustancias que utilizaban para su transformación y corte no constituían medios complejos propios del concepto de “organización”, sino los “medios necesarios para la preparación, dosificación y distribución de la cocaína”⁶⁰³. La total ausencia de indicios de complejidad del entramado llevan al Alto Tribunal a entender no aplicable la agravación por pertenencia a organización. En lo que respecta al tipo asociativo, la SAP de Barcelona 555/2000, de 10 de mayo, esgrimió la inadecuación de la simple, por no decir burda, “infraestructura” dispuesta por los acusados con el complejo fin perseguido por los mismos a través de ella, que no era otro que la independencia de Cataluña, como argumento para no aplicar el art. 515 CP por la insuficiencia organizativa de la agrupación. Concluye el tribunal que para la apreciación del tipo “sería preciso que se dotasen de una infraestructura estable suficiente para el logro de sus fines”, lo que no queda en absoluto acreditado en el caso de autos, en el que sólo consta a estos efectos la aportación por parte de sus componentes de la cantidad de cien pesetas semanales⁶⁰⁴.

Cabe señalar que cuando se habla de “medios” a disposición de la organización como factor indiciario de la complejidad estructural de la agrupación empleado por los tribunales, se alude tanto a los *medios materiales*, como pueden ser laboratorios, embarcaciones o recursos económicos, como a los personales. Entre los primeros -los materiales-, los tribunales han venido considerando como indicios de complejidad del entramado criminal, y, por tanto, indicios favorables a la existencia de una organización criminal, el empleo de notables medios de transporte en las SSTS 55/2007, de 23 de enero⁶⁰⁵ y 732/2012⁶⁰⁶, la incautación en detenciones y registros domiciliarios de

⁶⁰³STS 486/2009, de 8 de mayo, FJ Primero: “El dato que, con alta probabilidad, ha podido inducir a la Audiencia a la consideración de que pudiéramos hallarnos ante una auténtica organización, en estricto sentido normativo, como es el de que ambos autores principales de los hechos tuvieran a su disposición lo que se denomina sendos “laboratorios” no es tampoco elemento determinante para afirmar la concurrencia de la organización. En realidad, a la vista de los elementos, instrumentos y productos con los que cada uno de los acusados contaba advertimos que no se trataba más que de los medios necesarios para la preparación, dosificación y distribución de la cocaína, sin que nada indique que nos encontremos ante un auténtico laboratorio de elaboración de esa sustancia”.

⁶⁰⁴SAP de Barcelona 555/2000, de 10 de mayo, FJ Segundo. En la relación de hechos probados se afirma que los acusados, Andreu, Eloi y Marc, “en unión de otros dos jóvenes menores de edad penal [...] decidieron crear un grupo que autodenominaron <<Resistencia Catalana>> con la idea de llevar a cabo desde el mismo una serie de acciones tendentes a la consecución del fin expuesto, teniendo por toda infraestructura la aportación por parte de sus componentes de una cantidad de dinero semanal que cifraron en cien pesetas aproximadamente”.

⁶⁰⁵ En el caso enjuiciado los hechos probados dan cuenta de que se utilizan dos embarcaciones para el transporte de la droga: un pesquero y un yate.

⁶⁰⁶STS 732/2012, de 1 de octubre, FJ Primero, apartado 3: “Concurría así una estructura normalizada con una notable estabilidad temporal (en la preparación y ejecución de las dos operaciones se invirtieron

grandes cantidades de droga en el caso de entramados dedicados al tráfico de estas sustancias, en las SSTS 921/2009, de 20 de octubre⁶⁰⁷, 278/2006, de 10 de marzo⁶⁰⁸, y 1035/2013, de 9 de enero⁶⁰⁹, o de dinero o bienes materiales, y, por supuesto, el disponer de un sistema para el blanqueo de las ganancias obtenidas del delito⁶¹⁰.

En lo que respecta al otro tipo de *medios*, los aquí tildados de *personales*, los tribunales vienen atendiendo como indicio de la complejidad del entramado al *número de integrantes* bajo la premisa de que cuanto mayor sea el mismo, mayor será la envergadura estructural de la agrupación. A pesar de que, como comentamos, el automatismo en el funcionamiento del entramado criminal, garantizado por una red de reemplazo de ejecutores, no se viene requiriendo ya, por lo general, como característica clave de la organización criminal a efectos de aplicar el art. 570 bis CP, está claro que su existencia denota una estructura notable propia de esta figura. Y, desde luego, para garantizar las posibilidades de reemplazo entre los integrantes en caso de eventuales vicisitudes a la hora de ejecución de las conductas delictivas, es necesario un número importante de sujetos. Como ejemplos concretos del empleo del número de integrantes de la agrupación como indicio de la complejidad estructural de la misma podemos citar la STS 278/2006, de 10 de marzo, que entiende que no puede hablarse de “organización” en el caso de autos en atención, entre otras circunstancias⁶¹¹, a que en los hechos enjuiciados sólo participaban tres personas.

varios meses); que contaba con unos medios de cierta entidad para llevar a cabo el transporte de la sustancia estupefaciente (embarcaciones y empleo de un camión para su transporte)...”

⁶⁰⁷ La STS 921/2009, de 20 de octubre, FJ Tercero, en relación a una operación de transporte de 2.500 kgrs. de cocaína de Sudamérica a España, declara: “Es obvio que la posesión, conservación y obtención de tanta cantidad de cocaína requiere la existencia de un grupo organizado para su manejo, transporte, distribución y custodia”.

⁶⁰⁸ STS 278/2006, de 10 de marzo, FJ Segundo, que, lo utiliza en sentido inverso, esto es, como indicio de la no existencia de una organización criminal habida cuenta del escaso peso de la droga incautada: “en el presente caso en el que [...] la cocaína ocupada no alcanza los 190 gramos, aspecto éste de extraordinaria importancia a la hora de afirmar la existencia de verdadera <<organización>> delictiva”.

⁶⁰⁹ STS 1035/2013, de 9 de enero, FJ Cuarto, apartado 5, en el mismo sentido que la anterior, afirma: “Todo ello queda confirmado” -se refiere a la no existencia de una “organización delictiva” a efectos de aplicar el subtipo correspondiente -, “por el hecho de que la droga que se le intervino en los diferentes pisos que ocupaban los integrantes del grupo familiar no rebasó los dos kilos y medio de cocaína base, cuantía que no supera en exceso el límite inferior del subtipo de la notoria importancia y que no se compadece desde luego con el volumen de sustancia estupefaciente de que suele disponer una organización delictiva subsumible en el subtipo agravado”.

⁶¹⁰ Nótese que antes de 2010 las SSTS 899/2004, de 8 de julio y 1167/2004, de 22 de octubre citaban este elemento como rasgo constitutivo del concepto de organización del subtipo cualificado de tráfico de drogas. En la doctrina venían exigiendo la presencia del entramado delictivo en los mercados para transformar las ganancias ilícitas en formalmente lícitas JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 666, y CHOCLÁN MONTALVO, “La organización criminal. Tratamiento penal y procesal”, *op. cit.*, pág. 9.

⁶¹¹ Las otras circunstancias que hicieron “caer la balanza” a favor de la no aplicación del subtipo agravado de organización por tráfico de drogas fueron, concretamente, el escaso peso de la cocaína ocupada y la no disponibilidad de medios sofisticados o de cierta entidad: “la cocaína ocupada no alcanza los 190 gramos, aspecto éste de extraordinaria importancia a la hora de afirmar la existencia de verdadera « organización » delictiva, no advirtiéndose tampoco la presencia de instrumentos o medios de cierta entidad o

a.2. Las características de los sujetos (integrantes o colaboradores) y la relación existente entre los mismos

También las características de los sujetos del entramado pueden ser relevantes de cara a apreciar la complejidad de la agrupación delictiva. Un ejemplo de lo que decimos lo encontramos en la ya mencionada SAP de Barcelona 555/2000, de 10 de mayo, relativa a la agrupación autodenominada “Resistencia Catalana” que persigue la independencia de Cataluña a través de la realización de diversas actividades delictivas. Aparte de la ya mentada insuficiencia de los medios materiales de que dispone la agrupación para alcanzar su objetivo conformado por las solas y escasas aportaciones económicas de sus integrantes, el tribunal cita como factor decisivo para la no estimación del tipo el hecho de que las cinco personas acusadas integrantes del grupo se encontraban en edad escolar, siendo algunos de ellos menor de edad, lo que revelaría la falta de seriedad de la agrupación⁶¹².

La relación existente entre los integrantes constituye según los tribunales un elemento importante del que deducir la complejidad estructural de la agrupación. En este sentido, los tribunales ven como signo de menor complejidad, y, por tanto, como indicio de la no existencia de una organización, la presencia de relaciones familiares entre los sujetos. Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS 371/2014, de 7 de mayo, relativa a un clan familiar dedicado a traficar con drogas. El Alto Tribunal entendió en este caso no apreciable el art. 570 bis CP en base, entre otras circunstancias, a los lazos familiares existentes entre los acusados⁶¹³. En la misma línea, la STS 5/1993, de 21 de enero⁶¹⁴ negó la existencia de una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas, condenando sólo por el delito de narcotráfico, en atención, además de a “la composición mínima” de la agrupación, integrada sólo por tres personas, al “carácter familiar de la actividad ilícita”, pues los sujetos pertenecían a una misma familia. Si se recuerda, en la doctrina, LAMPE ya señalaba como característica de los sistemas de injusto constituidos, entre los que se encontraría la agrupación criminal, además de su mayor

s sofisticación, más allá de los útiles propios para la manipulación de la sustancia, a disposición de los ejecutores de la actividad delictiva”. Véase el FJ Segundo de la STS 278/2006 de 10 marzo.

⁶¹² SAP de Barcelona 555/2000, de 10 de mayo, FJ Segundo.

⁶¹³ STS 371/2014, de 7 mayo, FJ Segundo: “En el caso, ya de los hechos probados resultaría la inexistencia de una organización en el sentido restrictivo al que se acaba de hacer referencia. Pues la estructura organizativa, aun estando presente una cierta jerarquía y una mínima distribución de funciones, no va más allá de la que aparecería en cualquier unión o agrupación de personas, con cierta estabilidad o por tiempo indefinido, constituida con la finalidad de cometer delitos de tráfico de drogas, *con mayor razón si se constituye, como es el caso, sobre la base de relaciones familiares*. Así ocurre con el hecho de que el patriarca del clan, acompañado de su esposa, dirija instrucciones a otras personas pertenecientes al mismo y sean transmitidas directamente o a través de otras personas; o con el hecho de que la droga se oculte en una de las viviendas de las personas pertenecientes al clan; o al dato de que solo algunas personas guarden el dinero obtenido con las ventas; o con la posible presencia más o menos continuada de otros miembros cerca de los lugares de venta realizando labores de prevención respecto de una posible intervención policial”.

⁶¹⁴ STS 5/1993, de 21 de enero, FJ Segundo.

número de miembros frente a los sistemas de injusto simple, el conocimiento reducido entre ellos⁶¹⁵.

Otro factor relativo a los medios personales que se señala también como revelador de cara a valorar la complejidad de la agrupación delictiva es *el recurso por parte de ésta a sujetos especializados en una técnica o materia determinada*⁶¹⁶. Aquí ya no hablamos necesariamente de sujetos *intrañei* o pertenecientes al entramado delictivo, sino también, y sobre todo, de *extranei*, personas ajenas a la organización que realizan puntualmente conductas para la misma a cambio de una contraprestación, normalmente de tipo económico. Piénsese, por ejemplo, en sicarios, asesores fiscales, que asistan a la organización de cara al blanqueo de sus ganancias ilícitas, hackers, o expertos en realizar falsificaciones. En este sentido, parece lógico inferir que a mayor número de integrantes o cooperadores especializados, mayor la complejidad estructural de la agrupación delictiva. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁶¹⁷ advierte, a este respecto, de la creciente tendencia de las organizaciones a servirse para la perpetración de sus delitos instrumentales, ya no de sujetos concretos especializados, sino de verdaderas agrupaciones delictivas, incardinables per se en los conceptos de grupo o incluso de organización criminal.

a.3. El desarrollo de la actividad criminal en un ámbito territorial amplio. La transnacionalidad

Si bien la letra del art. 570 bis.1.II CP no hace alusión alguna al definir la organización criminal a la transnacionalidad⁶¹⁸ o a la actuación en un ámbito territorial extenso, la concurrencia de estos elementos en el caso de autos revela para los tribunales la complejidad del entramado delictivo examinado, vaticinándose una posible

⁶¹⁵ LAMPE, E-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 112. También así FONTÁN BALESTRA, C., “*Tratado de Derecho penal. Tomo VI. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 405, que, en relación al tipo de asociación criminal del Código penal argentino, señala que para su aplicación no se requiere de una reunión de todos los sujetos integrantes, ni que habiten conjuntamente, o que se conozcan personalmente.

⁶¹⁶ Nótese que, con anterioridad a la incorporación al Código penal del delito de organización criminal, algún autor requería de cara a la aplicación de los subtipos por pertenencia a organización de la Parte Especial la especialización y profesionalización de sus miembros. Tal es el caso de JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pp. 664 y 665, defensor en su momento de la interpretación restrictiva de la organización como aparato organizado de poder, pues al describir ésta señala como característica “la especialización de sus miembros y su gran profesionalidad”.

⁶¹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 100: “se percibe en la realidad última con frecuencia que existen organizaciones que se dedican a actividades instrumentales para otros grupos criminales: a la falsificación de documentación, a la extorsión o al blanqueo de capitales y cuyos servicios son contratados por organizaciones externas. Como es lógico, en estos casos las actividades instrumentales pasan a ser principales”.

⁶¹⁸ Así lo han manifestado además expresamente los tribunales. Véase, a este respecto, la STS 824/2016, 3 noviembre (FJ Cuarto), que, en contestación a la alegación del recurrente de que la banda latina “Los Menores”, a la que pertenece, no tiene el necesario carácter transnacional, afirma que la nota de la transnacionalidad “no aparece en la definición legal”, siendo sólo “un dato de la realidad tomado en cuenta por el legislador al plantearse la tipificación de las conductas”.

aplicación del precepto. Como ejemplo de una aplicación práctica de este factor indiciario, si bien en sentido opuesto, esto es, para descartar la aplicación al caso de autos del art. 570 bis CP en atención, entre otros factores, a que el ámbito territorial en que la agrupación desarrollaba su actividad era muy limitado, encontramos las SSTS 5/1993, de 21 de enero, y 371/2014, de 7 de mayo. En ambos casos se enjuiciaba a un grupo de sujetos, miembros de una misma familia, que hacían del tráfico de drogas su medio de vida. Además de por el hecho de que se trataba de pocos individuos, así como de que mantenían relaciones familiares entre ellos, de lo que se deduce que la actividad criminal era algo “íntimo”, el tribunal declaró no concurrente el concepto de “organización” porque la actividad en ambos casos se circunscribía a un ámbito espacial muy limitado: en el primer caso, a un piso⁶¹⁹, en el segundo al barrio donde vivían los acusados⁶²⁰. Esta conexión de la organización criminal con ámbitos territoriales amplios de actuación, y consiguientemente, del grupo criminal con ámbitos espaciales más reducidos, se hace además expresa en las SSTS 855/2013, de 11 de noviembre⁶²¹, y 950/2013, de 5 de diciembre⁶²², cuando en relación a los nuevos delitos de los arts. 570 bis y 570 ter CP introducidos en el Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, se afirma que el legislador pretende aportar herramientas “1º) Para la lucha contra la *delincuencia organizada transnacional*, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 bis⁶²³”, y “2º) Para la *pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado* cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 ter”.

a.4. La existencia de una rígida estructura jerárquica y/o una red de reemplazos

⁶¹⁹ STS 5/1993, de 21 de enero, FJ Segundo: “Todo lo que revela no sólo la conciencia de la ilicitud de la actividad que en su entorno se producía, por parte de la recurrida, sino la existencia de una asociación criminal entre los tres procesados, de la que sólo el carácter familiar de la actividad ilícita, la localización de la misma exclusivamente en el piso de autos y la composición mínima de aquélla, excluyen su carácter de grupo organizado”.

⁶²⁰ STS 371/2014, de 7 de mayo, FJ Segundo, apartado 2, que, argumentando el porqué de la inaplicación del subtipo agravado de tráfico de drogas por pertenencia a organización, manifiesta: “Y, de otro lado, la conducta no presenta una altísima gravedad, pues aunque se desarrolle de modo continuado en el tiempo, el ámbito territorial se limita al barrio donde residen”.

⁶²¹ STS 855/2013, FJ Vigésimo-Tercero.

⁶²² STS 950/2013, de 5 de diciembre, FJ Sexto.

⁶²³ Nótese que antes de la introducción del tipo de organización criminal en 2010, algún autor atribuía expresamente esta característica al concepto de organización de los subtipos agravados de la Parte Especial. Así, JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 666, que mencionaba, entre los elementos característicos de la organización en su concepción restrictiva como aparato organizado de poder, el mantenimiento de “vínculos suprarregionales, nacionales e internacionales, lo que posibilita una gran movilidad geográfica y flexibilidad”. Por el contrario CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “*La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*”, *op. cit.*, pág. 8, que también conectaba la delincuencia organizada con la jerarquía y la red de reemplazo, mantenía que “*el carácter transnacional no es requisito de la organización*”, atribuyéndole al mismo, como hace la jurisprudencia actual, un mero valor indiciario de la existencia de una consolidada estructura organizada.

Como vimos, la estructura jerárquica y la red de reemplazo, que veníanexigiéndose con anterioridad a la reforma de 2010 en relación a la “organización delictiva” de los subtipos de la Parte Especial, en particular del de tráfico de drogas, por un importante sector doctrinal y jurisprudencial⁶²⁴, han dejado de exigirse mayoritariamente tras el 2010 de cara a la aplicación de la figura de organización criminal. No obstante ello, la prueba de la existencia de cualquiera de estos elementos en el caso concreto de autos revelará, desde luego, cierta complejidad estructural en la agrupación objeto de enjuiciamiento proclive a su calificación como organización criminal. Así, las bandas latinas, caracterizadas generalmente por su fuerte estructura jerárquica⁶²⁵, con niveles claramente diferenciados, vienen siendo calificadas por el Tribunal Supremo como organizaciones criminales⁶²⁶, y no grupos criminales, en atención principalmente a esta jerarquización. Véase si no como ejemplo la STS 337/2014, de 16 de abril, que condena a diversos integrantes de la banda de “los Trinitarios”, a unos en calidad de dirigentes, y a otros en calidad de participantes activos, por el delito de organización criminal del art. 570 bis CP⁶²⁷.

Por su parte, la prueba de la fungibilidad de los miembros de una agrupación criminal es empleada como factor indiciario para la aplicación del subtipo agravado de tráfico de drogas por pertenencia a organización en la STS 732/2012, de 1 de octubre. Así se recurrió en pro de dicha calificación a la circunstancia probada de que “algunos

⁶²⁴ Véanse, por ejemplo, las SSTS 1035/2013, 9 enero (FJ Cuarto), y 149/2017, 9 de marzo (FJ Décimo-cuarto), entre otras muchas.

⁶²⁵ Nótese que la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011, pág. 6, califica a las bandas juveniles latinas como “grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes”.

⁶²⁶ Señala al factor de la jerarquización como indicio actual para la jurisprudencia de la existencia de una organización criminal *ex art. 570 bis CP ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.*, “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 138: “en varios casos jurisprudenciales la existencia o no de una jefatura suele ser indicio de la existencia o no de una organización criminal para la judicatura”.

⁶²⁷La relación de hechos probados de la sentencia da cuenta de la rígida estructura jerárquica de esta banda latina: “En la organización, existen tres niveles. El máximo de dirección actualmente ejercido desde la República Dominicana, un nivel supremo ejercido en el ámbito territorial de la comunidad autónoma o del país “los supremas”, y un ámbito local a nivel de barrios o distritos, los denominados “bloques” (cédulas de personas agrupadas), por encima de los cuales está el “bandera”, o “bandera de honor” cuando su trayectoria es reconocida, que dirige varios bloques de una ciudad, (o de una región). En cada bloque se integra por un máximo responsable, primer cabeza, un segundo cabeza, llamado cabeza de paz, y un tercercabeza sobre quien recae la tarea de planificar y dirigir las acciones violentas o “caídas” contra los colectivos que consideran rivales, así como también el llamado “disciplina” cuya función es mantener el orden en las reuniones y dirigir los castigos contra los propios miembros de grupo, el “tesorero” recaudador de las cuotas obligatorias, “los guerreros” o miembros que han demostrado su valor y los “soldados”, juramentados o no juramentados, que son miembros de base sin poder de decisión, debiendo solo obedecer a los cargos anteriores. Los Trinitarios tienen implantación en Catalunya, sumando unos 200 miembros. En Barcelona han constituido diferentes bloques, constando entre ellos los de Lluçmajor siendo su primer cabeza, al menos desde tres años atrás a la fecha de los hechos (abril de 2012) por Justiniano Benigno alias “Torero”, y el de “Constancio Urbano” (Zapatones) siendo su primer cabeza, al menos entre las indicadas fechas, Benedicto José alias “Cabezón”, o Triqui”, y su “disciplina” Arturo Domingo, dirigentes que a su vez se encuentran bajo las órdenes del bandera Basilio Benedicto, alias “Pesetero” que tiene mando sobre todo Barcelona”.

de los intervinientes, [...] intervenían esporádicamente cubriendo la ausencia de alguno de los integrantes de la organización cuando fallaba alguno por indisposición”⁶²⁸.

a.5. Una seria planificación y preparación de los hechos delictivos

Este elemento, que era formulado en su momento como elemento característico de la organización criminal por JOSHI JUBERT⁶²⁹, es tenido en cuenta hoy por los tribunales como un factor más del que inferir la existencia de una organización criminal. El mismo está relacionado muy estrechamente con el primero de los indicios aquí formulados, la existencia de medios personales o materiales de cierta sofisticación o entidad, pues una seria planificación de la perpetración de un hecho delictivo entraña, sin duda, la previsión y provisión de los medios necesarios para la misma. Como ejemplos de la consideración de este elemento de cara a la apreciación del concepto de organización criminal podemos citar las SSTS 1035/2013, de 9 de enero, y 798/2016, de 25 de octubre. En la primera, el tribunal desestima la existencia de organización criminal en base a la simplicidad de los medios empleados por los acusados en su actividad de tráfico de drogas, así como a las vicisitudes y obstáculos que los mismos encuentran en el proceso de provisión de la cocaína. Concretamente, el hecho de que los dirigentes de la agrupación sean engañados al proveerse de la droga, recibiendo un kilo en vez de los dos efectivamente abonados, y la falta de pericia en su reacción ante el descubrimiento del engaño revelan según el tribunal una falta de preparación por parte de los acusados, reflejo del “escaso nivel de complejidad de la estructura organizativa” que crearon⁶³⁰.

⁶²⁸STS 732/2012, de 1 de octubre, FJ Tercero, apartado 3.

⁶²⁹ JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 665 *in fine*.

⁶³⁰ STS 1035/2013, de 9 de enero, FJ Cuarto: “El escaso nivel de complejidad de la estructura organizativa que montaron los acusados queda contrastado, entre otros datos, por la forma en que se proveían de cocaína. Y así, consta en el relato fáctico como único acto relevante de aprovisionamiento la adquisición por parte de uno de los dirigentes del grupo, Argimiro Placido, de un kilo de cocaína, cuyo porcentaje de riqueza se ignora, actuando como suministrador el coacusado Alfredo Urbano. En la narración fáctica y en la motivación de la sentencia se describen unas vicisitudes y circunstancias en tal operación de compra de la droga que de por sí excluyen la concurrencia de un grupo de personas que actuaran como una organización que se hiciera acreedora a la aplicación del subtipo agravado. En efecto, el acusado comprador, Argimiro Placido, convino con el suministrador, Alfredo Urbano, la compra de dos kilos de cocaína, y después de pagar el precio recibió del suministrador en una bolsa solo un kilo de tal sustancia. En la sentencia se transcriben las conversaciones telefónicas relativas a las vicisitudes por las que pasaron los compradores para conseguir, una vez que fueron engañados, la devolución del precio de la droga no entregada, apreciándose a través de las escuchas telefónicas y de los seguimientos policiales que, dada la forma en que fueron engañados los teóricos dirigentes del grupo y la reacción que tuvieron ante ese contratiempo, no se trata realmente de una estructura con unos medios y unos objetivos que posibiliten encuadrarla por el índice de lesividad de los bienes jurídicos tutelados por la norma en el nivel exigible para que opere el subtipo agravado del art. 369 bis del C. Penal”.

Similares son los argumentos esgrimidos, si bien con anterioridad a 2010, por la SAP Barcelona 555/2000, de 10 de mayo (FJ Segundo), anteriormente mencionada, en este caso para desestimar la aplicación del tipo de asociación ilícita de tipo criminal. En este caso la circunstancia de que los sujetos que acuerdan la creación del grupo “resistencia catalana”, para delinquir con el fin de conseguir la independencia de Cataluña, no celebraran reunión formal alguna para la preparación de sus objetivos es considerada, junto a otros factores, un indicio de la falta de complejidad de la agrupación, y, con ello, de

Lo contrario sucede en la segunda de las sentencias citadas, la STS 798/2016, de 25 de octubre, en el que una perfecta planificación de la operación criminal por parte de la agrupación de sujetos se arguye por el tribunal como argumento en pro de la aplicación del art. 570 bis CP⁶³¹.

a.6. La existencia en el seno de la agrupación de una normativa interna

La autorregulación juega también para los tribunales, en caso de estar presente, como indicio clave de la existencia de una organización *ex art. 570 bis CP*. El hecho de que una agrupación con fines delictivos se valga de sus propias normas de funcionamiento y disciplina interna, distintas y alternativas a las estatales, pone, desde luego, de manifiesto su complejidad estructural. La existencia de un código interno de normas supone también, caso de querer hacerlas realmente efectivas, la necesaria previsión de órganos internos al entramado que lo haga valer, imponiendo, en su caso, sanciones en caso de incumplimiento de las normas. Una de las modalidades de agrupaciones delictivas en las que concurre de forma más clara este elemento, y que es calificada por los tribunales como organización criminal *ex art. 570 bis CP*⁶³², son las bandas latinas⁶³³, provista de un duro código disciplinario a estos efectos⁶³⁴.

la ausencia de asociación ilícita *ex art. 515 CP*: “Sería preciso que se dotasen de una infraestructura estable con capacidad suficiente para el logro de sus propósitos, situación que en absoluto ha quedado acreditada a través de la prueba practicada. Los jóvenes que decidieron crear lo que denominaron <<Resistencia Catalana>>, prácticamente no celebraron reunión formal alguna para la preparación de sus objetivos, y si lo hicieron fue por coincidir espontáneamente en algún lugar o en el domicilio de alguno de ellos dada la relación de amistad que les unía”.

⁶³¹ STS 798/2016, de 25 de octubre, en cuyo FJ Primero, apartado 2.3, se afirma: “Por lo que hace al reparto de papeles o funciones es meridianamente expresivo el “factum” cuando describe la operación desarrollada en San Fernando y Puerto Real describiendo secuencialmente la intervención de hasta seis personas, partiendo de la recurrente, en el *desarrollo de una operación perfectamente planificada* que abarca desde la captación de la puesta en venta de las participaciones de la agencia de viajes hasta la manipulación informática y obtención del precio de los billetes desplazando a la primera la responsabilidad de su pago a las compañías aéreas incorporadas a la plataforma instaurada por IATA”.

⁶³² Véase, por ejemplo, la STS 337/2014, de 16 de abril, que condena a miembros de la banda latina de “los Trinitarios” por el delito de organización criminal del art. 570 bis CP. Antes de la incorporación al Código Penal de este delito por LO 5/2010, de 22 de junio, las bandas latinas venían calificándose como asociación ilícita del art. 515.3 CP, esto es, como asociaciones “que aún teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”.

⁶³³ Así lo afirma la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011, pág. 6, que enuncia entre las características del fenómeno criminal de las bandas latinas la “estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de “reglas” y “leyes” propias”.

⁶³⁴ Véase si no la descripción que se hace en los hechos probados reproducidos por la STS 337/2014, de 16 de abril del código normativo interno de la banda “los Trinitarios”, que fue calificada, por cierto, como organización criminal *ex art. 570 bis CP* por el Alto Tribunal: “Los Trinitarios tienen una normativa interna de uso restringido a los líderes relevantes, en la que se recoge la historia, la organización y oraciones, así como un conjunto de normas que deben ser conocidas y obedecidas ciegamente. El desconocimiento, desacato o disidencia están sancionados con castigos físicos de distinta índole, que van desde “segundos de bendiciones” (reprensión que consiste en que dos miembros golpean los hombros del castigado mientras este debe permanecer inmóvil), los “tablazos” (infligir golpes con un bastón o tabla maciza en las nalgas y espalda), y en casos más graves (disidencia), se “hacer la X” consistente en marcar una X de dimensiones más o menos grande, con una arma blanca). En todos los casos la finalidad es de que el sancionado “se acuerde de sus hermanitos”, buscar con ello el escarmiento y la cohesión grupal bajo la conminación a sufrir una agresión mayor, y en el último caso para dejar una marca visible y

c. Reflexiones críticas de acuerdo con nuestra interpretación

Ya hemos señalado que bajo nuestra opinión la organización criminal ha de ser interpretada restrictivamente como agrupación que, además de delinquir, y lesionar con ello la seguridad colectiva, penetra en la sociedad civil haciendo un uso sistemático de la intimidación, mediante la comisión de delitos de amenazas o extorsiones, para adquirir beneficios económicos como dinero, la concesión de obras o licitaciones, o poder político.

Una agrupación así, que supone un peligro para las bases de la democracia, ha de ostentar desde luego una estructura de una notable complejidad. No obstante, somos reacios a reclamar que ello haya de concretarse en una estructura determinada, como hiciera el primero de los sectores doctrinal y jurisprudencial mencionado. Es cierto que, atendiendo al elevado número de integrantes de estas organizaciones, normalmente estará presente en las mismas el elemento de la fungibilidad de los ejecutores, pero la reclamación de su prueba como requisito sine qua non no nos parece esencial, como tampoco la de su estructura jerárquica. A este último respecto, una estructura jerárquica parece asegurar una mayor estabilidad y consecución de objetivos, pero no por ello ha de descartarse del concepto de organización criminal mafiosa a otras agrupaciones que puedan presentar otras estructuras diversas. De hecho, de las tres organizaciones mafiosas italianas más famosas, la *Cosa Nostra* viene señalándose por los estudios criminológicos y sociológicos como una estructura claramente jerárquica⁶³⁵, pero no sucede lo mismo con las dos restantes. La *Ndraguetta*, fue descrita inicialmente por los estudiosos del tema como una estructura horizontal, aunque, es cierto que hoy se reconoce que por encima de los grupos familiares se erige una autoridad superior -un órgano llamado “Provincia”- para la resolución de las controversias entre las familias, afirmándose así su carácter piramidal, si bien de menor grado que respecto al de la *Cosa Nostra*⁶³⁶. En lo que refiere a la *Camorra*, la atenuación de la estructura jerárquica respecto a la *Cosa Nostra* es aún mucho mayor, afirmándose mayoritariamente hoy día por los estudiosos del tema que en puridad la estructura de la organización napolitana es de tipo horizontal, al no haberse reconocido hasta la fecha ningún líder. De hecho, a esta

permanente de su conducta. Estos castigos pueden llegar hasta causar la muerte a quien es considerado traidor”.

⁶³⁵Véase FALCONE, G., y PADOVANI, M., “*Cosas de la Cosa Nostra*”, Barataria, Barcelona, 2006, pp. 96 y 97, que, cuando describe el funcionamiento de la organización, señala que la base de la estructura es la familia, que controla un territorio, y que se lidera por el “soldado” o “hombre de honor”, eligiendo estos “soldados” al “capo” o “representante”, tras lo cual “los capos de las diversas familias de una misma provincia (Catania, Agrigento, Trapani...) designan al capo de toda la provincia, conocido como el representante provincial. Esto se da en todas las provincias salvo en la de Palermo, donde distintas familias de un mismo territorio (normalmente tres) están bajo el control de un <<jefe de mando>>, una suerte de jefe de zona, que también es miembro de la Comisión o Cúpula provincial. A su vez, esta Cúpula nombra a un representante para la Comisión regional, compuesta por todos los responsables provinciales de la Cosa Nostra. Este último es el auténtico órgano de gobierno de la organización”. Resulta muy ilustrativo, a este respecto, el esquema de la estructura jerárquica de la organización que ofrece EL PAÍS, 18/03/07 (consultado el 30/01/19).

⁶³⁶ Véase, PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J., *Una aproximación a la delincuencia organizada*, op. cit., pp. 78 y 79.

falta de “cabeza” en la organización se suele atribuir los continuos enfrentamientos entre los diversos clanes de la organización para el control del territorio y del control en el tráfico de productos ilícitos⁶³⁷. Por ello, consideramos innecesario reclamar de cara a la apreciación de la organización criminal una forma estructural determinada⁶³⁸, más allá de la exigencia de una complejidad estructural, que la haga un peligro tanto para la seguridad colectiva como para el buen funcionamiento de la sociedad civil y de las instituciones, y, con ello, de la calidad de la democracia.

El sistema basado en la conjunción de factores indiciarios de la complejidad estructural de la agrupación de cara a su calificación como organización criminal, mantenido en la actualidad por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias no nos parece objetable, pero, de acuerdo a nuestra interpretación, habría de requerirse, además, y, en todo caso, la presencia de pruebas sobre el uso sistemático de la intimidación por parte la agrupación, de los que inferir que la existencia de la agrupación constituye no sólo una lesión a la seguridad colectiva, sino un peligro de infiltración ilícita de la misma en la sociedad, y, con ello, una amenaza para el correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas. En este sentido, la comisión de delitos variados de corrupción y del blanqueo de capitales serán una prueba clave de cara a afirmar el carácter de organización criminal (mafiosa) de la agrupación delictiva en cuestión, a los que se puede añadir también la disposición de armas o instrumentos peligrosos, que revelen la potencialidad de la agrupación para hacer uso de la violencia, caso de que las amenazas no surtieran efecto.

c. Vocación de permanencia

La letra del art. 570 bis.1.II CP exige expresamente que la organización se constituya “con carácter estable o por tiempo indefinido”¹⁴⁵, siguiendo así las pautas marcadas por las instancias internacionales. Y es que, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional define en su art. 2.a al “grupo delictivo organizado” como un grupo estructurado “que exista durante cierto tiempo”, requiriendo igualmente la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea, en su art. 1.1 relativo al concepto de “organización delictiva” que ésta esté “establecida durante un cierto periodo de tiempo”.Lo cierto es, que ya antes de la incorporación al Código Penal del delito que nos ocupa, e incluso de la publicación de

⁶³⁷ PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J., “Una aproximación a la delincuencia organizada”, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

⁶³⁸ Por otra parte, es de reseñar que los estudios criminológicos más recientes sobre el fenómeno ponen claramente de manifiesto la creciente tendencia de las agrupaciones criminales a hacer uso de estructuras cada vez más flexibles. Así, el último informe publicado sobre crimen organizado en la Unión Europea, titulado *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment 2017* (SOCTA 2017) manifiesta que, pese a continuar dominando el panorama criminal las organizaciones de tipo jerárquico, ha aumentado considerablemente desde el 2016 el número de agrupaciones delictivas que adoptan estructuras en red (pág. 14: “The diversity of the criminal actors operating in the EU is also reflected in the structures of the OCGs. 30% to 40% of the OCGs operating on an international level feature loose network structures. An approximate 20% of these networks only exist for a short period of time and are set up to support specific criminal ventures. Hierarchically structured OCGs continue to dominate traditional criminal markets”).

sendos textos internacionales, se exigía unánimemente, por doctrina y jurisprudencia, esta característica en relación a la asociación ilícita, haciéndose referencia, a este respecto, a la necesidad de “cierta consistencia o permanencia”, en el sentido de reclamar “que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio”⁶³⁹. Esta exigencia de la permanencia del acuerdo asociativo u organizativo se encuentra, sin duda, íntimamente ligada con el objeto de la asociación u organización, consistente en la perpetración de una pluralidad de delitos. Así, las agrupaciones que, aun contando con sofisticados medios logísticos y personales, tengan como objetivo la comisión de un delito específico, tras el cual la unión se extingue, no podrán ser consideradas organizaciones criminales en tanto no han sido constituidas “con carácter estable o por tiempo indefinido”. El elemento de la permanencia se erige, así, junto al tendencial o subjetivo, de la finalidad de comisión de una pluralidad de delitos, en factor clave para distinguir tanto la organización criminal como el grupo criminal de la conspiración para delinquir o codelincuencia⁶⁴⁰, cuya razón de ser radica en la comisión de uno o más delitos concretos, tras la comisión de los cuales la unión se desintegra⁶⁴¹.

En esencia, el elemento de la permanencia, y el organizativo, vienen a ratificar el carácter de injusto sistémico de la organización y el grupo criminal, esto es, el hecho de que ambas agrupaciones conforman una institución con una voluntad y programa propios, que va más allá de la suma aritmética de sus miembros⁶⁴², esto es: un *aliud*, una estructura para delinquir que trasciende a las personas de sus integrantes. No obstante, habida cuenta de que el grupo criminal también ha de constituir, aunque la letra del art. 570 ter CP no lo requiera expresamente, una agrupación con vocación de estabilidad, insta marcar, si es posible, alguna diferenciación en lo que se refiere a este elemento entre la organización criminal y el grupo criminal. En nuestra opinión, esta diferencia habría de residir en una mayor vocación de estabilidad de la organización criminal frente al grupo criminal. Así, en nuestra opinión, mientras sería posible la existencia de grupos criminales que sean creados ya con una fecha programada de clausura del vínculo asociativo, tal eventualidad habría de imposibilitarse en relación a la organización criminal, que, en cuanto agrupación que pretende vivir de los

⁶³⁹ Véanse, entre otras, SSTS 1/1997, de 28 de octubre, 234/2001, de 3 de mayo, 415/2005, de 23 de marzo, y 109/2012, de 14 de febrero.

⁶⁴⁰ Así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 138: “El elemento clave de los delitos de organización criminal es sin duda la permanencia [...] Es lo que denota ese plus que la define respecto de una mera coautoría”.

⁶⁴¹ Véase, a este respecto, la STS 331/2012, de 4 de mayo, FJ Sexto: “es preciso distinguir el delito de asociación ilícita de los supuestos de codelincuencia y de la propia conspiración para delinquir, radicando la diferencia precisamente en la inestabilidad de su existencia y concreción del delito a realizar cuando se trata de éstas y las notas de estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa, además de una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar en el caso del tipo de la asociación ilícita propiamente dicha”.

⁶⁴² En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 112, cuando afirma: “el elemento permanencia no puede interpretarse únicamente como un criterio temporal, sino sobre todo como un requisito material de estabilidad, de existencia como grupo (principio de autoconservación), más allá de la singularidad de sus miembros”.

instersticios del Estado, insertándose, mediante la intimidación, y, en último caso, de la violencia, en sus mercados e instituciones cual parásito, tendría *vocación* -podemos decir -de “*perpetuidad*”, esto es, de existir indefinidamente a cargo del Estado.

Por último, y antes de pasar al siguiente elemento constitutivo del concepto de organización criminal, cabe advertir aquí acerca de referencias en el texto de la ley - por parte de algunos subtipos cualificados por pertenencia a organización de la Parte Especial del CP- a organizaciones de tipo transitorio⁶⁴³. Insta señalar, a este respecto, que ello nada tiene que ver con el concepto de organización criminal que nos ocupa, esto es: esta previsión de transitoriedad contenida en ciertos subtipos no ha de ser trasladable en modo alguno al concepto de organización contenido en el art. 570 bis CP, que es claro sobre la necesaria permanencia de la agrupación⁶⁴⁴. Como ya expondremos en el capítulo atinente a las relaciones concursales, somos partidarios de la supresión de todos los actuales subtipos agravados por pertenencia a organización y grupo criminal por su carácter innecesario, dada la ya existencia de tipos penales autónomos de organización y grupo criminal, objeto del presente trabajo. Dicha supresión, además de eliminar la cuestión problemática actual de los concursos de leyes de los tipos de organización y grupo criminal con los citados subtipos, supondría la necesaria supresión de esas equívocas referencias a organizaciones de tipo transitorio.

2.2.2. Elemento subjetivo: el fin de cometer delitos

a. El elemento subjetivo del injusto sistémico como voluntad común y superior a la de los miembros como sujetos individuales. Diferencias con el elemento subjetivo de “la empresa con tendencia criminal”.

Queda, por último, analizar el elemento subjetivo o tendencial⁶⁴⁵ del concepto de organización criminal constituido por la finalidad de perpetrar delitos. Este elemento tiene una importancia clave en tanto constituye la razón de ser o la explicación de que tres o más sujetos se reúnan formando una agrupación estructurada con vocación de permanencia y reparto de roles entre sus miembros, y, también de la incriminación de las conductas de participación en y colaboración con esta institución. Como en su momento señalara PATALANO, si los fines de la agrupación fuesen otros distintos a la comisión de delitos, las conductas de participación en la misma, o de colaboración, no

⁶⁴³ Concretamente, son en la actualidad cinco los tipos penales respecto de los que se prevé la agravación por la comisión del delito perteneciendo a una organización transitoria: la trata de personas (art. 177 bis.6 CP), la prostitución de menores o personas con discapacidad (art. 188.3.f CP), la pornografía infantil (art. 189.2.f CP), propiedad intelectual (art. 271.c CP), y propiedad industrial (art. 276.c CP).

⁶⁴⁴ Así, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 2158 y 2159, que añade, además, que “la admisión de las organizaciones <<transitorias>> pugna abiertamente no sólo con el tenor del art. 570bis CP sino con un claro criterio sistemático (no es lícito enmendarle la plana al legislador adosando un adjetivo que le resulta conocido y que ha decidido utilizar en unos casos y en otros no, pudiendo hacerlo), criterio que habría que extender a todo concepto de organización no expresamente adjetivado”.

⁶⁴⁵ Así lo denomina la Fiscalía General del Estado en su circular 2/2011, pág. 9: “El elemento tendencial supone que la organización debe tener por objeto la comisión de delitos”.

sólo no estarían prohibidas, sino que estarían expresamente amparadas por el derecho en tanto ejercicio del derecho fundamental de asociación⁶⁴⁶.

El art. 570 bis.1.II CP, al igual que hiciera el clásico art. 515.1º CP⁶⁴⁷, atribuye a la organización criminal misma el fin de cometer delitos, configurando con ello a la misma como una entidad diferente y superior a sus integrantes con una voluntad propia. La Fiscalía General del Estado no ha pasado por alto este extremo, señalando en su Circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal de 2010 en materia de criminalidad organizada, entre las notas características del concepto legal de organización criminal que “el fin de la organización ha de ser la comisión de delitos comoproducto de una “voluntad colectiva”, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar”⁶⁴⁸.

En la doctrina española, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA y GONZÁLEZ RUS subrayaron en su momento este aspecto en relación a la entonces única figura existente a este respecto en el Código Penal: la asociación ilícita. El primero afirmaba, en este sentido, que “por objeto se debe entender: objeto de la asociación, objeto, fines y metas de ésta [...] las metas que estatariamente, de modo expreso o incluso tácito, la asociación se ha propuesto”⁶⁴⁹, acuñando, a este respecto, el autor el término “objeto social”⁶⁵⁰, empleado posteriormente con frecuencia por la doctrina, incluso a nivel comparado⁶⁵¹.

El segundo, en un sentido similar, subrayaba la idea de que “el objeto delictivo lo es de la entidad y no de los socios”⁶⁵². Así, señala que la persona física, que conociendo los objetivos criminales de la organización se adhiere a la misma, se subordina automáticamente a la voluntad común, señalando que es “el fin delictivo de la entidad lo

⁶⁴⁶ Véase PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pág. 215.

⁶⁴⁷ Establece actualmente el apartado 1º del art. 515 que: “Son punibles las asociaciones [...] que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”.

⁶⁴⁸ Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 11.

⁶⁴⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 240.

⁶⁵⁰ Nótese que antes de emplearlo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, este término ya venía utilizándose por la doctrina italiana para hacer referencia a la finalidad de cometer delitos como fin de la asociación para delinquir del art. 416 CP, empleándose a este respecto el término “scopo sociale”. Véase, en este sentido, por ejemplo, PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pág. 100.

⁶⁵¹ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 72 y 73, se refiere a este respecto a la “voluntad social”.

⁶⁵² GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc./Mes 3, 1977, pág. 669. Advértase que el autor hablaba entonces en referencia al delito de asociación ilícita del art. 172.2º CP 1944. También en esta línea en Alemania, en relación al tipo penal del §129 StGB, HARTMANN, A., “§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, en DÖLLING, D., DUTTGE, G., y RÖSSNER, D. (Edit.), *Gesamtes Strafrecht*, 2.Auflage, 2011, pág. 838, que mantiene que los integrantes de la “Vereinigung” persiguen objetivos comunes mediante la subordinación de sus voluntades individuales a la del conjunto, formando así una unidad con una voluntad propia y superior, y OSTENDORF, “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. Terroristischer Vereinigungen” §§129, 129 a StGB”, *op. cit.*, pág. 654, párrafo 12.

que hace ilícita su adscripción”⁶⁵³. Ello marca para estos autores una gran diferencia entre el integrante de una organización y el conspirador, pues, mientras éste último es castigado por el hecho de participar en el acuerdo conspiratorio en el que se decide cometer un concreto delito, el primero responde por su participación en ésta con independencia de si ha tomado parte o no en los acuerdos concretos en los que se deciden los delitos específicos a cometer⁶⁵⁴. Pero, no sólo la doctrina ha tratado este aspecto, también en algún pronunciamiento jurisprudencial se encuentran alusiones al respecto. Tal sería el caso, por ejemplo, de la STS 745/2008, de 25 de noviembre, a la que alude la Circular 2/2011 de la FGE⁶⁵⁵, y de la STS 1/1997, de 28 de octubre, que, si bien en relación al concepto de asociación ilícita, se refieren al fin delictivo de la agrupación como superior y diferente al de sus integrantes⁶⁵⁶, señalando la última que “ha de quedar claro que esa finalidad [...] ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de algunos de sus miembros”, y que la misma “supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos”⁶⁵⁷. También la STS 41/2009, de 20 de enero es aquí reseñable pues exige, igualmente de cara a la aplicación del 515.1º CP -pero las consideraciones son trasladables al art. 570 bis CP - “que exista una voluntad colectiva de comisión de delitos”⁶⁵⁸. Un reflejo de lo que esta exigencia supone en la práctica lo encontramos en la STS 379/2017, de 25 de mayo. En esta sentencia, relativa al concepto de grupo criminal, pero igualmente aplicable en sus conclusiones a la organización criminal, el Alto Tribunal anula la condena por el art. 570 ter CP dictada en primera instancia contra varios empleados de un taller de coches que “solicitaban recambios de piezas que no eran necesarios para la reparación, usándolos en otras reparaciones en las que no se facturaban, con el consiguiente beneficio para el titular del vehículo, o la salida del repuesto al exterior con un destino desconocido”. El Tribunal Supremo anula el fallo de instancia por cuanto entiende que la sustitución fraudulenta de piezas de vehículos a cargo de la empresa fue llevada a cabo por los acusados de forma individualizada, y no bajo el sometimiento a una voluntad conjunta y superior. Esto es, cada uno pensaba en

⁶⁵³ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones”, *op. cit.*, pág. 671.

⁶⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 241: “No es la intención o propósito del socio lo que decide la tipicidad, sino la naturaleza del “objeto social” [...] el tipo se realiza por el mero hecho de participar en la asociación de fines ilegales, sea cual fuere el propósito o intención –delinquir o no –del afiliado”, y GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones”, *op. cit.*, pág. 671: “para ser conspirador es preciso participar con otros en la resolución de cometer un delito; para poder ser castigado como afiliado a una asociación delictiva, basta conocer el carácter de la misma, aunque ni se decida, ni se delibere, ni se ejecute ningún delito”.

⁶⁵⁵ Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 11.

⁶⁵⁶ STS 745/2008, de 25 de noviembre, FJ Octavo: “La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: [...] d) el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1, inciso 1º, ha de ser la comisión de delitos”.

⁶⁵⁷ STS 1/1997, de 28 de octubre, FJ Décimo-noveno. También señalaba este aspecto en relación a la agrupación criminal como sistema de injusto constituido LAMPE, E-J., “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, *op. cit.*, pág. 129: “los delitos deben caracterizar [...] la estructura interna de la asociación”.

⁶⁵⁸ STS 41/2009, de 20 de enero, FJ Tercero. A esta sentencia también alude la Circular 2/2011 de la FGE en su pág. 11.

su propio beneficio, y no en el del grupo, lo que se manifiesta, además, en la diversa responsabilidad civil de cada uno, a pesar de que el mecanismo fraudulento fuera implantado originariamente de forma conjunta. La perpetración de los delitos a título individual y en provecho propio por cada uno de los acusados impide según el tribunal apreciar la figura del grupo criminal⁶⁵⁹, quedando en vigor exclusivamente la condena por los delitos de estafa cometidos individualmente⁶⁶⁰.

También a nivel de derecho comparado se ha hecho especial hincapié en este aspecto, principalmente en Alemania, donde es doctrina consolidada el que para la aplicación del §129 StGB ha de poder apreciarse en el seno de la agrupación criminal una voluntad “superior”, entendida como voluntad común y vinculante para los miembros, a los que éstos acceden a subordinarse al integrar el grupo⁶⁶¹. En puridad, esta concepción, que aquí avalamos, de la voluntad de delinquir como voluntad de la propia organización criminal está estrechamente relacionada con la consideración de la misma como institución autónoma y superior a sus integrantes, personas físicas, o, siguiendo la terminología de LAMPE, como sistema de injusto constituido. Este sistema social es portador, como decíamos, de un injusto autónomo, integrado por los elementos objetivos ya vistos, y por el presente elemento subjetivo, que se asemejaría al dolo directo del injusto personal de acción. No obstante, es éste último elemento, el subjetivo, el eje central del injusto sistémico, pues los elementos objetivos tienen su razón de ser en él, o dicho de otro modo, el programa criminal es el que define los medios y estructura interna de la agrupación. Si éstos últimos no se adecúan al fin perseguido, no habrá injusto sistémico por falta de antijuridicidad material pues la agrupación en cuestión no resultará apta para lesionar la seguridad colectiva. Y es aquí, como bien señala MAÑALICH⁶⁶², donde radica la diferencia esencial entre los injustos

⁶⁵⁹ También de esta opinión en la doctrina FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 182: “no debe confundirse la existencia de una organización o grupo criminal con el hecho de que los dirigentes o los miembros cometan delitos en el desarrollo de las actividades de la agrupación o se aprovechen de los medios que ésta pone a su disposición con ese fin, sin que se promuevan desde ella”.

⁶⁶⁰ STS 379/2017, de 25 de mayo, FJ Sexto: “En el caso enjuiciado, cada uno de los acusados realiza tales acciones por su cuenta, o a lo sumo, con el asentimiento de los demás, defraudando de esa forma a la empresa [...] priman más los comportamientos individuales, de manera que cada acusado repara o sustituye piezas en su vehículo engañando a la empresa, mediante un mecanismo del que se aprovecha, aunque haya sido previamente implantado de forma conjunta, que no una propia comisión delictiva de todos y cada uno de los delitos que han resultado declarados como probados. Por tanto, la característica diferencial es que en el grupo, todos los componentes cometen conjuntamente los diversos delitos, siendo coautores de todos ellos; mientras que en el caso enjuiciado cada uno de los acusados perpetra los delitos por los que es sancionado, a título individual y respecto a su propio automóvil, pero no el conjunto de los cometidos. Buena prueba de ello, es que la responsabilidad civil es diversa y se corresponde con el perjuicio causado por cada uno de los acusados relativo a sus propias infracciones criminales. De otra forma, la responsabilidad civil sería conjunta. En consecuencia, se estima este motivo, y se absolverá a los condenados en la instancia por grupo criminal”.

⁶⁶¹ Así, OSTENDORF, H., “§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, *op. cit.*, pág. 654

⁶⁶² MAÑALICH R., J.P., “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, *op. cit.*, pág. 281: “Lo que las diferenciaría [...] sería el hecho de que la agrupación criminal constituye un sistema de injusto en razón de una agenda (o “finalidad”) criminal que define –o en todo caso codefine– su estructura interna, mientras que el injusto de una empresa económica con tendencia criminal no sería “esencial sino únicamente accidental” para su propia organización”.

sistémicos constituidos de la organización criminal y de la “empresa económica con tendencia criminal”. La organización de la empresa, frente a la de la organización criminal, no responde al propósito de delinquir; la voluntad de delinquir no constituye el elemento subjetivo del injusto sistémico de la “empresa con tendencia criminal”. La lesión a bienes jurídicos producida eventualmente en su seno por parte de alguno de sus trabajadores en su nombre traerá su causa, por el contrario, de un “defecto de organización”, o, siguiendo a GÓMEZ-JARA DÍEZ, de la falta de “desarrollo de una cultura de cumplimiento de la legalidad”⁶⁶³. De ahí que *ex art. 31 bis.4 CP*⁶⁶⁴ la adopción y ejecución eficaz, con anterioridad a la comisión del delito, de un “modelo de organización y gestión [...] adecuado para prevenir delitos” exima a la empresa de responsabilidad penal. Las penas previstas en el Código penal a las personas jurídicas responden así a la voluntad del legislador de castigar la organización defectuosa de su gestión por parte de las mismas, impidiendo la comisión de delitos en su seno.⁶⁶⁵ Así, si el elemento subjetivo de la agrupación delictiva como sistema de injusto era equivalente al dolo directo del injusto de acción, el elemento subjetivo de la “empresa económica con tendencia criminal” vendría a corresponderse a este respecto con la culpa consciente⁶⁶⁶.

b. Diferencias entre la normativa supranacional y la española en la regulación de este elemento

Frente a los elementos objetivos del sistema de injusto contemplados en el art. 570bis.1.II CP, que coinciden con los recogidos en la normativa internacional y europea, en la configuración del elemento subjetivo se aprecian importantes diferencias entre la normativa internacional y la española. Concretamente, dos son las notas distintivas que en relación a la esfera “subjetiva” se aprecian tras una comparación entre la letra del art. 570 bis.1.II CP y la de los arts. 2.a de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional de 2000, y 1.1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea⁶⁶⁷. Por una parte, el objetivo de la organización en

⁶⁶³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ara, Lima, 2017, pág. 198: “la culpabilidad de la persona jurídica está vinculada con la cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad”.

⁶⁶⁴ Art. 31 bis.4 CP: “Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

⁶⁶⁵ Así, PÉREZ MACHÍO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Comares, Granada, 2017, pág. 177, y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, *op. cit.*, pág. 321.

⁶⁶⁶ Coincidimos aquí con ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, *op. cit.*, pág. 328, que define al eje del injusto como un resultado lesivo evitable.

⁶⁶⁷ Nótese que estas divergencias ya se apreciaban en el tipo penal de organización y grupo criminal contenido en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal (nº referencia: 121/000119) presentado en el Congreso de los diputados en diciembre de 2006, que quedó finalmente en agua de

estos textos internacionales se reduce a la comisión de delitos castigados con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años, mientras que el objeto de la agrupación criminal se extiende en el art. 570 bis CP a la totalidad de delitos, con independencia de su gravedad. Por otra, en los textos internacionales se exige un elemento subjetivo adicional a modo de motivación del entramado, consistente en el ánimo de obtener un beneficio económico u otro de orden material, que no está presente en el texto español.

La expansión del concepto de organización criminal por parte del legislador español frente a lo regulado a nivel internacional ha sido duramente criticada por la doctrina⁶⁶⁸, que, en su mayor parte, entiende como fundamentales e intrínsecas al fenómeno del crimen organizado estas dos notas contempladas en los textos internacionales, que nuestro legislador omite. En este sentido, MAGALDI PATERNOSTRO⁶⁶⁹ reprocha al legislador su “demagógico deseo de aparecer como adalid de la lucha contra el fenómeno” al construir un concepto “carente de todo fundamento político criminal, que va más allá de lo que sociológica y criminológicamente se entiende por criminalidad organizada”. Incluso en el ámbito jurisprudencial se ha llamado la atención sobre este distanciamiento del legislador nacional para con el supranacional, pudiéndose encontrar un recurso de casación (10672/2013 P) contra una sentencia de instancia que alega infracción de precepto constitucional, concretamente el 9.3 CE, que declara el principio de jerarquía normativa, en base a que el art. 570 bis CP infringiría lo dispuesto por la normativa internacional, de rango superior, al no contemplar al definir el concepto las características contenidas en ésta última. Este intento del recurrente por anular a toda costa la condena por organización criminal dictada en primera instancia queda, sin embargo, en agua de

borrajas. Y es que el proyecto de art. 385 bis CP llegaba incluso a obviar toda definición de las organizaciones y grupos criminales, limitándose a señalar que tienen por objeto cometer delitos (art. 385 bis.1: “Los que formaren parte de organizaciones o grupos que tengan por objeto cometer delitos, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años. Se impondrá la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la Seguridad Social”. Muy críticos entonces con esta omisión de la finalidad lucrativa y de persecución de delitos graves, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del artículo 515.1 CP y la nueva reforma penal”, *op. cit.*, pp. 19 y 20, y ROPERÓ CARRASCO, J., “¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y ‘justo’ castigo de la delincuencia organizada?”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 27, 2007, pp. 285 y 286.

⁶⁶⁸ Véase, por ejemplo, a SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 1398 y 1399, que, se refiere, a este respecto a una “excesiva ampliación del concepto de organización criminal”, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 507 y 508, ESCUCHURI AISA, E., “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código penal español en relación con la delincuencia organizada”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 37, 2015, pp. 9, 12 y 13 (“falta un concepto de organización más estricto”), y MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 962 (“Se ignoran por el legislador español las dos notas -a mi juicio esenciales -que justifican la incriminación y persecución internacional de la delincuencia organizada”).

⁶⁶⁹ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 962.

borrajas, al avalar el Alto Tribunal en STS 337/2014, de 16 de abril la regulación nacional, arguyendo que, pese a que "ciertamente, la redacción del art. 570bis CP elude dos requisitos recogidos en las normas internacionales, esto es, que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material", ello responde al deseo premeditado del legislador de que "su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales y alcance a las organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión de faltas, por ser la lucha contra este tipo de delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma", no infringiéndose con ello el principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 9.3 CE⁶⁷⁰. Lo cierto es que, fuera ya de consideraciones político-criminales, el legislador está materialmente facultado para alejarse de los mínimos marcados por las definiciones internacionales. El propio apartado cuatro del considerando de la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea así lo dispone, al dar expresamente libertad a los Estados miembros para "tipificar como organizaciones delictivas a otros grupos de personas", poniendo a continuación un ejemplo a este respecto que parece haber seguido a rajatabla el legislador español: "como [...] aquellos grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

No ha sido sólo España el país europeo que ha ido más allá de la "definición de mínimos" de "asociación delictiva" del art. 1.1 de la mentada Decisión-Marco. La Comisión, en un informe muy crítico sobre los resultados en materia de armonización legislativa conseguidos por esta norma europea, da cuenta de que un total de ocho Estados miembros, incluyendo a España⁶⁷¹, han extendido en sus legislaciones el concepto de asociación delictiva a las agrupaciones que persigan la comisión de todo tipo de delitos. Los resultados atinentes a la característica del ánimo de obtención de un beneficio material son aún más demoledores, señalando la Comisión que sólo tres Estados miembros⁶⁷² mencionan ese elemento en su legislación nacional, de forma que para todos los demás la definición de organización se amplía respecto a los términos de la Decisión Marco, abarcando a las agrupaciones delictivas que no tengan ánimo de lucro. Esta expansión respecto a la "definición de mínimos" es, sin duda, significativa, al constituir un claro reflejo del fuerte afán represivo en relación a la criminalidad organizada existente en los países europeos, así como de la voluntad extendida entre los mismos de erigirse ante sus "compañeros" como adalid en la lucha contra el fenómeno.

Veamos ahora con detalle, centrándonos en la legislación española, estas dos divergencias del art. 570 bis CP respecto a la normativa internacional.

⁶⁷⁰ STS 337/2014, de 16 de abril, FJ Vigésimo.

⁶⁷¹ Dispone a este respecto la Comisión: "no se indica el nivel de los delitos principales en ocho Estados miembros (República Checa, Alemania, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, España), lo que significa que su ámbito de aplicación se extiende a todos los delitos penales".

⁶⁷² Se trata de Bélgica, Luxemburgo y Eslovaquia.

b.1. Sobre la tipología de delitos objeto de comisión por la organización criminal

Como decíamos, frente a los textos internacionales, que vienen restringiendo el objeto criminal de la organización criminal a delitos de especial gravedad, concretamente, delitos que tengan prevista una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años⁶⁷³, el art. 570 bis CP, al igual que el art. 570 ter CP⁶⁷⁴, no hace limitación alguna en este sentido, abriendo la posibilidad de que la infracción penal a cuya comisión se dedique la organización sea de cualquier gravedad: delito grave, menos grave o leve.

Ha de señalarse que en sus orígenes el art. 570 bis.1.II CP incluía también como posible objeto de la organización la comisión de faltas. Concretamente, el legislador de 2010 le atribuía a la organización criminal “el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”. La redacción actual, que restringe la finalidad de la organización a la comisión de delitos, es obra de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, que, al suprimir por entero el libro III, y con ello, las infracciones penales hasta entonces conocidas como faltas, se vio obligada a eliminar las referencias al término contenidas a lo largo del texto punitivo⁶⁷⁵. Tal supresión fue celebrada por el común de la doctrina, que venía realizando hasta entonces duras críticas a la amplitud del ámbito de aplicación del tipo penal. La Fiscalía General del Estado parecía, de hecho, la única defensora del legislador a este respecto, explicando en su Circular 2/2011 que la original inclusión de las faltas entre el objeto criminal de la organización respondía al afán de combatir la pequeña delincuencia, una de las principales finalidades político-criminales de la reforma producida por LO 5/2010, de 22 de junio⁶⁷⁶. Por su parte, el magistrado VELASCO NÚÑEZ⁶⁷⁷ apuntaba a

⁶⁷³ El art. 1.1 de la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, atribuye a la “organización delictiva” la finalidad 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”, y el art. 2.a de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional conecta el “grupo delictivo organizado” con “el propósito de cometer uno o más delitos graves o delictotipificados con arreglo a la presente Convención”, definiendo a continuación en el art.2.b “delito grave” como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.

⁶⁷⁴ Y también el art. 515.1.1º CP, que no restringe tampoco el objeto criminal de la asociación ilícita.

⁶⁷⁵ Entre estas referencias se encontraba también la contenida en el art. 515.1.1º CP, pues se definían las asociaciones ilícitas de tipo criminal como “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”, suprimiéndose igualmente la misma con la reforma operada en 2015. Cabe señalar que no fue siempre ésta la definición de asociación criminal, haciéndose referencia inicialmente a la comisión de delitos como objetivo de la misma. No fue hasta 2003, cuando a raíz de la alarma social ante la delincuencia profesionalizada, se introdujo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la referencia a las faltas como posible objeto adicional de la asociación; inclusión que, por cierto, provocó duras críticas por parte de la doctrina mayoritaria.

⁶⁷⁶ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 9: “El legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación -entiéndase, el del delito del art. 570 bis CP - sea más amplio que el de los textos

compromisos políticos del PSOE para reprimir "los grupúsculos de profesionales dedicados a cometer reiteradamente la falta de hurto" como causa de la originaria referencia a las faltas en el art. 570 bis.1.II CP.No obstante, cabe advertir de que la esfera de organizaciones subsumibles actualmente en el precepto es mayor de lo que aparentemente pudiera parecer pues, como es sabido, el término "delitos" ahora incorpora también algunas de las antiguas faltas, convertidas en "delitos leves"⁶⁷⁸.

Teniendo el legislador de 2010 seguramente en mente la tendencia de los tribunales a restringir la aplicación del delito de asociación ilícita en la represión de la criminalidad organizada a casos especialmente graves en atención al delito objeto de la agrupación, establece expresamente tanto en el delito de organización criminal, como en el de grupo criminal un sistema de ponderación de las penas en atención a la gravedad del delito perseguido. Recuérdense que, con anterioridad a la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, los tribunales venían aplicando restrictivamente el delito de asociación ilícita a agrupaciones criminales exigiendo cierta gravedad en las infracciones por ellas perseguidas en *pro* del principio de proporcionalidad. El reflejo culmen de esta práctica lo encontramos en la STS 1075/2006, de 23 de octubre, que declara no aplicables los arts. 515.1º y ss. CP a un grupo de "descuideras" por la escasa gravedad de las infracciones que venían realizando: faltas de hurto, a pesar de que la letra del 515.1º CP contemplaba entonces⁶⁷⁹ expresamente la comisión de faltas entre el posible objeto criminal de la asociación ilícita. El Alto Tribunal justificaba su distanciamiento del tenor literal de la ley en base a consideraciones de equidad, relacionadas principalmente con el principio de proporcionalidad entre gravedad de la conducta y gravedad de la pena, afirmando, a este respecto, que: "las modalidades de delincuencia asociada que contempla el Código Penal son la organización o la pertenencia a banda armada, utilizando como modalidad

internacionales y alcance a las organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma, en la misma línea que la imposición en todo caso de la pena de localización permanente para los autores de la nueva figura de la falta de hurto reiterado".

⁶⁷⁷ VELASCO NÚÑEZ, E., "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010", *op. cit.*, pág. 8. Así también, GARCÍA RIVAS, N., "Organizaciones y grupos criminales", *op. cit.*, pág. 509, y RIVERO ORTIZ, R., "Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?", *op. cit.*, pág. 4.

⁶⁷⁸ Así lo advierte FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., "Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter, 572 y 574)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1348, cuando, con referencia a la supresión del término "faltas" del art. 570 bis CP a raíz de la reforma de 2015, señala: "Este cambio habría supuesto una reducción del ámbito de aplicación del tipo penal si el legislador realmente hubiera, como dice en el Preámbulo – de la LO 1/2015, de 30 de marzo, entiéndase -, hecho desaparecer las faltas del Código Penal. Sin embargo, no es eso lo que ha ocurrido, por cuanto un elevado porcentaje de las mismas ha sido trasladado al Libro II del Código Penal, convirtiéndose en delitos leves sin más modificación que el incremento de las penas previstas".

⁶⁷⁹ Nótese que la introducción de las faltas como posible objeto criminal de la asociación ilícita fue causa de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

residual, la asociación ilícita cuyos fines y peligrosidad están en un nivel delictivo muy superior al del hurto callejero”⁶⁸⁰.

Con la ponderación de penas efectuada ahora expresamente en los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP en atención a la gravedad del delito objeto de la agrupación criminal, el legislador se garantiza así, de entrada, una mayor aplicación en sede judicial del delito, al impedir a los tribunales servirse, al menos de forma tan abierta, de la apelación al principio de proporcionalidad para no aplicar los preceptos a agrupaciones criminales que persigan la comisión de delitos leves⁶⁸¹. Personalmente celebramos esta ponderación a nivel legal de las penas en función de la gravedad del delito objeto de la organización o el grupo criminal pues responde a la exigencia de adecuación de conductas y penas a ellas aparejadas impuesta por el principio de proporcionalidad como límite del ius puniendi. Resulta obvio que el injusto sistémico de lesión a la seguridad colectiva inherente a una organización criminal y a un grupo criminal idóneamente creado para la comisión de delitos de trata de personas con fines de explotación sexual es superior en gravedad al injusto sistémico propio de una organización criminal dedicada a perpetrar delitos de hurto, habida cuenta de que la seguridad colectiva se refiere en última instancia, como señalamos, a los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin. De ahí que sea justo y coherente que las conductas activas de integrantes y colaboradores hayan de ser penadas más severamente en relación a la primeras agrupaciones que a las segundas en el ejemplo expuesto. La seguridad ciudadana, como bien jurídico intermedio protegido por los delitos de organización y grupo criminal, estará referida en el primer caso a la libertad e indemnidad sexual, mientras que en el segundo lo estará a la propiedad. A mayor abundamiento, la eventualidad de que en el marco de la agrupación criminal se perpetren otros delitos, complementarios a los que entrañan su objeto criminal, es mucho mayor cuanto más grave sea este objeto. Así, en el ejemplo, es más probable que en el marco de la organización dedicada a la trata de personas se realicen actos violentos, extorsiones u otro tipo de conductas delictivas, que en el de la organización criminal cuyo objeto es la comisión de delitos de hurto. Tales circunstancias, por tanto, han de plasmarse a nivel penológico ya en la misma ley, dejándose, así, al arbitrio judicial la elección de la pena concreta a imponer dentro de un marco penal ya individualizado en atención a la concreta gravedad de la conducta. No obstante, si celebramos esta ponderación de penas en atención al concreto objeto

⁶⁸⁰STS 1075/2006, de 23 de octubre, FJ Segundo, añadiendo, además, en el FJ Cuarto que: “El principio de proporcionalidad no solamente descarta las asociaciones dedicadas a la comisión de faltas, sino a los grupos de personas (copartícipes) que puedan dedicarse a cometer delitos para cuya consumación no sea necesaria la utilización de estructuras asociativas”.

⁶⁸¹ El legislador satisface así con la redacción de los arts. 570 bis y 570 ter CP las recomendaciones dadas en su momento a nivel doctrinal por BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del artículo 515.1 CP y la nueva reforma penal”, *op. cit.*, pág. 27, que, en relación al entonces nuevo tipo de organización criminal cuya incorporación al CP se había anunciado, señalaba: “resulta necesario [...] establecer una delimitación de la organización criminal en atención a la gravedad de los delitos pretendidos, promovidos o realizados. En primer lugar, por razones utilitarias, ya que la experiencia muestra que la inaplicación del tipo del art. 515.1º CP se ha debido en buena parte a la ausencia de un límite mínimo de gravedad de aquello que hemos de entender que se trata de una organización criminal en sentido propio”.

criminal contenida en los arts. 570 bis y 570 ter CP, frente a la redacción del art. 517CP, no somos positivos en relación a la amplitud del objeto criminal de estas agrupaciones frente a los textos internacionales. En puridad, puede decirse que este sentimiento es y era generalizado entre la doctrina, pues, con anterioridad a la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, se señalaba, ya en relación al tipo de asociación ilícita de tipo criminal⁶⁸², ya en referencia al entonces anunciado delito de organización criminal⁶⁸³, la necesidad de acotar el objeto delictivo a delitos de especial gravedad. Tras la reforma, y la introducción de unos delitos de organización y grupo criminal referidos a todos los delitos del Código Penal sin distinción, la crítica fue prácticamente unívoca en este sentido, destacando autores como GONZÁLEZ RUS⁶⁸⁴, CANCIO MELIÁ⁶⁸⁵ o MAGALDI PATERNOSTRO⁶⁸⁶ que la amplitud de los conceptos legales de organización y grupo criminal no se adecúa a la realidad criminológica del fenómeno, que se conecta con infracciones penales de especial gravedad⁶⁸⁷. Nótese que la Unión

⁶⁸²La configuración legal del delito de asociación ilícita de tipo criminal de los arts. 515.1º y ss. CP, único delito disponible con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2010 para hacer frente al crimen organizado, venía siendo muy criticada precisamente por la amplitud de su objeto criminal, que abarcaba a todos los delitos, e incluso tras la reforma de 2003, a todas las faltas. En la doctrina señalando la necesidad de una urgente reforma del mismo en el sentido de restringir su objeto criminal a los delitos de especial gravedad, destacaban, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pág. 157, y QUINTERO OLIVARES, M., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 181, 187 y ss., y 190.

⁶⁸³Antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, algunos autores, que venían elaborando propuestas de tipos penales de organización criminal, hacían hincapié en la necesidad de restringir el objeto criminal a delitos de cierta gravedad. Véase, por ejemplo, ROPERO CARRASCO, J., “¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y ‘justo’ castigo de la delincuencia organizada?”, *op. cit.*, pp. 285 y 286.

⁶⁸⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 18: “en su paroxismo punitivo, el legislador no sólo no ha limitado la intervención a delitos con más de cuatro años de prisión, sino que la extiende hasta comprender también las faltas, desfigurando groseramente con ello el sentido propio de la criminalidad organizada y de la intervención penal ante la misma”. Como se deduce, escribe el autor estas palabras con anterioridad a la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que suprimió las faltas del Código Penal.

⁶⁸⁵ CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 650 y 651, que critica que bajo el concepto actual de organización criminal, sería calificada de tal “cualquier agrupación estable y funcionalmente diferenciada de ladrones de gallinas”. Recuérdese, además, que para este autor, junto a la especial gravedad, los delitos-fin deben caracterizarse por el componente violento, en tanto el bien jurídico protegido por el delito de organización criminal sería, según su tesis, el monopolio estatal en el ejercicio de la violencia.

⁶⁸⁶ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 962: “se apuesta por una expansión del concepto, carente de todo fundamento político-criminal, que va más allá de lo que sociológica y criminológicamente se entiende por criminalidad organizada”.

⁶⁸⁷ También se muestra crítica en este sentido ESCUCHURI AISA, E., “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 13. Fuera de nuestras fronteras, mantienen también una interpretación restrictiva a este respecto, ARZT, G., “§§ 129, 129 a; Kriminelle Organisationen”, en ARZT, G., y WEBER, U., *Strafrecht. Besonderer Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2000, pág. 927, que entiende que “los delitos” en abstracto que se erigen en objeto de la “kriminelle Vereinigung” en el §129 StGB han de ser infracciones de cierta significancia (“En el caso de hechos triviales, el adelantamiento de la responsabilidad penal sería reprochable. Por lo tanto, para hechos delictivos insignificantes §129 StGB no ha de ser aplicable, aunque tales delitos sean el objetivo principal de la agrupación”), poniendo como ejemplos de comisión de delitos irrelevantes a efectos de la aplicación del precepto, los daños materiales ocasionados por la práctica del graffiti, o el caso concreto de tres

Europea definió en 1994, en el trascendental Enfopol 161/1994, anexo C, “la sospecha de comisión de delitos graves” como un indicador obligatorio en relación a una agrupación de sujetos para poder hablar propiamente de criminalidad organizada⁶⁸⁸. Pero, independientemente de factores criminológicos o sociológicos, la definición aquí adoptada del injusto sistémico de la organización y del grupo criminal como lesión de la seguridad colectiva, y, adicionalmente, en el caso de la organización, de la calidad democrática de los países, nos obliga a una interpretación restrictiva del objeto criminal de estas agrupaciones delictivas. La doble tutela de bienes jurídicos frente a distintos tipos de afectación que se lleva a cabo mediante la incriminación de las conductas de participación activa en estas agrupaciones sólo puede permitirse en relación a bienes jurídicos de cierta relevancia. Recuérdese que definíamos la seguridad colectiva como seguridad de bienes jurídicos, configurándolo como un bien jurídico instrumental. La tutela penal frente a situaciones de peligro abierto o general no puede extenderse a cualesquiera bienes jurídicos, sino que ha de restringirse a los de cierta gravedad, en atención al carácter fragmentario del Derecho penal.

El siguiente paso a dar en dicho proceso de restricción del ámbito de aplicación de los tipos que nos ocupan sería elegir el criterio y la técnica legislativa empleadas a tal fin. A este respecto, atendiendo a la doctrina y a la realidad legal comparada, pueden distinguirse principalmente las siguientes opciones: (1) restringir los delitos-fin de acuerdo a su gravedad a nivel penológico, marcando un baremo o una pena mínima, como hacen la Convención de Naciones Unidas de 2000 o la Decisión-Marco, que disponen, respectivamente, que el grupo delictivo organizado y la organización delictiva ha de tener por objeto delitos punibles con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años⁶⁸⁹, y (2) establecer una lista *numerus clausus* de infracciones objeto de la agrupación delictiva⁶⁹⁰, como hace, si bien a efectos meramente procesales, en el

accionistas de una sociedad próspera, que cada año vuelven a defraudar a la oficina de impuestos con viejos trucos.

⁶⁸⁸ Los criterios establecidos en el documento Enfopol 161/1994 (anexo C) para delimitar conceptualmente el crimen organizado son, en total, once: “1. Colaboración de más de dos personas. 2. Distribución de tareas. 3. Actuación continuada o por tiempo prolongado. 4. Utilización de formas de disciplina y control interno. 5. Sospecha de comisión de delitos graves. 6. Operatividad en el ámbito internacional. 7. Empleo de violencia u otras formas de intimidación. 8. Uso de estructuras de negocios o comerciales. 9. Actividades de lavado de capitales. 10. Ejercicio de la influencia (políticos, medios de comunicación, etc.) 11. Búsqueda de beneficio o poder”. De estos once criterios deben concurrir seis, entre los que han de contarse obligatoriamente los números 1, 5 y 11.

⁶⁸⁹ Señalaba ROPERO CARRASCO, J., “¿Protección social versus garantismo?”, *op. cit.*, pág. 317, que, si se adopta tal modelo en España, “se excluyen muchos de los delitos que se planteaban en la revisión inicial, como el hurto de ganado, el “carding” o falsificación de tarjetas de crédito, los robos con fuerza en las cosas, las simples coacciones, y otros que no llegan a este baremo”. No obstante la apreciación, señálese que la autora es partidaria de restringir el objeto criminal del delito de organización.

⁶⁹⁰ Pareciera, en principio, avalar esta técnica legislativa para el ámbito de la criminalidad organizada MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 962, al llamar críticamente la atención sobre el hecho de que el legislador de 2010 no haya tenido en cuenta la definición de delincuencia organizada ya contenida en el citado art. 282bis.4 de la LECrim. de cara a elaborar el concepto de “organización criminal”. Además, parece avalar el listado contenido en la norma procesal al referir que los delitos enumerados “coinciden en gran medida con aquellos que desde la perspectiva internacional se consideran como objeto más usual de la

marco de aplicación de la figura del agente encubierto, el art. 282 bis.4 LECrim⁶⁹¹. Ambas técnicas legislativas presentan inconvenientes y ventajas. La lista tasada de delitos es más acorde a los principios de taxatividad e intervención mínima del Derecho penal, y permite regular el fenómeno de forma más pormenorizada atendiendo a las particularidades concretas de la delincuencia organizada en nuestro país, pero, por el contrario, como se ha señalado⁶⁹², presenta el riesgo, como todo

delincuencia organizada”. ROPERÓ CARRASCO, J., “¿Protección social versus garantismo?”, *op. cit.*, pp. 316 y 317, también parece tomar en consideración la enumeración de delitos como técnica legislativa a emplear con los delitos de organización criminal, al afirmar: “en contra de lo expresado por algunos autores, tampoco me parece desacertado utilizar un “*numerus clausus*” para consensuar los delitos concretos en los que la delincuencia organizada puede dar lugar a agravaciones (o permitir el castigo de los miembros de la organización por participación “activa” en la misma)”.

⁶⁹¹Art. 282bis.4 LECrim.: “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:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”.

Nótese que, como señala ROPERÓ CARRASCO, J., “¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y ‘justo’ castigo de la delincuencia organizada?”, *op. cit.*, pp. 271 y ss., estos delitos no coinciden en su integridad con aquéllos para los que se prevén en la Parte Especial del Código Penal cualificaciones por comisión del delito perteneciendo a una organización o asociación. No hay, pues, correspondencia a este respecto entre las leyes penales sustantiva y procesal. Por otra parte, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “*La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*”, *op. cit.*, pág. 11, señalaba en su momento los problemas a que, en su opinión, podría dar lugar la adopción del catálogo de delitos del art. 282 bis LECrim. por una eventual y futura definición legal de organización criminal en el texto penal sustantivo: “se omiten conductas delictivas que según la experiencia se desarrollan frecuentemente en el ámbito de la delincuencia organizada”, citando como ejemplos “el cohecho de funcionario público, determinados delitos contra la Administración de Justicia, amenazas y coacciones, y la alteración de precios en concursos y subastas públicas”.

⁶⁹² Así, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “*Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*”, *op. cit.*, pp. 273 y 274, que apunta a que el sistema de *numerus clausus* entraña el riesgo de dejar extramuros del tipo a “futuras manifestaciones de la criminalidad organizada” porque “la realidad de la criminalidad organizada siempre va por delante de la ley”. No obstante, la autora no descarta por completo esta técnica legislativa para restringir el objeto

catálogo *numerus clausus*, de dejar fuera nuevas manifestaciones criminales del fenómeno, cuya inclusión requeriría de la oportuna reforma legal. Esto es especialmente preocupante en el tema que nos ocupa en el que se destaca cada vez más por las instancias internacionales la tendencia de las organizaciones criminales a “auto-reinventarse” ante las adversidades, y buscar continuamente nuevas actividades delictivas con las que obtener mayores réditos⁶⁹³. Instaurar un catálogo cerrado de delitos-fin de la organización o grupo criminal podría suponer, de esta forma, dejar en la impunidad el castigo de la participación activa en y la colaboración con agrupaciones delictivas que se dediquen exclusivamente a actividades delictivas no incluidas en el listado⁶⁹⁴.

La otra técnica legislativa posible a este respecto, y que consideramos más conveniente, es la empleada por los textos internacionales, consistente en la referencia genérica a delitos, concretando el ámbito de aplicación en atención a su gravedad. Habría a este respecto, en puridad, dos posible opciones: la de restringir los delitos-fin tomando como referencia una pena mínima concreta, como los cuatro años de prisión como tope máximo marcados por los textos internacionales, o, la de emplear la clasificación ya contenida en nuestro Código penal (arts. 13 y 33) entre “delitos graves”, “delitos menos graves” y “delitos leves”, limitando las infracciones-fin de la organización sólo a algunas de estas categorías de infracciones⁶⁹⁵. Ésta última es la opción que proponen FARALDO CABANA y CUENCA GARCÍA en su propuesta *de lege ferenda* de regulación del tipo de organización criminal, en la que abogan por restringir el objeto criminal de la agrupación a los “delitos graves” y los “delitos menos graves”, dejando fuera a los “delitos leves”, que no llevan aparejada pena de prisión⁶⁹⁶.

social de las organizaciones criminales, alabando que la misma es la más respetuosa con el principio de taxatividad.

⁶⁹³ De ello da cuenta, por ejemplo, el informe de Europol sobre la amenaza del crimen organizado en la Unión Europea de 2017 (SOCTA 2017), pág. 15: “Many OCGs are highly flexible and able to shift from one criminal activity to another or to add new criminal activities to their crime portfolio”.

⁶⁹⁴ Por otra parte, podría objetarse que la técnica legislativa del “*numerus clausus*” podría suponer problemas de cara a una aplicación transnacional del tipo penal bajo el argumento de que la fenomenología de las organizaciones criminales difiere de un país a otro. No obstante, lo cierto es que ya a nivel internacional pueden describirse unos patrones comunes de las organizaciones criminales, independientemente del país en que éstas actúen, por lo que las posibles divergencias en esta materia entre organizaciones de un país u otro no parecen relevantes.

⁶⁹⁵ Recuérdese *ex* arts. 13 y 33 CP que los “delitos graves” son, entre otros, los que tienen atribuida una pena privativa de libertad superior a cinco años, mientras que los “delitos menos graves” son los que la tienen de tres meses a cinco años. Los “delitos leves” no tienen atribuida pena de prisión.

⁶⁹⁶ FARALDO CABANA, P., y CUENCA GARCÍA, M.J., “Organizaciones criminales: Art. 570bis.1”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 949: “convendría plantearse si es razonable castigar con penas tan severas como la prisión de tres a seis años para los dirigentes y de uno a tres para los miembros y cooperadores externos la mera conducta de organizarse para cometer delitos leves que, incluso como continuados, pueden estar castigados nada más que con penas de multa. La desproporción entre la amplitud de la descripción típica del delito de asociación ilícita, y en la actualidad de los delitos de organización y grupo criminal, que permite abarcar agrupaciones de una entidad bagatelar (y no cabe calificar más que como bagatelar la comisión de infracciones leves), y las contundentes penas previstas obliga a una aplicación necesariamente restrictiva. El legislador debería asumirla y deshacer lo iniciado en la reforma de 2003, limitando el castigo de las organizaciones criminales a los casos en que el plan

La referencia genérica a los delitos en atención a su nivel de gravedad presentaría mayores garantías frente al riesgo de lagunas jurídicas. Por ello, y aun cuando esta técnica legislativa puede pecar de abstracción, en tanto no permite configurar un concepto de organización criminal que se asemeje tanto a la fenomenología característica de un país desde el punto de vista criminológico como la anterior, consideramos que es la más adecuada de cara a restringir el objeto delictivo de la organización y el grupo criminal.

Nuestra propuesta concreta a este respecto es aún más restrictiva, como señalamos en su momento: restringir los delitos objeto de la organización y del grupo criminal en los arts. 570 bis y 570 ter CP a los delitos que tengan aparejada una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años, siguiendo el modelo marcado por las convenciones internacionales en la materia. De esta forma, excluiríamos del ámbito de aplicación de estos tipos penales a agrupaciones que tengan como finalidad la comisión de delitos tales como el hurto de cosa mueble ajena de valor inferior a los 400 €, la usurpación sin violencia o intimidación, la alteración de lindes o distracción de aguas, o la estafa, administración desleal, la apropiación indebida con quebrantamiento del deber de custodia y los daños, por cuantía inferior a los 400 €. Con ello negaríamos ya de entrada la posible consideración de organización y grupo criminal de agrupaciones de sujetos como “grafiteros”, que se dedican a cometer delitos de daños, “okupas” no violentos, dedicados a ocupar inmuebles, cometiendo con ello delitos de usurpación pacífica, o de ladrones de gallinas a los que CANCIO MELIÁ hacía referencia como posible grupo criminal, criticando la amplitud del tipo penal⁶⁹⁷. En estos casos de agrupación dedicadas a la perpetración de infracciones de este tipo será suficiente con los instrumentos presentes ya en nuestro Código Penal para la represión de la reincidencia, siendo en tal sentido claves la circunstancia genérica agravante del art. 20.8º CP⁶⁹⁸, así como la agravante específica de multi-reincidencia prevista respecto a algunos de estos delitos como el hurto, la estafa, la administración desleal o la apropiación indebida⁶⁹⁹.

criminal está integrado por delitos graves o menos graves, excluyendo expresamente los leves. De esta forma el Ordenamiento jurídico español no se excedería de forma tan evidente del mínimo común denominador que representan a nivel mundial la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada, firmada en Palermo en el año 2000, y a nivel europeo la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008”.

⁶⁹⁷ CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 650 y 651.

⁶⁹⁸ Art. 20.8.ª CP: “Son circunstancias agravantes: Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”.

⁶⁹⁹ Así, por ejemplo, en el tipo cualificado de hurto del art. 235.1.7º CP (“Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran

En el caso de la organización criminal, que ahora nos ocupa, habida cuenta de que la misma, en la interpretación restrictiva que aquí mantenemos, se caracteriza por el empleo sistemático de la corrupción y la intimidación, ya *ad intra*, ya *ad extra*, y, por la utilización potencial de la violencia, como medio subsidiario a los anteriores -cuando el ofrecimiento de favores y la intimidación fracasasen en el intento de obtener recursos económicos o beneficios de cualquier tipo -, lo normal es que ya esté presente siempre en la misma la finalidad de cometer delitos con pena máxima privativa de libertad de al menos cuatro años (véase, delitos de corrupción y delitos que empleen la intimidación o la violencia). Así, las amenazas, delitos de corrupción (tráfico de influencias, cohecho, financiación ilegal de partidos políticos), o delitos violentos, en tanto integran el *modus operandi* habitual de las organizaciones criminales, y son el motor, por tanto, de su estructura, integran su “objeto social”. No obstante, adicionalmente, es frecuente que las organizaciones criminales persigan la comisión de otros delitos con los que obtener beneficios; delitos estos no relacionados con la infiltración propiamente dicha en los mercados o instituciones estatales. Así, además de los delitos que en su caso sean sustanciales al empleo del método mafioso, es común a las organizaciones criminales mafiosas la ejecución de otras actividades delictivas de carácter lucrativo como, y principalmente, el tráfico de drogas.

b.2. Sobre la exigencia de elementos subjetivos específicos del injusto, en particular, el ánimo de obtener beneficios

La Convención de Naciones Unidas de 2000 y la Decisión-Marco del Consejo de 2008⁷⁰⁰ en materia de delincuencia organizada transnacional incluyen entre los elementos constitutivos de los conceptos de “grupo delictivo organizado” y “organización delictiva”, respectivamente, un elemento subjetivo adicional⁷⁰¹ al fin de comisión de delitos constituido por el ánimo de obtención, directa o indirectamente, de “un beneficio económico u otro beneficio de orden material”⁷⁰²; elemento intencional

serlo”). En el mismo sentido, respecto de la estafa en el art. 250.1.8º CP, la administración desleal en el art. 252.1 CP, y la apropiación indebida en el art. 253.1 CP, éstos dos últimos por remisión al art. 250 CP.

⁷⁰⁰ No obstante, hay que mencionar que la antigua Acción Común, 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, suprimida y sustituida por la actual Decisión-Marco de 2008, no requería el ánimo de lucro. Véase la expresión “con independencia de” utilizada al final de su art. 1: “a efecto de la presente Acción común, 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 delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

⁷⁰¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1398, hace referencia, en este sentido, a “fin ulterior, añadido o último”.

⁷⁰² El art.2.a de la Convención de Naciones Unidas se refiere a: “con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” y el art. 1.1 D-M, de forma

este que, por otra parte, se viene señalando desde el ámbito criminológico y sociológico como elemento característico de la criminalidad organizada⁷⁰³.

Si la referencia al ánimo de obtención de un beneficio económico no da lugar a problemas interpretativos, sí puede darlos, sin embargo, la alusión al ánimo de obtener “otro beneficio de orden material” contenida en estos textos supranacionales. MAGALDI PATERNOSTRO⁷⁰⁴ interpreta tal término como beneficio “económicamente evaluable”. No obstante, con la previsión expresa de que la obtención del beneficio pueda ser, además de directa, indirecta, podrían entenderse ya incluidos en estos preceptos los supuestos en que el beneficio perseguido no sea directamente monetario, pero sí económicamente evaluable. La referencia al beneficio de “orden material” entendido como “económicamente evaluable” sería así redundante. Una forma alternativa de interpretar este término legal vendría de la mano del documento de la Europol Enfopol 161/1994 (anexo C), que, entre los once factores indicadores de la presencia de una organización criminal, contiene en el undécimo lugar, y como indicador cuya presencia ha de ser obligatoria, la “búsqueda de beneficios o de poder”. Podría así, de acuerdo con este documento, entenderse la referencia al ánimo de obtención de un “beneficio de orden material” como finalidad de obtención de poder⁷⁰⁵. No obstante, señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁷⁰⁶ que la práctica revela que la

casi calcada, al “objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

⁷⁰³ Véase, por ejemplo, ANARTE BORRALLA, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, *op. cit.*, pág. 18, que se refiere a la “naturaleza abiertamente lucrativa de la criminalidad organizada”, y KENNEY y FINCKENAUER (a través de MEDINA ARIZA, J. J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pág. 111), SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570bis”, *op. cit.*, pp. 557 *in fine* y 558 (“La expresión crimen organizado viene a designar, desde un punto de vista criminológico, la asunción de la 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”), CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, *op. cit.*, pág. 287, que afirma que “lo que motiva a la criminalidad organizada es obtener el máximo de beneficio económico”, o ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “*Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*”, *op. cit.*, pág. 275, que se refiere, a este respecto, a la “finalidad lucrativo-criminal” de las organizaciones criminales, señalando que el ánimo de lucro, en sí finalidad lícita, cobra relevancia penal al conectarse con la finalidad de cometer delitos. En el mismo sentido, se pronuncia la autora en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 109, donde afirma tajante que “la finalidad económica, el fin de lucro, es lo que mueve a las organizaciones criminales de todo el mundo”, de ahí, según la autora, el que “las políticas criminales más modernas abanderan estrangular económicamente con el decomiso de todos sus bienes y ganancias, la lucha contra el blanqueo de capitales, contra los paraísos fiscales y, sobre todo, impedir que mediante el juego financiero, se creen sociedades interpuestas, testaferros, y demás figuras que faciliten el reciclaje del dinero mal habido”.

⁷⁰⁴ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 962.

⁷⁰⁵ De ser así, este poder no podría ser entendido, en todo caso, como poder político según FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 194, que diferencia las organizaciones criminales de las terroristas precisamente por la persecución de fines o resultados políticos por parte de las últimas: “el elemento teleológico sigue siendo lo que

búsqueda de poder e influencia juega en las organizaciones criminales más como un medio instrumental para lucrarse que como un fin en sí mismo, en el sentido de que el objetivo de las organizaciones para establecer lazos y vínculos con partidos políticos y corromper a funcionarios y jueces, en puridad, no es otro que conseguir la tolerancia de los aparatos del Estado para con sus actividades delictivas, preservando, así, su existencia como institución que hace de la delincuencia su modo de vida.

En cualquier caso, lo cierto es que el legislador español de 2010, en el afán de reprimir el mayor número de supuestos posibles, obvia toda referencia, ya de manera concreta, al ánimo de lucro, ya de manera amplia, al ánimo de obtener beneficios, en su definición de organización criminal del art. 570 bis.1.II CP. Como consecuencia de lo cual, “con la ley en la mano” en principio toda agrupación de más de dos personas que, de forma estable y con reparto de tareas de forma concertada entre sus miembros, se dedique a la comisión de delitos podrá ser calificada como de organización criminal, independientemente, en principio, de que el fin último perseguido con su actuación sea o no la obtención de beneficios. Este proceder del legislador ha motivado ciertas críticas doctrinales, si bien -cabe decir -con menor fuerza que en lo que respecta a la omisión de la exigencia de gravedad en los delitos objeto de la organización. Así, se ha señalado que, con esta definición se tergiversa el concepto criminológico y policial de la criminalidad organizada, que la vincula con el ánimo de lucro, dando lugar a una definición excesivamente amplia con el fin de abarcar cuantos más supuestos mejor, ignorando con ello el legislador el debido carácter fragmentario del Derecho penal⁷⁰⁷. En este sentido, por ejemplo, MAGALDI PATERNOSTRO denuncia el afán del

permite distinguir el terrorismo de otras formas de delincuencia organizada que no persiguen fines o resultados políticos”. También así CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, *op. cit.*, pág. 276: “En todo caso cabe advertir que también se puede estar frente a una criminalidad organizada que persiga fines diversos a los económicos, como sucede con algunas manifestaciones terroristas: el grupo se estructura y persigue fines ideológicos, políticos o incluso religiosos. En el capítulo atinente a las relaciones concursales, analizaremos con detalle las diferencias a este respecto entre los conceptos de organización y grupo criminal y organización y grupo terrorista.

⁷⁰⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 109: “El afán de aumentar sus ganancias es la motivación principal de las actividades delictivas, siendo instrumental la necesidad de adquirir o influenciar en las esferas de poder, pues es en realidad un medio el conseguir facilidades en la concesión de obras públicas, peso en la política del Estado, influencia en la Administración de justicia, pues estas actividades se enmarcan en la búsqueda de la impunidad y así aumentar sus beneficios”.

⁷⁰⁷ Véase, por ejemplo, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1399: “...supone una excesiva ampliación del concepto de organización criminal el que no se haga referencia a la persecución de un fin añadido o ulterior, un fin último, de obtención de beneficio económico o de otro beneficio de carácter material”, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 962: “se apuesta por una expansión del concepto carente de todo fundamento político criminal, que va más allá de lo que sociológica y criminológicamente se entiende por criminalidad organizada”, y GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 40 y 41: “los perfiles policiales, pocos sospechosos de benevolencia con esta manifestación criminal [...] vienen reclamando como caracteres definidores de la misma [...] su capacidad para generar la obtención continuada de importantes beneficios económicos”.

legislador de aparecer con esta reforma “como adalid de la lucha contra el fenómeno”⁷⁰⁸. No obstante, no todo han sido críticas. Se identifica también un sector doctrinal minoritario, aunque importante, que ha avalado la omisión de toda referencia al ánimo de lucro por parte del legislador español en el concepto de organización criminal, si bien esgrimiendo distintos argumentos. Así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, pese a entender que el ánimo de lucro es un componente esencial en las organizaciones criminales en todo el mundo, considera que es innecesaria su exigencia a nivel legal puesto que “todos los tráficicos ilícitos que constituyen el trasfondo criminológico de estas conductas tienen un componente de lucro ilícito evidente, que no es necesario describirlo en los tipos penales”⁷⁰⁹. Y lo cierto es que, si se atiende a las actividades delictivas principales de la criminalidad organizada en el ámbito de la Unión Europea de acuerdo con el SOCTA 2017⁷¹⁰, esto es: el tráfico de drogas, delitos contra la propiedad, la trata de personas, el fraude de impuestos y el favorecimiento de la inmigración ilegal, se constata que la mayoría tienen ya implícito el factor económico. No obstante, son imaginables ciertas conductas delictivas que no acarrearán *per se* la obtención de beneficio económico alguno. Así, entre los mismos delitos contra la propiedad, señalados en el SOCTA como objeto característico de las organizaciones criminales, se encuentra el delito de daños, calificado doctrinalmente como delito patrimonial sin enriquecimiento, que consiste en la sola causación de daños, valga de redundancia. Son *de facto* imaginables agrupaciones de sujetos (hackers) que se dediquen sin ánimo de lucro alguno, por el mero deseo de delinquir, y, en su caso, por ánimos distintos al de enriquecerse, como el intrusivo, a cometer delitos de daños informáticos, insertando virus en ordenadores ajenos. Así lo señala el magistrado VELASCO NÚÑEZ, que celebra la amplitud de la fórmula legal a este respecto, en tanto permite hacer frente a fenómenos delictivos presentes en la actualidad como la “acción grupal delictiva informática de delitos meramente intrusivos como el Hacking, la distribución de pornografía infantil y el Ciberterrorismo, que mayoritariamente no se cometen por ese móvil económico”⁷¹¹. Obviando la referencia al ciberterrorismo, que, como objeto delictivo de una agrupación criminal, daría lugar, en nuestra opinión, a la

⁷⁰⁸ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 962, señala que el concepto legal de organización criminal “sólo puede responder a una irreflexión o a un demagógico deseo del legislador de aparecer como adalid de la lucha contra el fenómeno”.

⁷⁰⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 109.

⁷¹⁰ SOCTA 2017, pág. 15.

⁷¹¹ VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pág. 8. También proclive a no acotar el fin de la organización o del grupo criminal, más allá del objetivo de cometer delitos, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del artículo 515.1 CP y la nueva reforma penal”, *op. cit.*, pág. 26. Nótese que en su propuesta de *lege ferenda* de delito de organización criminal, anterior a la incorporación de este delito al Código Penal en 2010, el autor se planteaba la conveniencia de eludir este elemento en la definición legal argumentando que, en caso contrario y “salvo que se hiciese una interpretación extensiva de dicho requisito, podrían quedar al margen del concepto estructuras criminales que responden a teleologías más híbridas”.

aplicación de los delitos de organización o grupo terrorista, y no a los de organización y grupo criminal que nos ocupa, son, desde luego, posibles en la práctica tales ejemplos.

Algunos autores señalan también a las pandillas y bandas violentas⁷¹² como agrupaciones con finalidades esencialmente distintas del ánimo de lucro, estableciendo que, por ello, no entrarían en el concepto tradicional criminológico de organización criminal como agrupación que delinque buscando un provecho económico, aunque, sí podrían entrar en la amplia definición literal de organización criminal establecida por el legislador⁷¹³. Personalmente, discrepamos a este respecto. En nuestra opinión, al menos en lo que respecta a las grandes bandas latinas actuales (Trinitarios, Dominicans dont Play, Ñetas o Latin Kings⁷¹⁴), si bien es cierto que en la constitución de estas bandas juegan factores diversos al ánimo de lucro, como el factor “identitario”, traducido en la defensa del espíritu y raíces latinas, también lo es, como demuestran los estudios policiales y criminológicos, que estas agrupaciones se financian, y además principalmente, por las actividades delictivas que realizan. Así lo señala, por ejemplo, la misma Fiscalía Superior de Madrid -provincia en que la violencia de las bandas latinas es especialmente preocupante -en sus Memorias de 2016, en las que da cuenta de que la financiación de estas bandas proviene, además de “de las cuotas obligatorias que deben abonar sus miembros”, “del botín de los robos con violencia y con fuerza que ejecutan y del tráfico de drogas a escala de “menudeo”⁷¹⁵. Son, por tanto, agrupaciones con ánimo de lucro en tanto hacen de su modo de vida y subsistencia la delincuencia, y que casan, así, con el concepto criminológico de organización criminal, pese a ostentar también otros fines complementarios.

En cualquier caso, y, una vez expuesta la realidad normativa sobre esta cuestión, y el parecer de la doctrina al respecto, hemos de manifestar nuestra discrepancia con la decisión del legislador de obviar el ánimo de obtención de beneficios en la definición de organización criminal. Es cierto que en el injusto sistémico compartido por la organización y del grupo criminal, constituido por la lesión a la seguridad colectiva, poco tiene que decir el factor lucrativo. La lesión a la seguridad colectiva se produce por la existencia de una agrupación con una estructura idónea para

⁷¹² Véase la definición que QUEIROLO PALMAS, L., “Las manos derechas del estado y el capital guerrero: una etnografía de los aparatos represivos frente al fenómeno de las bandas juveniles en la España contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2014, nº 6, pág. 5, de las bandas latinas como “grupos de jóvenes de origen migrante, “peligrosos” y exóticos en sus nombres (Latin Kings, Ñetas), que se disputan el territorio y protagonizan actos de violencia percibidos como gratuitos y novedosos”.

⁷¹³ DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ariel, Barcelona, 2010, pp. 27 y 28.

⁷¹⁴ Señala a éstas como las grandes bandas latinas la Fiscalía Superior Comunidad Autónoma de Madrid en sus memorias de 2016 (Ejercicio 2015), pág. 80.

⁷¹⁵ Memorias Fiscalía Superior Comunidad Autónoma de Madrid 2016 (Ejercicio 2015), pág. 77. Pero ya con anterioridad se destacaba este extremo. Véase, por ejemplo, el artículo “Desarticulado un grupo de la banda latina de los Trinitarios en Villalba”, *EL PAÍS*, 21/11/14 (fecha de consulta: 03/08/18), que da cuenta de la ‘Operación Trinidad’ en la que la Guardia Civil detuvo en Madrid a varios miembros de la banda “Los Trinitarios”, encontrando en los registros varios cuadernos de contabilidad, cuyo examen puso de relieve que la fuente principal de financiación de la banda era la actividad delictiva del tráfico de drogas.

delinquir, independientemente de los ánimos complementarios al de delinquir que ésta tenga, con la excepción, eso sí, de las finalidades propias de los delitos de terrorismo *ex art. 573.1 CP*, que darían lugar de ser perseguidas por la agrupación a la aplicación, por el criterio de especialidad *ex art. 8.1º CP*, del tipo de organización o grupo terrorista. Pero, si bien, como decimos, la lesión a la seguridad colectiva no requiere para producirse de la presencia del ánimo de la obtención de un beneficio, no sucede lo mismo con el otro contenido de injusto que resulta exclusivo de la organización criminal, en la interpretación restrictiva que hacemos de la misma como organización mafiosa. Y es que la amenaza a la estabilidad de las bases democráticas de los Estados, ante la existencia de agrupaciones que pretenden infiltrarse ilícitamente -a través primeramente de la intimidación, y, subsidiariamente de la violencia- en los mercados e instituciones estatales, sólo se explica por la intención ulterior de la agrupación, y de sus miembros, de adquirir beneficios, ya económicos, ya políticos. Dicho de otra manera, *el ánimo de obtener beneficios materiales es inherente al método mafioso*, y, con ello a las organizaciones criminales, como organizaciones mafiosas.

Resulta, pues, en nuestra opinión conveniente una reforma que incluya como elemento específico de la organización criminal este ánimo ulterior de obtener beneficios, en la línea de los textos internacionales referidos *supra*. Mientras la misma no se produzca, abogamos por interpretar restrictivamente el art. 570 bis CP, reclamando para su apreciación el ánimo subyacente de la agrupación de obtener beneficios, ya económicos, ya políticos.

c. El fin de “cometer delitos” como elemento subjetivo (dolo) de la organización criminal

c.1. Algunas aclaraciones previas

Una vez vistas las diferencias de la definición de organización criminal del art. 570 bis CP frente a las definiciones de los textos internacionales, tratemos ahora las cuestiones que suscita la interpretación del término “cometer delitos”. De entrada, la referencia al término delitos deja fuera del ámbito de aplicación del tipo a agrupaciones que persigan ilícitos administrativos o fines cualesquiera que pudieran considerarse por ciertas personas como inmorales⁷¹⁶. Por muy reprochables que puedan ser los objetivos que se persigan por determinadas agrupaciones, si los mismos no constituyen delitos la agrupación no podrá considerarse *ex art. 570 bis CP* organización criminal en *pro* del respeto al principio de legalidad. Por delitos, además, ha de entenderse, de acuerdo con el sentido común que se le da al término, a las acciones típicas y antijurídicas, por lo que las agrupaciones que tengan por objeto la comisión de hechos típicos pero que se

⁷¹⁶ Así lo señalan MAGGIORE, G., *Derecho Penal. Parte Especial, vol. III, “Delitos en particular”, op. cit.*, pág. 451: “la mala vida no forma asociación para delinquir”, y SOLER, S., *Derecho Penal Argentino. Tomo IV”, op. cit.*, pág. 550: “Los hechos propuestos deben constituir delitos en la acepción técnica del término [...] No basta, pues, una asociación meramente subversiva o anárquica. No constituye asociación ilícita la agrupación para organizar la propaganda de ideas comunistas”.

encuentren justificados por alguna causa de justificación habrán de excluirse en nuestra opinión también del concepto legal de organización criminal⁷¹⁷. Otro aspecto que resulta indubitado de entrada, a pesar de no estar éste recogido en la ley es el relativo al tipo de delitos objeto de la organización criminal desde el punto de vista del tipo subjetivo. Resulta obvio, en este sentido, que cuando el legislador hace referencia a “cometer delitos” como finalidad de la organización está pensando en delitos dolosos, y no imprudentes⁷¹⁸. Y es que, lo contrario, esto es, tener la intención de perpetrar delitos imprudentes resultaría una paradoja habida cuenta de que no se puede tener intención de realizar algo negligentemente, dado que la intención de cometer el delito presupone ya el dolo. También parece claro que la finalidad de la organización es ejecutar las conductas típicas de los delitos-fin hasta su consumación, esto es, llevar a cabo delitos consumados. Ello se desprende del término “cometer”⁷¹⁹ y, sobre todo, de la lógica y de la experiencia. No tiene ningún sentido la creación de una agrupación delictiva para ejecutar delitos que queden en mero grado de tentativa. No obstante, como ya se dejó entrever al analizarse el injusto de los delitos de organización y grupo criminal, la efectiva ejecución de los delitos-fin no es presupuesto para la aplicación de estos tipos penales, que se consuman con la sola existencia de la agrupación estructurada idóneamente para cometer delitos con vocación de permanencia en el tiempo⁷²⁰.

⁷¹⁷ Vienen a la mente, a este respecto, casos como el de la ONG “Proactiva Open Arms”, una organización dedicada -como expresamente refiere su página web – a “rescatar del mar a los refugiados que llegan a Europa huyendo de conflictos bélicos, persecución o pobreza”. En marzo de 2018 la Fiscalía de Catania abrió diligencias contra integrantes de la ONG por un posible delito de promoción de la inmigración ilegal, siendo, finalmente, en junio de 2017, archivada la causa. Nótese que inicialmente se incluyó también la acusación por el delito de participación en asociación ilícita, pero fue descartada por el juez Nunzio Sarpietro. Véase ELDIARIO.ES, 27/03/18 (consultado el 03/08/18).

En el caso hipotético de que no hubiese sido archivada la causa, de acuerdo con lo que *supra* mantenemos la condena por el delito asociativo no hubiera podido producirse si se estimara respecto al delito-fin de inmigración ilegal la causa de justificación del estado de necesidad. No obstante, en España tal eventualidad es difícil que llegue a producirse pues el art. 318 bis.1.II CP establece con acierto la atipicidad de las conductas “cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

⁷¹⁸ Lo señalan ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 79, en Argentina, y PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pág. 100, en Italia. Éste último incluye también, por las mismas razones, a los delitos preterintencionales como infracciones que no pueden encontrarse entre el objeto social de la asociación para delinquir.

⁷¹⁹ Así, FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 182.

⁷²⁰ Así lo sostiene la doctrina y jurisprudencia prácticamente con unanimidad, tanto en España como en el resto de países que contemplan delitos similares. Véase, por ejemplo, POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 165: “Conviene insistir [...] en que se trata en una mera finalidad: lo que no exige el tipo es la efectiva realización de los delitos”. En la jurisprudencia, puede citarse, entre otras muchas, la STS 798/2016, de 25 de octubre, FJ Primero, apartado 2.2: “el Código Penal se refiere siempre en plural a la finalidad de estas formas criminales, cometer delitos o perpetrarlos, [...] sin que [...] vaya más allá de la finalidad u objeto en sí mismo sin alcanzar siquiera en rigor las fases delictivas previas a la consumación”. En Alemania, señala, por ejemplo, este aspecto en relación al delito de “kriminelle Vereinigung”, OSTENDORF, H., “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. Terroristischer Vereinigungen” §§129, 129 a StGB”, *op. cit.*, pág. 655; y en Italia hace lo propio en relación al tipo de “associazione per delinquere” del art. 416 del Código penal italiano PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pág. 213 (“el delito se configura en el momento en el cual los afiliados constituyen la asociación, incluso aunque no se haya aún iniciado la actividad del programa criminal”).

Por último, cabe señalar entre estas aclaraciones previas la circunstancia de que la comisión de delitos, como objeto social de la organización criminal, debe ser, en el caso de la organización, junto al ánimo de obtener beneficios, el motor que explica la estructura y medios de la agrupación, pues el injusto de la lesión a la seguridad colectiva, requiere precisamente de la existencia de una estructura diseñada de manera idónea y racional para cometer delitos. Esta finalidad no puede ser, así, un elemento accesorio a la organización, sino influir decisoriamente en su estructura y actividad⁷²¹. Aclarados estos extremos -por cierto, también aplicables al tipo de grupo criminal-, entramos en los problemas más complejos que suscita la interpretación de este elemento.

c.2. La comisión de una pluralidad de delitos como objeto de la organización

El legislador español opta por la redacción utilizada por la Decisión-Marco de 2008 que hace alusión en plural al delito como objeto o finalidad de la organización (“fin de cometer delitos”), frente a la de la Convención de Naciones Unidas de 2010, que se refiere, a este respecto, a “cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”, para definir el término “organización criminal”, dejando así claro que la agrupación debe perseguir la comisión de una pluralidad de delitos⁷²². Nótese, no obstante, que la redacción empleada con anterioridad a la reforma de 2015 suscitó cierta discusión doctrinal en relación a si las agrupaciones que perseguían la comisión de un delito podían ser calificadas o no de organización criminal *ex art. 570 bis CP*. Las dudas se originaban porque el legislador de 2010 se refería a “el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”, haciendo, como se ve, alusión a la reiteración sólo en relación a las faltas y no a los delitos, como también sucedía en el art. 515.1º CP⁷²³. Aun así, la utilización en plural

⁷²¹ Así lo señala en relación al delito de “kriminelle Vereinigung”, siendo extrapolable al de organización criminal de nuestro Código Penal, OSTENDORF, H., “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. Terroristischer Vereinigungen” §§129, 129 a StGB”, *op. cit.*, pág. 655: “Los delitos planeados deben “influir” a la organización externamente; no es suficiente si sólo representan el trasfondo espiritual de la unión”.

⁷²² Así, ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 798. En Argentina, cuyo tipo de asociación ilícita del art. 210 CP se refiere también a “delitos” (“tomare parte en una asociación [...] destinada a cometer delitos”), señala, a este respecto, SOLER, S., “Derecho Penal Argentino. Tomo IV”, *op. cit.*, pág. 550: “La expresión “delitos”, usada en plural por la ley, impone entender esta figura como referida a los casos en que el objeto de la asociación sea el de cometer, a lo menos, más de una infracción”.

⁷²³ La viabilidad de castigar a una agrupación que tuviera como finalidad la comisión de un solo delito mediante el art. 515.1º CP aún era mayor pues, además de no emplear el término de reiteración en relación a los delitos, este precepto hacía alusión -y aún hoy la hace -a la infracción en singular (“algún delito”). Así, establecía el art. 515.1º CP: “Son punibles las asociaciones ilícitas [...] 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”. No

del término delito y la nota de estabilidad expresamente exigida por la ley eran bazas suficientes para que la doctrina mayoritaria se decantase en su interpretación por exigir la pluralidad de delitos como objeto del entramado criminal. El hecho de que la reiteración sólo se reclamara expresamente en relación a las faltas parecía encontrar su razón de ser en el deseo del legislador de querer reforzar la presencia de esta característica en las organizaciones dedicadas a la comisión de faltas. Se compensaría así la menor gravedad frente a los delitos de estas infracciones con la exigencia de una mayor frecuencia en la comisión de las mismas, en el sentido de reclamar un menor intervalo temporal entre la perpetración de una falta y otra que entre la comisión de delitos. La jurisprudencia española ha venido subrayando reiteradamente este aspecto, dejando sentado, por ejemplo⁷²⁴, en la STS 798/2016, de 25 de octubre, tanto para la organización como para el grupo criminal, que “el Código Penal se refiere en plural a la finalidad de estas formas criminales, [...] de modo que la concertación para la comisión de un solo delito es una forma de codelinquencia pero no de organización o grupo”⁷²⁵.

La exigencia de pluralidad en los delitos cuya comisión persigue la agrupación se relaciona, por otra parte, con el elemento de la vocación de estabilidad o permanencia que caracteriza a la organización criminal *ex art. 570 bis.1 CP*, y, más aún, con la interpretación restrictiva que aquí mantenemos del concepto como organización mafiosa.

Si el concepto de organización criminal se interpreta, como proponemos, como agrupación que busca insertarse fraudulenta e ilícitamente en el funcionamiento del aparato estatal para obtener beneficios económicos, y, en su caso, poder, la comisión de plurales delitos se muestra como un elemento instrumental imprescindible de la misma. Ya señalamos que la organización así concebida se caracteriza por el empleo sistemático de la corrupción y de la intimidación *ad intra* y *ad extra* de la agrupación. La comisión de “delitos intimidatorios” como las amenazas, extorsiones, y, de otros, para insertarse en las instituciones, como delitos relacionados con la corrupción (cohecho o tráfico de influencias) o el blanqueo de capitales serán “el pan de cada día” en la vida de estas organizaciones.

obstante, lo cierto es que la doctrina y jurisprudencia venían interpretando el término “algún delito” como pluralidad de delitos pues, lo contrario, impediría diferenciar la asociación ilícita de la mera conspiración para delinquir o de la posterior codelinquencia.

⁷²⁴ También en las SSTs 379/2017, de 25 de mayo (FJ Sexto), 603/2014, 23 de septiembre (FJ Primero), 787/2014, 26 de noviembre (FJ Tercero), y 726/2014, 6 de noviembre (FJ Quinto), se afirma, en este sentido, que: “Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinquencia, en el que no procede aplicar las figuras de organización. Así lo ha reconocido ya la jurisprudencia más reciente, STS 544/2012, de 2 de julio, que señala que de la Reforma ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno”. Este fragmento procede de la STS 950/2013, 5 de diciembre (FJ Sexto).

⁷²⁵ STS 798/2016, de 25 de octubre, FJ Primero, apartado 2.2.

c.3. Los delitos objeto de la organización como delitos relativamente concretados

La agrupación delictiva no tiene por qué haber iniciado la ejecución de un delito de su plan criminal para poder ser calificada como organización criminal ex art. 570 bis CP, pero ¿ha de haber concretado tal plan? Desde luego, está claro que su fin delictivo concreto no ha de constar por escrito⁷²⁶ -ello es lo normal, además -, pero puede surgir la duda en torno a la necesidad o no de su conocimiento por el tribunal de cara a la aplicación del artículo. Esta cuestión, que ha hecho correr ríos de tinta en la doctrina argentina, habiendo posturas encontradas al respecto⁷²⁷, no ha sido, sin embargo, muy discutida en España. La causa de ello seguramente se encuentre en el hecho de que el legislador utiliza como criterio de ponderación de las penas de los integrantes de la organización, además del rol por ellos desempeñado, la gravedad de los delitos objeto de la agrupación, de forma que a los miembros de una organización que tengan como fin la comisión de delitos graves les corresponderá una pena en abstracto mayor que a la de los integrantes de una organización que se dedique a perpetrar delitos menos graves o leves⁷²⁸. Esta utilización de la gravedad del delito-fin de la organización como criterio legal de ponderación de las penas impone al juez la necesidad de conocer la concreta infracción cuya comisión persigue la organización. Esto es, si bien no es necesario conocer los pormenores de cada acción delictiva individual planeada o ejecutada por la agrupación delictiva, sí lo es conocer a grandes rasgos la modalidad delictiva que constituye el objeto de la misma, al menos, discernir si se trata de un delito grave o no.

El delito de asociación ilícita, a diferencia de los delitos de organización y grupo criminal, no pondera las penas de los integrantes en función del criterio de la gravedad de los delitos perseguidos, sino únicamente atendiendo al papel por ellos desempeñado en la agrupación⁷²⁹. Así, la pena abstracta a imponer a los mismos será la misma independientemente de la gravedad de la infracción objeto de la asociación. Esta irrelevancia desde el punto de vista legal de la gravedad del delito-fin perseguido, podría llevar a afirmar en el aspecto que aquí nos ocupa que los delitos objeto de la agrupación no han de estar siquiera concretados en sus aspectos más generales de cara a

⁷²⁶ Así lo señala CORNEJO, A., “Asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 42 i.f. y 43.

⁷²⁷ Véase CORNEJO, A., “Asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 50 y ss., que, se decanta por la obligada concreción de los delitos (“los indeterminados son los planes que, para consumir delitos perfectamente determinados, acuerdan los miembros de la sociedad criminal”).

⁷²⁸ Establece el art. 570 bis.1.I CP que: “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”.

⁷²⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 282 y 283, justificaba en su momento la identidad del tratamiento penológico dado por el legislador a las asociaciones independientemente de la gravedad de la infracción objeto de las mismas argumentando que todas ellas constituyen *per se* instituciones hostiles al Estado, al disputarle el monopolio del orden jurídico.

aplicar los arts. 515.1º y ss. CP. No obstante, esta posible inferencia en atención a la regulación del tipo de asociación ilícita es desmontada por los tribunales, que venían reiterando en este sentido -entre otras, en la STS 745/2008, de 25 de noviembre⁷³⁰ – que “el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1, inciso 1º, 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”.

c.4. Las organizaciones con fines lícitos, pero medios delictivos como posible objeto del art. 570 bis CP

Frente al delito de asociación ilícita del art. 515 CP, que prevé expresamente en su apartado 2º el castigo de la participación en asociaciones que, teniendo un fin lícito, hagan uso de medios ilícitos para su consecución, los delitos de organización y grupo criminal no hacen referencia alguna a este respecto⁷³¹. Puede, por ende, surgir la duda sobre si las agrupaciones que persigan fines lícitos pero se sirvan de medios delictivos pueden integrar los conceptos de organización criminal y grupo criminal *ex* arts. 570 bis.1 y 570ter.1 CP. A este respecto, insta hacer una distinción, dentro de la fenomenología de supuestos que pueden concurrir, entre dos hipótesis en relación a agrupaciones cuyo fin último es de carácter lícito: aquel supuesto en el que en el marco de la agrupación ocasionalmente se delinque para la consecución del fin lícito; y aquel otra en el que la comisión de delitos es inherente a la consecución del fin lícito, de manera que la perpetración de delitos no supone una conducta ocasional en el marco de la agrupación delictiva, sino esencial, estando la estructura organizativa diseñada a tal fin. En la primera hipótesis, la agrupación no constituirá organización ni grupo criminal, pues no se encuentran su estructura y medios racionalmente orientados a la comisión de delitos, siendo la perpetración de tipos penales una conducta ocasional. Sin embargo, en la segunda hipótesis, esto es, aquella en que la agrupación comete delitos como medio para alcanzar su fin lícito, siendo aquéllos inherentes a la consecución de éstos, sí nos encontraremos ante una organización o grupo criminal, en tanto la agrupación está idóneamente orientada en su estructura y medios a la comisión continua de delitos⁷³².

⁷³⁰STS 745/2008, de 25 de noviembre, FJ Octavo.

⁷³¹ Los convenios internacionales actuales en materia de criminalidad organizada tampoco hacen una referencia expresa a este respecto. Para encontrarla hemos de remontarnos a la ya derogada 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 en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (98/733/JAI), que sí preveía expresamente la hipótesis de la agrupación con fines lícitos que comete delitos, incluyéndola en el concepto de “organización delictiva”. Así se extrae de la definición que aportaba en su art. 1 de “organización delictiva” como “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 delitos [...], con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

⁷³² De esta opinión es FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp.178 y 179, y, en su momento, en relación al delito de asociación ilícita de objeto delictivo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 246 y 247: “Por “fin” no hay que entender [...] fin “único” o “último”, sino también: “objetivos intermedios”, “secundarios”. Los “medios” inherentes o esenciales a tales fines pertenecen

Podemos decir, así, que en nuestra opinión, los medios inherentes al fin han de ser considerados también objetivo o finalidad de la agrupación. Ésta es, por otra parte, la interpretación mayoritaria que se viene manteniendo en la mayoría de países de nuestro entorno sobre la finalidad de cometer delitos de los diversos tipos asociativos existentes a nivel de derecho comparado⁷³³. Por otra parte, una interpretación restrictiva de los fines de la agrupación como objeto último de la misma, podría suponer, llevada a sus extremos, dejar “extramuros” del concepto de organización o grupo criminal a las agrupaciones que delincan con ánimo de lucro, en tanto el fin último consistente en enriquecerse no es *per se* delictivo. Como se ve, ello supondría un disparate. Insta, por tanto, entender que la finalidad de la agrupación abarca necesariamente a los medios inherentes a su consecución.

Esta cuestión de si por objetivo delictivo de la agrupación ha de entenderse exclusivamente los fines últimos, o si, por el contrario, podría también abarcar el término a los medios inherentes a la consecución de dichos fines últimos, generó un intenso debate doctrinal ya con anterioridad a 2010, en relación a la aplicación del tipo de asociación ilícita criminal del art. 515.1º CP. El germen de este debate se encuentra en el famoso “caso Filesa”, a raíz del cual se destapó una red dedicada a la financiación del PSOE de cara a las elecciones generales de 1989 mediante métodos delictivos. Concretamente, los acusados en la causa crearon unas “sociedades pantalla”, “Time Export”, “Filesa” y “Malesa”, para conseguir fondos económicos para afrontar los gastos ocasionados al partido por la citada campaña electoral. A pesar de que la financiación irregular no constituía una conducta típica en el momento de enjuiciamiento de los hechos - no habiéndose la misma, por cierto, incluido como tal en el Código Penal hasta la reciente reforma producida por LO 1/2015, de 30 de marzo -, el Alto Tribunal condenó en STS 1/1997, de 28 de octubre, a los acusados por el delito de asociación ilícita en atención a que los medios utilizados para dicha financiación sí eran

igualmente al “objeto” social: no los que se empleen “ocasionalmente”, “de paso””. También es ésta la interpretación mayoritaria a nivel de derecho comparado. En Alemania, además, se afirma esta circunstancia por el propio legislador, que en el apartado 2.2 del § 129 StGB establece que: “el apartado 1 -esto es, el tipo básico donde se contemplan las conductas típicas- no se aplicará cuando la comisión de hechos solo sea un objeto o una actividad de significado secundario”. Véase también ARZT, G., “§§ 129, 129 a; Kriminelle Organisationen”, *op. cit.*, pág. 927.

⁷³³ Fuera de nuestras fronteras mantiene, por ejemplo, esta concepción del “objeto social”, o, mejor dicho “scopo sociale”, empleando la terminología del país, PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pág. 109. Este autor se refiere al caso de una asociación deportiva que para apoyar a un equipo de fútbol (finalidad última, que explica su creación) acuerda servirse de métodos delictivos como la amenaza a árbitros, y la realización de actos de violencia o chantaje contra jugadores de equipos adversarios, señalando que la misma ha de ser considerada “*associazione per delinquere*” de acuerdo con el art. 416 CP. Entiende así el autor que los medios acordados para alcanzar el fin, han de ser considerados también “scopo sociale” de la asociación. En Alemania es también la opinión mayoritaria, habiéndose pronunciado la jurisprudencia del BGH expresamente a favor de esta tesis (BGH 27,325 (326)). En la doctrina, puede citarse a este respecto, entre otros muchos, a ARZT, G., “§§ 129, 129 a; Kriminelle Organisationen”, *op. cit.*, pág. 927: “el §129 (StGB) no se limita a los casos excepcionales en los que el propósito principal o el objetivo final consiste en la comisión de delitos (organización para la promoción del narcotráfico o del proxenetismo). Es suficiente con que la actividad de la asociación se dirija a la comisión de actos punibles como un medio para cualquier propósito, incluso si el propósito real de la asociación es lograr un objetivo tan positivo como la eliminación de las prisiones”.

delictivos: conductas constitutivas de falsedades documentales, apropiaciones indebidas y delitos fiscales. A este respecto concluía el tribunal que “era indudable una inicial finalidad ilícita si el fin último de la actividad societaria buscaba, directa o indirectamente, la conculcación de un precepto penal”⁷³⁴. Este fallo provocó duras críticas entre cierto sector doctrinal, destacando, a este respecto, las objeciones formuladas por QUINTERO OLIVARES y CHOCLÁN MONTALVO. Señalaba el primero que tal entendimiento de la cuestión provoca un “efecto de “incriminación adicional” para todos los delitos que se cometan desde la actividad de personas jurídicas, violentando todos los principios que se invocan para la reducción del derecho penal a lo realmente imprescindible”. Para ilustrar su afirmación el autor ponía el siguiente ejemplo: “si una empresa constructora desea realizar una promoción urbanística en zona inadecuada (potencial comisión de un delito urbanístico), confiando en que a la postre todo se arreglará gracias a la tolerancia de la autoridad municipal que se avendrá a un arreglo [...], preciso será admitir que tenemos un fin lícito (construir) que se quiere alcanzar asumiendo un eventual delito o infracción urbanística que se cometa (finalidad ilícita), contemplando también la posibilidad de que se consiga resolver el problema mediante la comisión de otros delitos (por ejemplo, prevaricación o cohecho [...]). Partiendo de todo ello es evidente que habrá que apreciar, además de cualquier otro delito, un delito de asociación ilícita del art. 515.1º del CP”⁷³⁵.

En la misma dirección iban las críticas de la segunda autora citada, CHOCLÁN MONTALVO, que denunciaba que el concepto “exageradamente amplio de la asociación ilícita” que maneja, en su opinión, la STS 1/1997, de 28 de octubre entraña aplicar el art. 515.1º CP a “supuestos de asociación en cuyo contexto se realizan hechos punibles, pero que no son perseguidos como objeto de la empresa criminal”, derivando ello, según la misma, en que “todo delito realizado en el seno de una persona jurídica habría de ser sancionado adicionalmente con la pena prevista para la asociación ilícita”⁷³⁶. Diferimos de la postura mantenida entonces por esta autora, en tanto que no todo delito perpetrado en el marco de una empresa derivará en la aplicación del art. 515 CP, u hoy los arts. 570 bis o 570 ter CP, pues ello sólo sucederá cuando la comisión de dichos delitos sea inherente a su estructura, estando ésta orientada racionalmente para la perpetración de aquéllos. Y esto sucederá tanto cuando el objeto principal de la agrupación sea delinquir, como cuando, siendo otro, la comisión de delitos devenga en instrumento inherente a la consecución de dicho fin lícito. En el caso Filesa parece que la comisión de delitos sí resultaba inherente al fin, entonces no delictivo, de financiar irregularmente un partido político. La clave a este respecto radicaría no en el fin delictivo sino en el elemento de la vocación de permanencia de la agrupación, que podría ser discutible en tanto su razón de ser se limitaba a la financiación del PSOE en

⁷³⁴ STS 1/1997, de 28 de octubre, FJ Vigésimo.

⁷³⁵ QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 184 y 185.

⁷³⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La organización criminal. Tratamiento penal y procesal”, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

unas campañas electorales, disolviéndose la agrupación tras la celebración de la citada campaña.

c.5. La no necesaria exclusividad del fin delictivo: la posible compatibilidad de fines delictivos y lícitos en el seno de una misma organización criminal

¿Puede la organización tener fines lícitos e ilícitos simultáneamente? Nada dice, desde luego, el art. 570 bis CP -ni el art. 570 ter CP, en relación al grupo criminal -sobre una obligada exclusividad del fin delictivo.Ésta es una cuestión que ya suscitó mucho debate con anterioridad a la incorporación al Código Penal en 2010 de los delitos de organización y grupo criminal, en relación al tipo de asociación ilícita de objetivo delictivo, que tampoco refiere nada al respecto, haciendo sólo alusión al objetivo de cometer delitos, sin mencionar nada sobre su exclusividad a este respecto. En este sentido, la doctrina mayoritaria venía avalando tal posibilidad, ante el silencio de la ley. No obstante, GONZÁLEZ RUS⁷³⁷ y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁷³⁸, entre otros, venían reclamando, con acierto, que en tales casos de simultaneidad de fines lícitos y delictivos, para aplicar el tipo delictivo correspondiente era menester que el objeto delictivo sea el fin primordial o más importante de los perseguidos por la agrupación, o un medio inherente a la agrupación.Lo mismo es, desde luego, aplicable a los tipos de organización y grupo criminal que nos ocupan. Como antes señalamos, para que la agrupación lesione por su sola existencia la seguridad colectiva debe estar racionalmente estructurada para cometer delitos, por lo que ésta finalidad debe ser intrínseca a su existencia⁷³⁹, pudiendo, no obstante, concurrir simultáneamente otros fines alternativos no delictivos que no entorpezcan la consecución del fin delictivo citado.

Si la delincuencia es una actividad meramente ocasional en el seno de la agrupación, que no orienta su estructura, siendo los fines esenciales de la misma de carácter lícito, no concurrirá el desvalor necesario que justifica la tipificación de las conductas de los arts. 570 bis y 570 ter CP, debiendo castigarse exclusivamente las infracciones delictivas ejecutadas por los integrantes del grupo.La clave, por tanto, para

⁷³⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones”, *op. cit.*, pág. 668. No obstante, como, con acierto, señala POLAINO ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 158, en puridad, el objetivo delictivo *per se* es un elemento neutro habida cuenta de que “es un pensamiento y los pensamientos no delinquen (*cogitationis poenam nemo patitur*)”. Es la unión del elemento asociativo con esta finalidad lo que provoca para el autor la desestabilización de la sociedad, que él define como una lesión de la seguridad cognitiva-normativa.

⁷³⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal”, *op. cit.*, pág. 271.

⁷³⁹ A este respecto, señala GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones”, *op. cit.*, pág. 668 que “es el objeto perseguido por la asociación lo que provoca la ilicitud; ilícito que nace de la contradicción entre el objeto social y el ordenamiento penal”. No obstante, habría aquí que matizar que no es el objetivo a secas la fuente de la ilicitud de la agrupación pues los solos pensamientos no delinquen. Se requiere así la existencia de una estructura y unos medios ordenados coherentemente para la consecución de dicho fin.

reputar como criminal a una organización que simultanee objetivos lícitos con ilícitos habrá de ser la prevalencia de los segundos frente a los primeros, esto es, que el objeto principal sea criminal, siendo estos fines delictivos los que orienten la estructura y el diseño de la agrupación⁷⁴⁰. No obstante, cabe hacer referencia a algún autor, como MUÑOZ CUESTA, que niega en todo caso la posible coexistencia de finalidades delictivas y no delictivas en el seno de una organización o grupo criminal, pues erige precisamente a esa coexistencia de fines en criterio de distinción entre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita de objeto delictivo, de manera que si concurre dicha circunstancia la agrupación consistirá en una asociación ilícita, y si no, constituirá una organización criminal⁷⁴¹. A nuestro juicio, y como expondremos con más detalle en el capítulo atinente a las relaciones concursales, dicha diferenciación carece de un fundamento racional en tanto que las asociaciones ilícitas también se configuran como agrupaciones creadas con el objeto de cometer delitos, siendo también su injusto la lesión a la seguridad colectiva.

c.6. Las agrupaciones que mutan su objetivo inicialmente lícito en delictivo como posibles organizaciones criminales ex art. 570 bis CP

Frente al art. 515.1º CP, que prevé expresamente la posibilidad de que la agrupación nazca con fines lícitos⁷⁴², pero más tarde los mute en delictivos, al definir las asociaciones ilícitas como “las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”, el art. 570 bis CP, que aquí nos ocupa, guarda silencio al respecto, haciendo alusión simplemente al “fin de cometer delitos”. Al no especificarse así el momento en que ha de surgir la finalidad delictiva en

⁷⁴⁰ Esta es la interpretación mayoritaria a nivel de derecho comparado. Véase, en Alemania, en relación al § 129 StGB, a HARTMANN, A., “§129 Bildung krimineller Vereinigungen”, *op. cit.*, pág. 839 (“la comisión de delitos no tiene por qué ser el único objetivo o la actividad exclusiva de la organización, pero la misma tiene que dar forma a su estructura”), y OSTENDORF, H., “§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, *op. cit.*, pág. 655.

⁷⁴¹ MUÑOZ CUESTA, F.J., “Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia”, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

⁷⁴² Nótese, sin embargo, que en la redacción del tipo asociativo en el CP 1944, inmediatamente anterior al actual, no se realizaba tampoco esta distinción aludiéndose de forma exclusiva en el art. 172.2º a las asociaciones “que tengan por objeto cometer algún delito”, de forma similar al actual art. 570 bis CP. Ello provocó también entonces un debate en la doctrina sobre la posibilidad de incluir también en el tipo asociativo a las agrupaciones nacidas con fines lícitos que posteriormente los mutaran en delictivos. Concurrían opiniones en ambos sentidos. Así, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pág. 63, abogaba por una interpretación restrictiva del concepto de asociación, dejando extramuros del mismo a las nacidas con fines lícitos, mientras que GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 243-245, defendía la inclusión de estas agrupaciones en el concepto de asociación ilícita del art. 172.2º CP. Según este último autor, lo realmente importante a efectos de aplicar las penas legalmente previstas, era que la finalidad ilícita de la asociación estuviera presente en el momento en el que el sujeto activo realiza la conducta típica, ya consista ésta en la afiliación, el favorecimiento o la dirección de la asociación, y que éste la conozca y consienta.

La redacción que se dio al tipo penal en el nuevo y vigente Código penal de 1995 acalló la discusión en este sentido, al incluirse, como vimos, expresamente la posibilidad de asociaciones de objeto ilícito sobrevenido, subsistiendo ahora el debate en relación a las figuras de las organizaciones y grupos criminales, tras su introducción en 2010 en el Código penal.

la agrupación de cara a su calificación como organización criminal, el interrogante surge de inmediato, originándose un debate doctrinal al respecto. En este sentido, algunos autores, como GARCÍA ALBERO⁷⁴³ y RIVERO ORTIZ⁷⁴⁴, interpretan, ante el silencio de la ley, que las organizaciones criminales, y, por afinidad los grupos criminales, han de ser agrupaciones originariamente creadas para delinquir, no pudiendo ser consideradas como tales las que naciendo con fines lícitos, promuevan posteriormente la comisión de delitos. Los argumentos de que se sirven estos autores para mantener tal interpretación son básicamente dos: por una parte, las propias palabras vertidas por el legislador en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio justificando la incorporación en el Código Penal de los delitos de organización y grupo criminal, en las que afirma que “las organizaciones y grupos criminales no son realmente <<asociaciones>> que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva”⁷⁴⁵; y, por otra, el que esta concepción de la organización criminal permitiría su distinción respecto a la asociación ilícita de objeto criminal del art. 515.1º CP, que quedaría así reservada, tras la incorporación del delito de organización criminal, a las agrupaciones que naciendo con fines lícitos muten posteriormente su objeto en delictivo⁷⁴⁶. La doctrina mayoritaria⁷⁴⁷ entiende, sin embargo, que las organizaciones criminales, y, por afinidad los grupos criminales, abarcan tanto a las agrupaciones con fines delictivos ya desde su nacimiento, como a las que incorporan dichos fines posteriormente; postura ésta que es mayoritaria también a nivel de derecho comparado⁷⁴⁸.

⁷⁴³ GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2166.

⁷⁴⁴ RIVERO ORTIZ, R., “Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?”, *op. cit.*, pág. 1.

⁷⁴⁵ Frase contenida en el párrafo tercero del apartado XXVIII del preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁷⁴⁶ Así, RIVERO ORTIZ, R., “Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?”, *op. cit.*, pág. 10: “la constitución de una asociación legal que luego deviene ilegal por sus fines o medios violentos no es susceptible de aplicación de dos o más preceptos del CP (arts. 515 y 570 bis), sino solamente el primero (art. 515.1), pues los arts. 570 y ss. nada dicen al respecto”.

⁷⁴⁷ Así, por ejemplo, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 103, 104 y 181 (“tampoco cabe distinguir la organización criminal de la asociación ilícita por la <<naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva>> de la primera a la que alude el Preámbulo de la LO 5/2010, porque en la asociación ilícita se incluye tanto la que tiene por objeto cometer delitos desde su constitución como la que después de constituida promueve su comisión, esto es, tanto la que tiene una finalidad delictiva originaria como la sobrevenida”), MARTELLPÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 360, y GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 26.

⁷⁴⁸ Así, por ejemplo, puede citarse en Argentina a SOLER, S., “Derecho Penal Argentino. Tomo IV”, *op. cit.*, pág. 550, que subraya que, de cara a la aplicación del art. 210 del Código Penal argentino, “no es necesario que la asociación se constituya inicialmente como asociación criminal” pues “la finalidad delictiva puede agregarse a una asociación preexistente”; en Italia a PATALANO, V., “L’associazione per delinquere”, *op. cit.*, pág. 109, que se sirve, a este respecto, del ejemplo de una asociación deportiva creada para apoyar a un equipo de fútbol que posteriormente se dedica a cometer delitos, afirmando que: “si los participantes de esta asociación inicialmente lícita, al fin de llevar al equipo de fútbol al éxito, deciden, de acuerdo a un plan programado, amenazar a árbitros o llevar a cabo, con fin intimidatorio,

Nosotros nos adherimos a la postura mayoritaria. Si el injusto sistémico de la organización y el grupo criminal se conforma por la lesión a la seguridad colectiva, ante la existencia de agrupaciones estructuradas idóneamente para delinquir con vocación de estabilidad, dicha lesión se producirá en el momento en que exista dicha agrupación como tal, siendo irrelevante que inicialmente hubiera sido creada con fines lícitos. En este último caso, una vez que la agrupación incorpora la finalidad delictiva, poniendo su estructura y sus medios a la consecución de la misma, surge el injusto sistémico, pudiéndose castigar entonces a sus integrantes y colaboradores con las penas del art. 570 bis o 570 ter CP, siempre que conozcan y compartan dichos nuevos fines. Carece de sentido, por tanto, excluir del ámbito de aplicación de los tipos de organización y grupo criminal a las agrupaciones con fines delictivos sobrevenidos, pues, una vez estos nuevos fines orienten su estructura y actividad, surgirá el injusto sistémico, objeto de castigo por estos tipos penales. La distinción entre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita de objeto delictivo habrá que buscarla -si es que es posible trazar una diferenciación -en otro extremo diverso al del fin criminal originario o sobrevenido de la agrupación, que es común a ambas. En cualquier caso, esa es una cuestión que abordaremos en el capítulo relativo a las cuestiones concursales.

3. El concepto de grupo criminal

3.1. Premisa: la insuficiencia del método interpretativo literal o gramatical para aprehender el concepto de grupo criminal

Al igual que sucediera con el delito de organización criminal, en el delito de grupo criminal no puede analizarse el tipo sin antes examinarse el concepto central, objeto directo de las conductas incriminadas, esto es, el grupo criminal. Para dicha labor hemos de atender, en respeto al principio de legalidad, a la misma norma penal, concretamente al art. 570 ter.1 *in fine* CP, que nos suministra, como ocurriera con el art. 570 bis.1.II CP respecto a la organización criminal, una definición de grupo criminal: “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, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

Lo primero que llama la atención de la lectura del fragmento transcrito es la ausencia en el mismo de una definición autónoma del concepto, remitiendo el precepto al intérprete al artículo anterior, regulador del tipo de organización criminal, para la íntegra aprehensión de la definición de “grupo criminal”. Estamos, por tanto, ante lo que jurídicamente se conoce como norma penal en blanco, o necesitada de

actos de violencia o chantaje de varios tipos en perjuicio de los adversarios y se organizan a tal fin, no habrá duda entonces de que esos participantes habrán dado vida a una asociación diversa que presenta todas las características de la asociación incriminada en el art. 416 CP”; y en Alemania, a OSTENDORF, H., “§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, *op. cit.*, pág. 656, que señala que también sería posible una “re-legalización de la organización criminal”, si sus objetivos delictivos pasan a ser no delictivos.

complemento, en este caso concreto, del complemento de una norma del mismo rango, y del mismo cuerpo legislativo⁷⁴⁹: el art. 570bis CP. De entrada, pues, es criticable desde el punto de vista del principio de legalidad, y más concretamente, de la exigencia de taxatividad en la redacción de las normas, que de él deriva, la técnica legislativa empleada por el legislador para definir el grupo criminal⁷⁵⁰. Obligados por el legislador, y como si de un juego de adivinanzas se tratara, acudimos al concepto legal de organización criminal, ya analizado, y contenido en el art. 570bis CP para integrar la definición incompleta de “grupo criminal” del art. 570 ter CP.

“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”.

Habida cuenta de que el art. 570 ter CP habla de la ausencia en el grupo criminal de alguna o algunas de las características de la organización criminal, recordemos cuáles eran estas según el tenor literal del art. 570 bis CP: (1) agrupación de más de dos personas, (2) carácter estable o por tiempo indefinido, (3) reparto de diversas tareas o funciones de manera coordinada y concertada, y (4) fin delictivo. Siguiendo con el ejercicio deductivo, hemos de concluir que si los elementos numerados (1) y (4), esto es, agrupación de más de dos personas y fin delictivo, ya aparecen expresamente en el art. 570 ter CP como características inherentes al grupo criminal, el elemento o elementos que no ha de reunir el grupo criminal ha/n de ser el (2) o/y (3): el carácter estable o por tiempo indefinido y la existencia de una estructura basada en el reparto de tareas entre sus integrantes. Dicho en otras palabras: las únicas características que según la ley ha de reunir obligatoriamente la agrupación delictiva para ser calificada como grupo criminal son la presencia de más de dos personas y el fin delictivo. Estos dos elementos característicos del grupo criminal permiten su delimitación frente a la figura de la conspiración para delinquir del art. 17 CP en ciertos casos: por una parte, el grupo requiere al menos de tres personas, y la conspiración tan sólo dos⁷⁵¹; y, por otra, el grupo tiene como objeto la comisión de una pluralidad de delitos, mientras que la conspiración puede existir para perpetrar un solo delito⁷⁵².

Si dos sujetos se reúnen para delinquir, ya sea con vocación de estabilidad, ya de manera transitoria, no habrá dudas a la hora de calificar sus conductas como de conspiración para delinquir *ex art. 17 CP*, pues el requerimiento por el art. 570 ter CP de

⁷⁴⁹ Se llama a las normas penales en blanco que se remiten a un precepto de la misma ley penal “normas penales impropias”.

⁷⁵⁰ De esta opinión, FERNÁNDEZ DE PAIZ, R., “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *La Ley*, 8060, 2013, pág.1 (“se renuncia a toda definición positiva del grupo criminal, dando lugar a una posible vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica”), y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1409, que tilda al concepto de “especialmente difuso”.

⁷⁵¹ Art. 17.1 CP: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

⁷⁵² Véase el art. 17.1 CP transcrito *supra*.

la reunión de al menos tres personas imposibilita su aplicación a estos casos⁷⁵³. También resultará obvia la calificación como conspiración para delinquir de la reunión de tres o más sujetos con el objeto de cometer un único delito, habida cuenta, como se dijo, de que el grupo criminal tiene por “finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”, en plural. Sin embargo, en todas las hipótesis restantes, esto es, en las agrupaciones de más de dos sujetos que tengan como finalidad la comisión concertada de varios delitos, surge de inmediato la duda sobre qué norma aplicar, si el art. 570 ter CP o el art. 17 CP. La aplicación de una u otra norma tendrá importantes efectos prácticos habida cuenta de las diferencias penológicas entre uno y otro precepto, así como de la circunstancia de que, mientras la conspiración para delinquir, como acto preparatorio que es, es absorbida por el acto ejecutivo posterior -de iniciarse la ejecución del delito para el que se conspira -, el grupo criminal, en tanto provisto en principio de un injusto autónomo, concurre conjuntamente con el delito ejecutado⁷⁵⁴. Ante esta situación autores como GARCÍA RIVAS⁷⁵⁵ y FERNÁNDEZ DE PAIZ⁷⁵⁶ proponen acudir como criterio de distinción entre una y otra figura al factor de la concreción o no de los delitos cuya comisión se persigue, de tal forma que, si los delitos cuya perpetración se persigue se encuentran concretados, se hablará de conspiraciones para delinquir, mientras que, por el contrario, si los pormenores relativos a la ejecución de los delitos no se han especificado, se estará ante un grupo criminal.

A nuestro juicio, recurrir a la concreción o no del objeto criminal como único criterio de distinción entre la conspiración para delinquir y el grupo criminal resulta insuficiente, además de generar en muchas ocasiones problemas interpretativos a la hora de valorar la suficiencia o no de concreción en los delitos. ¿Es suficiente concreción en aras a hablar de conspiración para delinquir decidir la comisión de un delito de homicidio?, ¿se debe además especificar a la víctima del homicidio?, ¿es necesario además especificar el instrumento peligroso u arma a utilizar y el día y hora exactos de comisión de los hechos? Si entendemos la conspiración como una suerte de coautoría anticipada en base al texto mismo de la ley que habla de concierto de personas “para la ejecución de un delito”⁷⁵⁷, cabe recordar la abundante discusión doctrinal existente en torno al nivel de determinación del plan colectivo ideado por los coautores⁷⁵⁸.

⁷⁵³ Así, la STS 309/2013, de 1 de abril, FJ Segundo: “Es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codeincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas”.

⁷⁵⁴ No obstante, ante la sola reclamación de una agrupación de al menos tres personas y el fin de cometer delitos coordinadamente, pudiera también interpretarse que la tipificación del grupo criminal responde a la voluntad de excepcionar la regla de excepcionalidad en el castigo de los actos preparatorios, funcionando como una conspiración aplicable a todos los delitos de la Parte Especial. Ante el peligro de dicha interpretación, insta, como veremos, recurrir a interpretaciones del art. 570 ter CP adicionales a la literal, que hagan posible su distinción clara de la conspiración para delinquir.

⁷⁵⁵ GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 511.

⁷⁵⁶ FERNÁNDEZ DE PAIZ, R., “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *op. cit.*, pág. 4.

⁷⁵⁷ RAMON RIBAS, E., “La conspiración para delinquir. Comentario a la STS 791/1998, de 13 de noviembre (RJ Aranzadi 8962)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 13, 2004, pág. 361.

⁷⁵⁸ Por ejemplo, en contra de requerir un gran nivel de determinación en los delitos a realizar, CADAVID LONDOÑO, P., *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincencial*, Universidad de

Ante este panorama legislativo que impide trazar las fronteras entre la simple conspiración para delinquir y el delito de grupo criminal, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello genera, resulta necesario, en nuestra opinión, acudir a métodos interpretativos complementarios al literal o gramatical que nos ayuden de cara a delimitar el ámbito de aplicación del delito de grupo criminal. De otra manera, esto es, ciñéndonos sólo a la letra de la ley, la delimitación se torna dificultosa, si no imposible⁷⁵⁹.

3.2. El recurso a los criterios interpretativos teleológico y sistemático como complemento al texto de la ley en la búsqueda de un ámbito de aplicación propio al delito de grupo criminal

A la vista de la insuficiencia de la descripción legal de “grupo criminal”, hemos de acudir, pues, a recursos complementarios a la propia letra de la ley para aprehender el concepto que nos ocupa. A este respecto, los métodos interpretativos que nos pueden ser de más ayuda de cara a delimitar claramente esta figura de la de la conspiración para delinquir son el teleológico, que atiende al fin perseguido por el legislador al redactar la norma, y el lógico-sistemático, que busca el sentido de las normas atendiendo a su ubicación sistemática en la ley y a su relación con otros preceptos, ya de esa misma ley, ya de otras.

3.2.1. El criterio teleológico

Siguiendo el art. 3 CC, que insta al intérprete a atender fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma⁷⁶⁰, intentemos en primer lugar buscar un sentido a los términos legales del precepto a partir del fin perseguido por el legislador con él. ¿Por

los Andes, Ibáñez, 2013, pp. 38 y 39: “si el contenido del injusto del homicidio no varía si la víctima es Juan o es Pedro, salvo circunstancias tales como parentesco, posición o calidad, y tampoco si se ocasiona la muerte con una escopeta o con un arma corta, ni si se realiza hoy o mañana, no tendría fundamento material la exigencia de un acuerdo previo entre los coautores acerca de esas circunstancias. Son entonces coautores de homicidio quienes se proponen, por ejemplo, causar la muerte de todos aquellos sujetos que porten un pañuelo rojo en la cabeza, con independencia de cómo lo hagan, porque el contenido del acuerdo incluye libertad en cuanto a la forma y el momento de ejecución del delito. Asunto distinto es que los términos del acuerdo definan los límites de la imputación conjunta de los coautores”. En la misma línea, HERNÁNDEZ ESQUIVEL, J.A., “La coautoría”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, n.º. 75, 2004, pág. 100.

⁷⁵⁹ Parecen admitir de entrada la imposibilidad de distinguir entre ambas figuras, CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 652-653, MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 364: “el precepto eleva a la 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 una suerte de conspiración para delinquir no acotada a *numerus clausus*”, y ESCUCHURI AISA, E., “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 9.

⁷⁶⁰ Art. 3.1 CC: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

qué se introdujo en la reforma del Código Penal operada en 2010 el delito de grupo criminal?, ¿qué se pretendía con ello?

De entrada parece raro que el fin del legislador fuera la supresión de la regla de la excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios establecida en los arts. 17.3 y 18.2 CP, pues de ser así se estaría creando un conflicto normativo que vulneraría la debida coherencia que ha de regir en el ordenamiento jurídico, en este caso el penal. Han de ser decididamente otras las motivaciones que han llevado al Legislativo a introducir esta norma. Pero, veamos qué explicación da el propio legislador a su introducción consultando el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, en concreto, su apartado XXVIII⁷⁶¹:

“Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando 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 esta Ley 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.

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”.

Como se ve, el legislador justifica la introducción de la nueva figura de grupo criminal haciendo alusión a la restrictiva aplicación jurisprudencial tanto del tipo de asociación ilícita como de las cualificaciones por pertenencia a organización criminal previstas respecto a ciertos delitos, como –cita expresamente –el tráfico de drogas. Tal estricta interpretación de los conceptos de asociación y organización, que viene a exigir para su apreciación la existencia de una estructura de cierta complejidad, con vocación de permanencia, deja impunes –señala –a otros fenómenos semejantes y extendidos que suponen también, si bien en grado menor, una amenaza a la seguridad y el orden jurídico, a cuyo castigo respondería la nueva figura del grupo criminal. Sin embargo, esos fenómenos que hacen peligrar esos valores supraindividuales, y que conformarían el ámbito de aplicación del tipo, no se concretan más allá de la mención a su semejanza, si bien menor gravedad, a las organizaciones criminales, y preocupante frecuencia. La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, celebrando el acierto de la

⁷⁶¹ Recurre también al preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, como fuente de interpretación del concepto legal de grupo criminal la STS 575/2014, de 17 de junio, FJ Tercero.

introducción junto al delito de organización criminal del tipo que nos ocupa, especifica qué fenómenos son éstos:

“Debe destacarse que la tipificación autónoma del grupo criminal va a permitir una adecuada persecución de comportamientos cada vez más frecuentes en nuestra sociedad que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana, al tratarse de cualquier modalidad delictiva, desde pequeños hurtos, robos o estafas, y otros delitos contra la propiedad, hasta operaciones de tráfico de drogas, como es el caso de grupos familiares dedicados a la venta de droga cuyos miembros indistintamente desempeñan diferentes tareas dirigidas a tal fin. A su vez, permite diferenciar este fenómeno de estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas o una red dedicada a la trata de seres humanos, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad y va a permitir guardar la debida proporcionalidad punitiva como respuesta a los hechos a los que se aplican tales tipos delictivos”⁷⁶².

De estas declaraciones, y de otras contenidas en sede jurisprudencial (las SSTS 855/2013, de 11 de noviembre y 719/2013, de 9 de octubre), parece extraerse que el art. 570 ter CP se dirige a combatir a la “pequeña criminalidad organizada”, de menos sofisticación y ámbito territorial más limitado, dedicada por lo general a actividades delictivas de menor calado, que la “gran criminalidad organizada”, representada por la figura de la organización criminal del art. 570 bis CP⁷⁶³. Se compara a los clanes familiares, que conformarían según el texto grupos criminales⁷⁶⁴, con los cárteles que operan a gran escala traficando con drogas o seres humanos, que constituirían una organización criminal, señalándose que la menor pena atribuida a los miembros y colaboradores con los primeros frente a los miembros y colaboradores con los segundos responde a la menor estructura y medios del grupo criminal, en *pro* del principio de proporcionalidad.

3.2.2. El criterio lógico-sistemático

Analizadas la letra y finalidad de la norma, examinemos ahora también su ubicación en el Código Penal, y su relación con el resto de normas jurídicas, en atención

⁷⁶² Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 21 y 22.

⁷⁶³ Crítico con la coexistencia de dos figuras -la organización y el grupo criminal -para el castigo de la criminalidad organizada, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 21 y 22, que irónicamente señala: “En definitiva, se castigan tanto las formas más consolidadas (organización criminal) como las menos estructuradas (grupo criminal) de manifestación de la criminalidad organizada, en relación a todos los delitos [...], y de todas las faltas. De esta forma, se configuró un “innovador” concepto de criminalidad organizada que sirve para dar contundente respuesta desde a las más peligrosas bandas de la mafia rusa hasta a las uniones de no menos potencial lesivo que representan, por poner un sólo caso, tres jóvenes “grafiteros” que, sin la debida autorización, se dedican con descarada reiteración a manifestar sus inquietudes artísticas en vallas de solares y de casas abandonadas (falta del artículo 726)”.

⁷⁶⁴ Califican a las tradicionales bandas criminales o asociaciones de malhechores como antecedentes del actual concepto de grupo criminal, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

al principio de coherencia interna del ordenamiento jurídico, poniendo así en práctica la llamada interpretación lógico-sistemática.

En lo que respecta al primer aspecto, la ubicación de la norma en el Código Penal en el capítulo IV del título XXII rubricado “De los delitos contra el orden público” ratifica lo ya afirmado por el legislador en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de mayo, esto es, que el grupo criminal ostenta un injusto autónomo e independiente del injusto de los delitos-fin que persigue. No obstante, lo cierto es que calificar dicho injusto como atentado o puesta en peligro del orden público, entendiendo éste como “normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones”, parece algo exagerado, sobre todo teniendo en cuenta la esfera de comportamientos a cuya represión el tipo penal va destinado.

Por lo que hace a la puesta en relación del art. 570 ter CP con el resto del ordenamiento jurídico, la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011 sobre la reforma del 2010 en materia de criminalidad organizada⁷⁶⁵ recurre a la jurisprudencia relativa a los tipos cualificados por pertenencia a asociación u organización transitoria⁷⁶⁶ de cara a interpretar el concepto de grupo criminal⁷⁶⁷, en concreto en lo que respecta a su posible falta de vocación de permanencia. En este sentido, concluye que, si bien la letra del art. 570 ter CP no reclama la existencia de dicho elemento, sí es necesaria en la agrupación una “mínima permanencia” que permita su distinción con la conspiración y posterior codeincuencia. En cualquier caso, las normas clave que se vienen tomando de referencia de cara a aprehender el concepto de grupo criminal son normas contenidas fuera del Código penal. Nos referimos a la legislación internacional, y concretamente, las aquí más que mencionadas Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional de 2000 y Decisión-Marco del Consejo de la Unión Europea de 2008, ambas firmadas y ratificadas por España, e integrantes así de nuestro derecho nacional, que, constituyen el instrumento más empleado por la jurisprudencia española de cara a la interpretación del concepto de grupo criminal⁷⁶⁸. Y es que, junto al “grupo delictivo organizado”, en el caso de la Convención de Naciones Unidas, y a la “organización delictiva”, en el de la Decisión Marco, como conceptos equivalentes a nuestra organización criminal, estos textos hacían simultáneamente referencia a otros

⁷⁶⁵ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 21: “cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones “de carácter transitorio” o que actúan “aún de modo ocasional” que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeincuencia”.

⁷⁶⁶ STS 1095/2001, de 16 de julio.

⁷⁶⁷ También recurre a la jurisprudencia de estos tipos cualificados para interpretar el concepto de grupo criminal GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1261.

⁷⁶⁸ Véanse, entre otras, las SSTS 309/2013, 1 de abril, 719/2013, 9 de octubre, 513/2014, 24 de junio, 603/2014, 23 de septiembre.

conceptos: el “grupo estructurado”, y la “asociación estructurada”, respectivamente, que la doctrina y jurisprudencia españolas, de manera casi unánime, vienen calificando como antecedentes de nuestro “grupo criminal”. Frente a los “grupos delictivos organizados” y “organizaciones delictivas”, en relación a los que se obligaba a los Estados miembro o Estados Parte a incriminar las conductas de participación activa, en lo que hace a los “grupos estructurados” y “asociaciones estructuradas”, estos convenios daban plena libertad de actuación a los Estados, no imponiendo obligación alguna en cuanto a la incriminación de conductas.

Las definiciones de “grupo estructurado”, contenida en el art. 2.c de la Convención de Palermo, y de “asociación estructurada”, en el art. 1.2 Decisión-Marco 2008/841/JAI, son prácticamente idénticas, y, consisten en:

-“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”

-“A los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por <<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 en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

Considerando al “grupo estructurado” y la “asociación estructurada” como antecedentes de nuestro grupo criminal, y que ambas definiciones son, a diferencia de éste, definidas de forma completa, esto es, sin hacer la norma remisión a otros preceptos, conforman conceptos de referencia imprescindibles para interpretar el art. 570 bis CP.

A este respecto, la caracterización del grupo criminal en negativo como una formación no fortuita para la comisión inmediata de un delito, lleva a concluir la necesaria vocación de estabilidad de la figura del art. 570 ter.1 CP, distinguiéndose así por fin de la conspiración para delinquir. Por otra parte, atendiendo al significado de “fortuito” como lo “que sucede inopinada y casualmente”, y partiendo de que se define en estos textos internacionales a la figura calificada de antecedente del grupo criminal como formación no fortuita, y de que se le atribuye cierta estructura, aunque no desarrollada, puede colegirse también que el grupo ostenta una estructura -valga la redundancia- ideada para delinquir. El elemento del reparto de tareas, aunque asimismo se excluya expresamente en el art. 570 ter CP, entendemos que habrá de estar presente en el grupo criminal, si bien con menos contundencia y formalidad que en la organización criminal. Y es que, una agrupación ideada para delinquir y, por tanto, capaz de lesionar la seguridad colectiva, requerirá normalmente de un funcionamiento basada en un reparto de tareas entre sus miembros, pues dicho reparto garantiza con mucho la idoneidad de la agrupación para la consecución con éxito de su fin delictivo.

Insta hacer mención a una diferencia - generalmente no identificada⁷⁶⁹ - existente entre las leyes internacionales y la ley nacional en lo que respecta a la relación entre los conceptos de organización y grupo criminal. Y es que, mientras que en el Código Penal español se configuran la organización y el grupo criminal como conceptos distintos y autónomos, en la Convención de Palermo y en la Decisión-Marco el “grupo estructurado” y la “asociación estructurada”, que se dicen antecedentes de nuestro “grupo criminal”, parecen configurarse como conceptos genéricos de los que forman parte, respectivamente, el “grupo delictivo organizado” y la “organización delictiva”, esto es, los conceptos que se tildan de antecedentes de nuestra “organización criminal”. A tal conclusión se llega si se observa que el “grupo delictivo organizado” es definido como un “grupo estructurado”⁷⁷⁰ y la “organización delictiva” como “asociación estructurada”⁷⁷¹ con ciertas características específicas que las configurarían como subtipos de éstos⁷⁷². El legislador español, sin embargo, no parece haber apreciado ese matiz, o bien apreciándolo, ha querido separarse del mismo como referente, configurando los conceptos legales de organización y grupo criminal como autónomos, siendo, en una escala que atendiera a la ofensa a la seguridad colectiva generada por

⁷⁶⁹ Tan sólo ha destacado esta diferencia en la doctrina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por una persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 529 y 530: “La justificación de su incorporación –se refiere la autora al delito de grupo criminal (art. 570 ter CP) –[...] se quiere buscar en los conceptos de “grupo” que se contienen en los instrumentos internacionales. Y es cierto que la regulación española se basa en los conceptos de <<grupo estructurado>> de la Convención de Palermo de 2000 y de <<asociación estructurada>> de la Decisión Marco 2008/841 [...] pero, en ambos casos, estos conceptos integran, respectivamente, la definición de <<grupo delictivo organizado>> y <<organización delictiva>>, es decir, los conceptos de organización criminal que requieren de una cierta estabilidad temporal y una *actuación concertada*”, y antes en MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Delincuencia económica y organizaciones criminales”, en ROMEO CASABONA, C., M., y FLORES MENDOZA, F. (Edit.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Comares, Granada, 2013, pp. 9 y ss.

⁷⁷⁰ Art. 1 Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo: “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”.

⁷⁷¹ Art. 2 Convención Naciones Unidas: “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; [...]

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”

⁷⁷² En España encontramos sólo una sentencia que siguiendo este esquema internacional califica la organización criminal como subtipo del grupo criminal. Se trata de la SAP Madrid 768/2014, de 14 de julio, que en su FJ Noveno establece: “«Grupo criminal» es [...] un conjunto conceptual del que constituye subconjunto «organización criminal». El segundo se aplica «por defecto» del primero, respecto del que viene a operar [...] como «red barreada»”.

uno y otro, la organización lo más y el grupo lo menos. Sin embargo, sí parece haber adoptado el legislador de los textos internacionales la definición negativa que en ellos se hace del grupo y asociación estructurada.

3.2.3. Conclusiones

Podemos, por tanto, concluir que el grupo criminal ha de consistir en una agrupación estructurada idóneamente para delinquir con vocación de estabilidad, no agotándose por tanto en la comisión de un determinado o determinados delitos. Así, frente a la conspiración, cuyo injusto radica en el injusto del delito-fin o delitos-fin que persigue, el grupo criminal va más allá de tal injusto, ostentando un desvalor propio, al lesionar con su existencia la seguridad colectiva. El art. 570 quáter.1 CP, que acuerda la disolución judicial del grupo criminal, confirma estas conclusiones, al reafirmar la idea de que, a diferencia de la conspiración, que pierde su razón de ser con la comisión del delito o delitos perseguidos, el grupo criminal sigue siendo una amenaza a la seguridad colectiva tras la comisión del delito programado por esa intención de seguir delinquir bajo una estructura idónea para ello⁷⁷³.

Aunque la ley se refiera a la ausencia en el grupo criminal de “alguna o algunas de las características de la organización criminal”, en referencia a los elementos de la vocación de permanencia y del reparto de tareas, ha de interpretarse que con dicha fórmula no se expresa una ausencia total de esos elementos, sino más bien la ausencia de los mismos en el grado en que concurren en la organización criminal, sobre todo en lo que respecta al elemento de la vocación de permanencia. Y es que, resulta necesario reclamar la existencia de una estructura con voluntad de subsistir en el tiempo en el concepto de grupo criminal para habilitar su distinción frente a la conspiración para delinquir. Por otra parte, el injusto autónomo de lesión a la seguridad colectiva intrínseco a la existencia de un grupo criminal sólo puede explicarse respecto de una agrupación estructurada con dicha vocación de estabilidad para delinquir, pues, caso contrario, el injusto del delito-fin ejecutado sería suficiente para abarcar el desvalor de la conducta o conductas en su caso ejecutadas.

En lo que se refiere a la estructura basada en el reparto de tareas o funciones entre los miembros, es dable recordar que el propio preámbulo de la LO 5/2010, 22 de junio, relativa a los nuevos delitos de organización y grupo criminal, hacía alusión a la “estructura más compleja” de la organización criminal frente a la del grupo criminal, con lo que indirectamente se afirmaba que el grupo posee una determinada estructura, a pesar de no ser del calibre de la primera. La conducta típica de “constituir” un grupo

⁷⁷³ Así lo señala LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *Elderecho.com*, 2011, pág. 8: “para que exista grupo criminal, es necesario que entre ellos haya un soporte o una base superior a la mera coincidencia. Ello se confirma si tenemos en cuenta la previsión establecida en el párrafo primero del art. 570 quáter CP que prevé como consecuencia accesoria, la disolución del grupo, lo que carecería de sentido, si hubiera una simple coincidencia de personas que deciden cometer un ilícito criminal”.

criminal corrobora, además, esta exigencia. Habida cuenta que para que concurra el injusto típico es necesario que la agrupación disponga de una estructura adecuada para la consecución del programa delictivo, lo normal será, a tal fin, que la estructura se base en un reparto coordinado de las tareas entre los miembros, pues ello supone una garantía de cara al buen fin del proyecto criminal. Una estructura sin reparto de funciones, en que todos hagan de todo podría, es, desde luego, menos apta para hacer de la agrupación una entidad idónea para lesionar la seguridad colectiva⁷⁷⁴.

El grupo criminal y la organización criminal comparten así el injusto conformado por la lesión a la seguridad colectiva, en cuanto ambas constituyen agrupaciones estructuradas idóneamente para delinquir con vocación de estabilidad. La diferencia entre una y otra agrupación radicará en el empleo o no sistemático de la corrupción y la fuerza de la intimidación como *modus operandi* -lo que aquí denominamos “método mafioso” -, y en la consecuente amenaza o no al correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas. Así, si la agrupación en cuestión hace uso de dicho método mafioso, intentando corromper a empresarios, funcionarios o políticos, para obtener su connivencia en aras a la obtención de beneficios y/o poder, y a poder seguir actuando con impunidad, la calificaremos como organización criminal *ex art. 570 bis CP*; en cambio, si la agrupación objeto de examen no hace uso de manera sistemática dicho método, “limitándose” a delinquir con vocación de estabilidad, sin constituir una amenaza a la calidad democrática del Estado, habrá de ser calificada como grupo criminal *ex art. 570 ter CP*. En lo siguiente analizaremos con detalle cada uno de los elementos constitutivos del grupo criminal.

3.3. Características del grupo criminal

Aprehendido ya el concepto de grupo criminal con ayuda de los métodos interpretativos literal, teleológico y sistemático, analicemos ahora por separado cada uno de los elementos característicos del mismo, que pueden resumirse en: (1) unión de más de dos personas concertadas, (2) intención de cometer delitos, (3) vocación de estabilidad, y (4) estructura idónea para delinquir basada en la coordinación entre sus miembros.

⁷⁷⁴En este sentido señala GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2161, en referencia al grupo criminal, que: “Esta difícil delimitación conceptual ha empujado a la jurisprudencia a exigir también, no sólo una <<relativa permanencia >> del grupo, sino también, curiosamente, una <<cierta estructura>> aunque sea mucho más elemental (STS 399/2014, de 13 de abril). En el entendimiento de que tanto la organización como el grupo han de ser <<potenciales agentes de plurales delitos>> (STS 399/2015, de 18 de junio) [...] En la práctica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo está en trance de configurar una delimitación puramente cuantitativa o de grado entre el art. 570 bis y ter. Frente a la <<relativa permanencia>> exigible al grupo, la <<estabilidad>> de la organización. Frente a su estructura mucho más elemental, la mayor complejidad organizativa. Los casos en que el TS ha confirmado la reconducción al concepto de grupo de determinadas tramas confirman esta impresión”.

3.3.1. Concierto de más de dos personas

El grupo criminal constituye ex art. 570 ter CP una agrupación de más de dos personas⁷⁷⁵. En este elemento radica, como ya dijéramos, una de las diferencias clave entre el grupo criminal y la conspiración, pues ésta última requiere sólo el concierto de dos personas para delinquir. Surgen una serie de interrogantes sobre este primer elemento característico del concepto de grupo criminal, que pueden resumirse en los siguientes: (1) el cuestionamiento sobre la naturaleza que han de presentar esas tres personas, lo que arroja a su vez dos preguntas: si ha de tratarse obligatoriamente de personas físicas, o cabe también incluir dentro de ese mínimo a personas jurídicas, y si los sujetos han de ser imputables; (2) la relación que los mismos han de tener con el grupo, planteándose aquí también dos cuestiones: por una parte, si han de ser conscientes de su vinculación con la agrupación en tanto agrupación con fines delictivos, o cabe incluir en el cómputo personas sujetas a error, y, por otra, si se ha de exigir su condición de integrantes, o basta con la de cooperadores ocasionales; y, por último, (3) cuestiones de tipo procesal de cara a la aplicación del tipo por los tribunales: si esos tres sujetos han de resultar condenados, o si, al menos, se exige la identificación de los mismos para poder condenar al menos a uno de ellos.

a. Sobre la posible condición de persona jurídica de los sujetos que integran el número mínimo requerido

Antes de 2010 ésta era una cuestión que no se podía siquiera plantear en España. El tradicional axioma *societas delinquere non potest*, según el cual las personas jurídicas no podían ser responsables penalmente, hacía evidente que la alusión a un mínimo de integrantes de cara a la apreciación del delito se hacía en referencia exclusiva a personas físicas. Sin embargo, la ruptura del citado principio producido de la mano de la LO 5/2010, de 22 de junio, con el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31bis CP, hace posible, y es más, imprescindible, el planteamiento de esta cuestión. Aun así, llama la atención el silencio de la doctrina española sobre este aspecto, siendo hasta ahora sólo ROMA

⁷⁷⁵ Se encuentran, sin embargo, sentencias que, probablemente en una simple errata, hablan del grupo criminal como posible agrupación de dos personas. Así, la STS 358/2017, de 18 de mayo, FJ Quinto (“Castiga dicho precepto -en referencia al art. 570 ter.1 CP -[...] a quien constituyere, financiare o integrare un grupo criminal, considerando dicho precepto grupo criminal “la unión de *dos o más personas* que...”), SAN 32/2014, 8 de julio, FJ Tercero (“Este tipo penal -en referencia al delito de grupo criminal -[...] tiene como fundamento objetivo la *reunión de dos o más personas*, que sin carácter estable y sin tiempo definido...”), y la STS 603/2014, 23 de septiembre, FJ Primero (“El art. 570 ter [...] proporciona una definición legal de lo que debe entenderse por grupo criminal [...] Se trata de la *reunión de dos o más personas* para la realización concertada de delitos”). Esta última sentencia, sin embargo, se contradice posteriormente al establecer que “...la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente”, con lo que se confirma que la primera afirmación fue una simple errata.

VALDÉS⁷⁷⁶ el que ha reflexionado al respecto, concluyendo que el mínimo de tres personas ha de formarse exclusivamente con personas físicas, y ello en base a tres argumentos. En primer lugar, al hecho de que por lo general las personas jurídicas constituyen el instrumento o la consecuencia del delito más que su propio miembro. En segundo, esgrime que el art. 10 de la Convención de Naciones Unidas de 2000 sobre la materia⁷⁷⁷ impone a los Estados la obligación de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas al margen del concepto de organización. En tercer y último lugar, el fiscal hace alusión al injusto del delito, conformado -expone -por la "acumulación antisocial de personas físicas especializadas en la comisión de delitos".

En principio, compartimos la conclusión a que llega ROMA VALDÉS, no obstante atendiendo también a otros motivos. Cuando el art. 570 ter.1.II CP establece que la organización criminal es una "agrupación formada por más de dos personas" parece lógico colegir de ello que esas tres personas, mínimo para integrar el grupo, han de poder ser eventuales autores del delito. Habida cuenta de que, de entrada, las personas jurídicas no son autores potenciales de los delitos de los arts. 570 bis CP y 570 ter CP, pues ello no se prevé expresamente en la ley, como lo exige el art. 31 bis CP⁷⁷⁸, es lógico inferir que entre ese mínimo de tres personas no puedan computarse personas jurídicas. El apartado primero del art. 570 quáter CP, que prevé la disolución judicial de la organización o grupo criminal, así como la posibilidad de los jueces de aplicar las consecuencias del art. 33.7 CP, referido a las personas jurídicas, y 129 CP, no constituye, en modo alguno, una regla de previsión específica de responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos de los arts. 570 bis y 570 ter CP. Se llega a esta conclusión si se compara el mismo con los preceptos que, en relación a delitos específicos, como los de medio ambiente (art. 328 CP), ordenación del territorio (art. 319.4 CP) o financiación de partidos políticos (art. 304 bis.5 CP), prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y es que, todos ellos hacen clara alusión al mentado art. 31 bis CP, estableciendo como coetilla introductoria "cuando de

⁷⁷⁶Si bien lo hace en relación concretamente a la figura de la organización criminal. Véase ROMA VALDÉS, A., "Artículo 570 bis", *op. cit.*, pp. 797 y 798, y ROMA VALDÉS, A., "El delito de organizaciones y grupos criminales", *op. cit.*, pág.12.

⁷⁷⁷"Art.10. Responsabilidad de las personas jurídicas 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención".

⁷⁷⁸ Dispone el art. 31 bis CP que: "En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso".

acuerdo con el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo”, cosa que, desde luego, no hace el art. 570 quáter.1 CP. El contenido del apartado segundo del art. 570 quáter CP viene a ratificar, además, esta conclusión contemplando, en otro orden de cosas, la posibilidad de imponer a los responsables de las conductas descritas en los arts. 570 bis y 570 ter CP, además de las penas en ellos previstas, la inhabilitación especial para actividades económicas o negocios jurídicos, pena referida claramente a personas físicas. Resulta, pues, claro que el apartado primero del art. 570 quáter CP toma como referencia a la organización criminal y al grupo criminal como agrupaciones en las que se insertan los eventuales responsables del delito, y no como integrantes de los arts. 570 bis o 570 ter CP.

b. Sobre el posible carácter inimputable de los sujetos que integran el número mínimo requerido para la conformación de una organización criminal.

Desde luego, está fuera de controversia el hecho de que los menores que integren una asociación criminal no pueden responder penalmente por el delito de organización criminal habida cuenta de su condición de inimputables *ex art.* 19 CP, siendo en todo caso, si son mayores de 14 años, sancionados a través de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (LRPM). Lo mismo sucederá con los sujetos que presenten una anomalía o alteración psíquica que les impida comprender la ilicitud del hecho de integrar una organización criminal o les impida actuar conforme a esa comprensión, que serán también inimputables por el delito *ex art.* 20.1º CP

Lo que aquí nos planteamos es, si, aún inimputables por el delito de grupo criminal, pueden ser tenidos en cuenta para computar ese mínimo de tres personas requerido para aplicar el tipo. Piénsese, con la ley actual en la mano, en el caso de una agrupación criminal de tres personas, en la que una de ellas presenta una anomalía psíquica a efectos del citado art. 20.1º CP, ¿podemos aplicar el tipo penal, y condenar a los otros dos, no inimputables, por el art. 570 ter CP? En España esta cuestión no parece haber suscitado el interés de la doctrina. Tampoco la jurisprudencia ha tenido que lidiar con asuntos de este tipo, así que no encontramos orientaciones que nos sirvan de ayuda para su resolución. Tan sólo encontramos una referencia al asunto en la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, si bien en relación al cómputo de los sujetos a efectos de aplicar el subtipo agravado por “elevado número de personas” de los arts. 570 bis.2.a y 570 ter.2.a CP, estableciéndose que “a los efectos de apreciación de esta agravación, [...] han de computarse todos los integrantes de la organización, con independencia de si son penalmente responsables por concurrir en ellos alguna causa que exima la responsabilidad criminal, como es el supuesto de organizaciones que tengan por objeto la explotación y utilización de menores para la práctica de la mendicidad o la comisión de delitos”⁷⁷⁹. Por el contrario, en otros países de nuestro entorno, como Italia, o más alejados, como Argentina, la cuestión sí ha sido objeto de gran debate entre la doctrina.

⁷⁷⁹ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 18.

En Italia la tesis prevalente aboga por incluir a los inimputables en el cómputo del número mínimo de tres sujetos⁷⁸⁰, también requerido por el tipo de asociación para delinquir del art. 416 de su Código penal⁷⁸¹. En Argentina, sin embargo, la opinión mayoritaria es la contraria⁷⁸², excluyéndose por lo general en el cómputo para alcanzar también ese número mínimo de tres personas a los inimputables⁷⁸³. Uno de los argumentos esgrimidos a este respecto ha sido el de que los inimputables carecen de capacidad para manifestar válidamente su voluntad, y vincularse así a través de un pacto jurídico. Compartimos aquí la opinión de ZIFFER⁷⁸⁴ sobre que éste no es un argumento de peso. En primer lugar, supone aplicar reglas propias del derecho civil⁷⁸⁵ al ámbito penal, donde aquéllas no son vinculantes. En segundo lugar, y obviando lo anterior, la organización criminal en cualquier caso no podría ser un contrato válido atendiendo a su objeto y causa ilícitos en tanto opuestos a las leyes⁷⁸⁶. Y, desde luego, si se apoya en un contrato legal, es como tapadera para ocultar sus actividades u objetivos delictivos. El argumento alternativo empleado por ZIFFER para exigir la característica de la imputabilidad en las tres personas requeridas para la aplicación del tipo penal reside en

⁷⁸⁰ Así lo señalan PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pp. 55 y 56, partidario manifiesto de esta tesis (en la pág. 69 refiere como argumentos para incluir en el cómputo a los inimputables “la regla de que la imputabilidad del sujeto tiene relevancia solo a los fines de aplicación de la pena y no en la configuración del delito o la regla de que para el dolo de la asociación para delinquir no se requiere la imputabilidad”), y TONA, G., “*I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)*”, *op. cit.*, pp. 1081 y 1082. Esta opinión es generalizada en Italia para todos los delitos plurisubjetivos. No obstante, existen posturas divergentes a este sentir mayoritario, como la de DELL’ANDRO, R., “*La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*”, Università degli studi di Bari. Istituto di diritto penale, 1956, pág. 196, para el que la conducta de asociarse del art. 416 CP no resulta concebible sin la capacidad de entender el significado y los fines de la asociación, abogando, por tanto, por dejar fuera a los inimputables del cómputo del número mínimo de tres personas. También, en esta línea, la Cass. 31 marzo 1952, in *Giust. Pen.* 1952, II, 814.

⁷⁸¹ Art. 416 del Código penal italiano: “Cuando tres o más personas se asocian con la finalidad de cometer delitos, los que promueven o constituyen o organizan la asociación son castigados, por eso solo, con la reclusión de tres a siete años...”.

⁷⁸² Así, por ejemplo, SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 549, que, en referencia al mínimo de tres personas, también requerido por el tipo de asociación ilícita argentino, señala: “Ese mínimo debe estar integrado por sujetos capaces desde el punto de vista penal, es decir, mayores de dieciséis años”.

⁷⁸³ Establece el actual art. 210 del Código penal de Argentina que: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

⁷⁸⁴ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 76: “Ciertamente, resulta algo chocante la presentación tradicional del problema, que es vinculado a la capacidad jurídica de expresar válidamente la voluntad que sustenta el pacto, como si se tratara de una subespecie de la capacidad contractual”.

⁷⁸⁵ En nuestro ordenamiento jurídico serían las reglas atinentes al consentimiento de los contratantes de los arts. 1262 y ss. del Código Civil. Concretamente, la norma aplicable a este respecto sería, en su caso, el art. 1263 CC, que dispone que: “No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales; 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”.

⁷⁸⁶ Véanse, en España, los arts. 1271 *in fine* (“Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”), y 1275 del Código Civil (“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”).

la obligada capacidad de los miembros de la agrupación criminal de “influir sobre el grupo de forma reprochable”⁷⁸⁷.

A nuestro juicio, el carácter reprochable o no de la conducta típica del menor o enfermo que participa en una organización criminal no forma parte del injusto, siendo una cuestión sólo a considerar en sede de culpabilidad. A diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas, la previsión de penas para los participantes en la organización criminal y el grupo criminal contenida en los arts. 570 bis-570 quáter CP sí abarca en principio a los inimputables, refiriéndose en general a las personas físicas sin distinción. Otra cosa es que, ya en fase de culpabilidad, se declare al menor o enfermo mental no culpable por su condición de inimputable *ex art.* 19 ó 20.1º CP. Entendemos, pues, que los menores y enfermos con anomalía psíquica, a pesar de ser inimputables, sí han de computar, en tanto personas físicas, para el cálculo de ese mínimo de tres integrantes requerido para la aplicación del art. 570 ter CP. El injusto del grupo criminal, conformado por la lesión de la seguridad colectiva por una estructura organizado idóneamente para cometer delitos, es independiente del hecho de que algunos sujetos, integrantes de ese núcleo mínimo para la aplicación del tipo, sean o no imputables. Si el carácter de imputable o no de los sujetos integrantes de ese número mínimo requerido para la aplicación del tipo nos resulta irrelevante de cara a aplicar el tipo, con mayor razón nos lo parece la eventual condición de impune de alguno de ellos por el delito por la existencia de causas personales de exclusión de la pena como la prescripción del delito⁷⁸⁸.

c. Sobre la relación de los sujetos que integran ese número mínimo requerido con el grupo criminal

La tercera cuestión que suscita el elemento estructural que nos ocupa se refiere a la *relación* que han de tener este mínimo de tres personas físicas, según hemos dicho, imputables o inimputables, *con el entramado delictivo*. ¿Han de ser conscientes de su participación en la organización criminal, o pueden incluirse de cara al cómputo de ese número mínimo personas sujetas a error? Piénsese, por ejemplo, en el caso de un sujeto que cree erróneamente que participa en una agrupación con fines lícitos cuando la realidad es que ésta se dedica a delinquir. Estos supuestos, como veremos más adelante, al hilo del análisis de la conductas típicas, constituyen errores de tipo, caracterizados

⁷⁸⁷ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 77, y continúa afirmando que: “De otro modo, por ejemplo, si esa influencia y apoyo al grupo son producto de la conducta de un demente, el peligro generado sólo tendrá el sentido que tiene todo hecho ilícito en el que interviene un inimputable, y su influencia sobre la vida social, en última instancia, sólo aparecerá como una consecuencia desgraciada más de la alteración de las facultades: naturaleza pura, no imputación”.

⁷⁸⁸ Si es de esta opinión la doctrina mayoritaria argentina. Así, por ejemplo, FONTÁN BALESTRA, C., “*Tratado de Derecho penal. Tomo VI. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 407: “Tampoco empece para constituir el número requerido, que uno o más de los asociados esté encubierto por una excusa absoluta, porque el efecto de tales excusas es excluir la pena en forma individual, no comunicándose a los otros partícipes y dejando subsistente el delito”, y SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 549.

por la realización objetiva de la conducta estando ausente el elemento cognitivo y volitivo del dolo. En el caso presente, además, teniendo en cuenta que el delito de organización es obligatoriamente doloso, por no preverse expresamente el castigo de la imprudencia, la conducta sería atípica en todo caso, incluso cuando el error fuera considerado vencible.

Personalmente, consideramos que las personas sujetas a un error sobre elementos esenciales del tipo, y, que, por tanto, realizan una conducta atípica por falta de dolo, han de ser excluidas del cómputo del número mínimo de personas requerido para aplicar el tipo. Frente a los inimputables, que suponen un medio personal relevante para la organización, en *pro* de su potencial lesivo, los sujetos a error no pueden contribuir de forma sustantiva a dicho potencial. Piénsese que por su error no pueden intervenir y fomentar las dinámicas de grupo que potencian la comisión de delitos en el marco de la agrupación.

La otra cuestión que se plantea a este respecto es la siguiente: ¿Ese mínimo de tres sujetos ha de formarse obligatoriamente por miembros de la organización, o pueden considerarse también a efectos de alcanzar ese número a los *extranei*, esto es, los no miembros, que cooperen ocasionalmente con la misma? Lo cierto es que, si se atiende a la ley, parece descartarse la segunda posibilidad puesto que el art. 570 ter CP se refiere a “la agrupación formada por más de dos personas”, y resulta claro que formar parte denota integración, y no colaboración puntual con la organización. La jurisprudencia, además, avala esta interpretación, como se desprende, por ejemplo⁷⁸⁹, de la lectura del FJ Segundo de la STS 378/2016, de 3 de mayo. Pues bien, en el mentado extracto el Alto Tribunal declara no aplicable el tipo del art. 570 ter CP en base a que, de los tres sujetos que participaban en las actividades de tráfico de drogas, uno de ellos lo hacía sólo de forma ocasional, no ostentando a estos efectos el carácter de integrante⁷⁹⁰, con

⁷⁸⁹ Puede citarse, también, en este sentido, la STS 293/2011, de 14 de abril, FJ Séptimo, que considera no aplicable la agravante por pertenencia a una organización delictiva en relación al tipo penal de tráfico de drogas (art. 369.1.2º CP, hoy art. 369 bis CP) por -además de otras circunstancias -identificar, en base a la lectura de hechos probados, sólo a dos integrantes del entramado: “en los hechos probados se afirma que la recurrente ostentaba el liderazgo del grupo familiar en la actividad de adquisición de cocaína. Que el acusado Carlos Manuel se encargaba de recoger la droga y llevarla a donde ella le dijera, aunque más adelante se precisa que también ella utilizaba el A 3 con compartimentos ocultos para transportar la cocaína. Que *de forma ocasional* el análisis, prensado y empaquetado se encargaba al coacusado Gaspar, al que no considera luego incluido en la organización. Que *en alguna ocasión*, en la adquisición de cocaína intermedió José Luis, a quien tampoco considera miembro de la organización. Y que la cocaína así adquirida se revendía a clientes o se entregaba a otros miembros de la familia para que procedieran a su distribución, entregando los beneficios a la madre de la recurrente. [...] en los hechos probados sólo se identifica a dos integrantes de la organización...”.

⁷⁹⁰ STS 378/2016, de 3 de mayo, FJ Segundo: “Pues bien, el relato de hechos probados, cuando describe el “auxilio”, por parte de Adolfina, lo describe como ocasional, a veces, sin la vocación de permanencia o relativa estabilidad precisa para su distingo de la mera codeincuencia; parquedad descriptiva, que no colma las exigencias del tipo de integración en grupo criminal para Adolfina. Por otra parte, dada la necesaria exclusión de Adolfina, sólo restan padre e hijo, Jose Ignacio y Alfonso; y sucede que tanto la Convención de Palermo como el art. 570 ter, exigen para la existencia de grupo criminal, de manera inexorable, la unión de más de dos personas, que ahora tampoco se daría, por lo que también este submotivo debe ser estimado para los tres recurrentes. Así, entre otras muchas resoluciones, las SSTS 309/2013 de 1 de abril (RJ 2013, 3288), o la 454/2015, de 10 de julio, destacan como elemento

lo que -concluye -no concurre este elemento estructural de la unión de tres personas requerido por el tipo⁷⁹¹. Desde nuestro punto de vista, el número mínimo de sujetos ha de referirse a los integrantes o miembros de la organización, dejándose “extramuros” del cómputo a los colaboradores, que no formen parte de la agrupación delictiva. Aparte de extraerse tal conclusión de la interpretación literal o gramatical del tipo, que alude, como vimos, al verbo formar parte, lo que denota una integración, la misma es, en una interpretación teleológica, la más acorde al contenido del injusto de organización que hemos fijado. La potencialidad lesiva de la agrupación criminal para con los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin se deriva de la organización y estructuración racional de sus medios materiales y personales, entre los que figuran sus integrantes, esto es, los que de forma permanente participan de las actividades de la agrupación. Si bien la colaboración puntual de extraños a la organización puede contribuir de esa potencialidad, la misma no es un componente esencial de la misma, en cuanto no permanente e inherente a la organización.

Por último, puede plantearse también cuál debe ser la *relación existente entre sí entre ese mínimo de tres personas*, lo que es extrapolable a todos los miembros que en su caso tenga el grupo criminal. Si en la organización criminal era factible, e incluso común en algunos casos, que los integrantes no se conociesen entre sí, relacionándose exclusivamente a través de medios tecnológicos o de intermediarios, en el grupo criminal, habida cuenta de su menor complejidad, tal posibilidad va a ser mucho menor. De hecho, si se recuerda, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado al hablar de los fenómenos criminales que se iban a poder combatir con el tipo penal del art. 570 ter CP citaba expresamente como ejemplo a los “grupos familiares dedicados a la venta de droga”⁷⁹². Esto es, sin negar la eventualidad de que en algún caso los miembros de

diferenciador entre codelincuencia y grupo criminal, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, donde habría que apreciar meramente codelincuencia, al margen de la concurrencia de las otras características del tipo de grupo criminal”.

⁷⁹¹Esta cuestión es, además, el objeto central del voto particular formulado por el magistrado Andrés Martínez Arrieta contra el fallo condenatorio por el delito de organización criminal acordado en STS 920/2016, de 12 de diciembre. Subraya el magistrado que la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia da cuenta de que “los dos condenados dirigían un grupo para la realización de la conducta típica del delito contra la propiedad intelectual”, valiéndose a tal fin de una empresa y de, “al menos, cinco personas, a las que se identifica como “ucranianos”, quienes, a su instancia, eran los encargados de realizar las copias y subir las publicaciones” a la página, “organizando turnos de cinco personas los fines de semana siguiendo siempre las instrucciones que recibían” de uno de los acusados sobre las publicaciones a incorporar, así como sobre la forma y momento de hacerlo. Habida cuenta de que en el relato fáctico no se incluye mención alguna relativa a la pertenencia de esos “ucranianos” a la supuesta agrupación criminal, desconociéndose, por tanto, si los mismos trabajaban de forma permanente para la misma, o, si, por el contrario, eran meros instrumentos ocasionales para la ejecución de los delitos, no puede, en opinión del magistrado, afirmarse, como hace la sentencia a que se refiere, la concurrencia del elemento estructural de la agrupación de un mínimo de tres sujetos requerido por el art. 570 bis.1.II CP para la aplicación del tipo penal.

⁷⁹² Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 22 y 23.

un grupo criminal no se conozcan personalmente⁷⁹³, pues no se exige la prueba del contacto entre los integrantes como requisito sine qua non para la aplicación del art. 570 ter CP, lo habitual será que mantengan relaciones entre sí dada esa menor estructura organizativa de la agrupación. En este sentido, la presencia de relaciones estrechas entre los integrantes de una agrupación viene siendo considerada por los tribunales como indicio de la existencia de un grupo criminal, y, con ello, de la inexistencia de una organización criminal⁷⁹⁴. Ejemplos de condenas jurisprudenciales por el delito de grupo criminales a sujetos unidos por vínculos familiares hay muchos, pudiendo citarse, por ejemplo, las SSTS 878/2016, de 22 de noviembre, 726/2014, de 6 de noviembre, y 603/2014, de 23 de septiembre, en las que el tribunal aclara expresamente que “la existencia del grupo [...] no se enerva por el hecho de que sus integrantes fueran amigos o conocidos anteriormente”, pues, precisamente dichas relaciones, como decimos, juegan como factor indiciario de la presencia de este figura.

d. Cuestiones de tipo procesal en relación al número mínimo requerido de sujetos a efectos de la aplicación del art. 570 ter CP.

Habida cuenta de la íntima conexión existente entre las esferas sustantiva y procesal, resulta necesario plantearnos asimismo si de cara a aplicar el tipo penal de organización criminal se exige la condena, o, si no, al menos, la existencia de acción penal, en relación a la totalidad del núcleo mínimo de sujetos requerido para la aplicación del tipo. Al igual que sucedía con las anteriores cuestiones, la actual no ha sido objeto de especial atención entre la doctrina española, siendo, por el contrario, muy discutida entre los autores argentinos. En este sentido, SOLER⁷⁹⁵ viene defendiendo la necesidad de que al menos la acción penal esté dirigida contra tres personas, admitiendo, no obstante, la posibilidad de que no estén presentes simultáneamente en el proceso, por encontrarse uno de ellos prófugo. Por su parte, ZIFFER⁷⁹⁶ entiende que “la ausencia en el proceso de alguno de los tres miembros, cualesquiera que sean las razones, habrá de generar una situación en la que la condena de los otros dos necesariamente habrá de apoyarse en terreno pantanoso” en cuanto que “la reciprocidad

⁷⁹³ Admite expresamente tal posibilidad en relación al grupo criminal la STS 289/2014, de 8 de abril, FJ Décimo, apartado 8: “el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario. Es más, no son descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación”.

⁷⁹⁴ Un ejemplo de ello lo tenemos en la STS 371/2014, de 7 de mayo, FJ Segundo, apartado 2, que niega la existencia de una organización criminal en base, entre otros argumentos, a que los integrantes de la agrupación mantenían estrechas relaciones familiares (“la estructura organizativa, aun estando presente una cierta jerarquía y una mínima distribución de funciones, no va más allá de la que aparecería en cualquier unión o agrupación de personas, con cierta estabilidad o por tiempo indefinido, constituida con la finalidad de cometer delitos de tráfico de drogas, con mayor razón si se constituye, como es el caso, sobre la base de relaciones familiares”), aplicando finalmente la figura del grupo criminal.

En la doctrina señala la existencia de estrechas relaciones entre los sujetos como indicio favorable a la aplicación del art. 570 ter CP, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Grupo criminal, codelinuencia y reincidencia”, *op. cit.*, pág. 294.

⁷⁹⁵ SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 604.

⁷⁹⁶ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

de la relación es un elemento del tipo”, que ha de resultar debidamente acreditado. Téngase en cuenta, además, que, como vimos, según esta autora los tres sujetos que integran el mínimo de tres miembros han de ser imputables⁷⁹⁷, exigencia esta de la que resulta lógico colegir la necesaria identificación y enjuiciamiento de los tres sujetos de cara a comprobar su capacidad de culpabilidad.

Al contrario que la doctrina, la jurisprudencia española sí se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, si bien en relación al tipo de organización criminal. Ello tuvo lugar en la STS 798/2016, de 25 de octubre, ante el recurso de la condenada contra la sentencia de instancia alegando aplicación indebida del art. 570 bis CP en base al argumento de que la recurrente había sido la única condenada en la causa⁷⁹⁸. El Alto Tribunal vino a responder de manera tajante que “los tipos penales no exigen desde luego la previa condena de todos y cada uno de los integrantes de la organización o grupo, bastando con que el hecho probado describa y afirme la concurrencia de un número de personas superior a dos en la perpetración del delito de que se trate”⁷⁹⁹. Y resulta ésta una cuestión zanjada con anterioridad por los tribunales si se examina con minuciosidad la jurisprudencia relativa a los delitos que nos ocupan. Así, la STS 862/2015, de 22 de diciembre, ya incidía en que “en modo alguno se requiere que la condena de uno de los miembros por tal título exija la previa condena de otros para constatar la pluralidad de integrantes”⁸⁰⁰. Se encuentran incluso sentencias que no exigen a estos efectos siquiera la identificación concreta, esto es, con nombre y apellidos, de tres de los integrantes del entramado colectivo. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS 920/2016, de 12 de diciembre, que ratifica la condena de instancia por el delito de promoción y constitución de una organización criminal de dos sujetos pese a que el resto de intervinientes en el entramado no habían sido identificados, conociéndose sólo el dato de que eran de nacionalidad ucraniana⁸⁰¹. A nuestro juicio tal proceder puede dar lugar en ciertos casos a situaciones injustas en el grupo criminal. El desconocimiento total de datos sobre los sujetos que conforman el núcleo mínimo exigido por la norma para la aplicación del delito puede llevar a incluir en ciertos casos en el mismo a simples colaboradores puntuales, en vez de a integrantes, como requiere el tipo.

⁷⁹⁷ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 77: “para que una asociación ilícita sea tal, sus miembros deben tener capacidad de influir sobre el grupo en forma reprochable. De otro modo, por ejemplo, si esa influencia y apoyo al grupo son producto de la conducta de un demente, el peligro generado sólo tendrá el sentido que tiene todo hecho ilícito en el que interviene un inimputable, y su influencia sobre la vida social, en última instancia, sólo aparecerá como una consecuencia desgraciada más de la alteración de las facultades: naturaleza pura, no imputación”.

⁷⁹⁸ El Tribunal Supremo, concretamente, expone la alegación del recurso de la defensa de la condenada en primera instancia en los siguientes términos: “sostiene que sólo ha sido condenada la recurrente como integrante de la agrupación y que ello es insuficiente para afirmar que está constituida por tres o más personas” (FJ Primero, apartado 2.2 de la STS 798/2016, de 25 de octubre).

⁷⁹⁹ Extracto contenido en el FJ Primero (apartado 2.2) de la STS 798/2016, de 25 de octubre.

⁸⁰⁰ Este fragmento se ha extraído del FJ Segundo de la STS 862/2015, de 22 de diciembre.

⁸⁰¹ Se expone en la relación de hechos probados de la sentencia de instancia que: “los acusados Julián y Erasmo se concertaron para crear y mantener la página Youkioske por tiempo indefinido con el fin de utilizar las facultades de los titulares de los derechos de explotación de las publicaciones y repartirse beneficios obtenidos [...] Para ello se valían de unos terceros situados en Ucrania no identificados, con los que contaban asiduamente mediante comunicaciones...”.

Precisamente, contra la citada sentencia se interpuso por uno de los magistrados voto particular denunciando la posibilidad de que dichos sujetos ucranianos, de los que no se aporta dato alguno en la causa, fueran meros colaboradores ocasionales⁸⁰². Pensamos, por tanto, que deben concurrir en el caso pruebas claras de la pertenencia al grupo del número mínimo de sujetos requerido para la aplicación del tipo. Dichas pruebas normalmente requerirán de ciertos datos identificativos de los sujetos. No obstante, es cierto que pudiera suceder en algún caso que se desconocieran los mismos, teniéndose sólo constancia del apodo del sujeto en cuestión; en tal caso, si constara claramente su participación continuada en el grupo, de la que extraer su pertenencia a ésta, podría como supuesto excepcional aplicarse el tipo al resto de sujetos cuyos datos sí se conocen, entendiéndose que concurre el número mínimo de miembros requerido por el tipo.

Como se extrae, entendemos, en contra de la doctrina penal argentina mayoritaria, que la acción penal no ha de dirigirse obligatoriamente contra el entero núcleo mínimo de la organización, pues pudiera suceder que se desconocieran los datos identificativos o el paradero de alguno de ellos, debiendo, no obstante, tenerse, eso sí, pruebas fehacientes de la pertenencia de todos ellos al entramado criminal. Si entendemos no exigible el ejercicio de la acción penal contra la totalidad de integrantes del núcleo mínimo de la organización de cara a la aplicación del tipo, desde luego, como es obvio tampoco entendemos necesaria la condena de los mismos. Caso distinto será aquél en que, dirigiéndose efectivamente la acción penal contra cada uno de los integrantes del núcleo mínimo del grupo criminal, posteriormente, o bien se sobresea la causa respecto a uno de ellos, o bien, sin sobreseimiento, se le absuelva por la sentencia por el delito de grupo criminal por no resultar acreditada su pertenencia al grupo. En cualquiera de dichas hipótesis, sí faltaría el requisito objetivo del núcleo mínimo del grupo, por lo que el sobreseimiento o la absolución en relación a uno de ellos supondría el obligado sobreseimiento o absolución respecto a los demás por el delito de grupo criminal⁸⁰³.

⁸⁰² Voto particular del magistrado Andrés Martínez Arrieta contra el fallo condenatorio por el delito de organización criminal contenido en la STS 920/2016, de 12 de diciembre “Es cierto que los "ucranianos" subían los contenidos de publicación impresa, pero se ignora, porque no se refleja en el hecho, la pertenencia al grupo con las características señaladas o su condición de meros instrumentos para la ejecución, sin pertenencia al grupo. Desde la perspectiva del relato fáctico lo que existe es un reparto de funciones pero no es posible determinar una aportación, desde distintos niveles, a las finalidades perseguidas con la creación del grupo. Una interpretación como la realizada en la sentencia permite entender que todo supuesto de codelinuencia, cuando sean más de tres personas, supone la tipicidad en la organización criminal, y ese automatismo, además de vulnerar las exigencias de la determinación de la responsabilidad penal, es ajena a la configuración del delito de organización para el que hemos declarado como elemento característico del tipo penal la realización del delito a través de un entramado social que vaya más allá de la suma de las personas individuales que la conforman, para constituir una empresa criminal para la realización de delitos. Del hecho probado resulta que dos personas acometen una aventura delictiva y se valen de otros para la realización de actos materiales del delito sin asumir por éstas últimas, porque no resulta del hecho, una finalidad común para la realización del delito”.

⁸⁰³De esta opinión son FONTÁN BALESTRA, C., “*Tratado de Derecho penal. Tomo VI. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 407: “la absolución o el sobreseimiento, cualesquiera que sean sus formas y fundamentos, de alguno o algunos de los sujetos contra quienes se dirige la acción, de modo que el

3.3.2. Intención de cometer delitos⁸⁰⁴ sin la exigencia de otros “ánimos” específicos

A pesar de que la definición legal hace alusión, como vemos, a delitos en plural al referirse al objeto del grupo criminal, hay un sector doctrinal, en el que destacan FERNÁNDEZ DE PAIZ⁸⁰⁵ y GARCÍA DEL BLANCO⁸⁰⁶, que, en base al texto mismo de la ley, afirma la eventualidad de grupos criminales creados para la comisión de un solo delito. Basan su afirmación estos autores en la circunstancia de que, a la hora de asignar las penas en atención a la gravedad de los delitos perseguidos por el grupo, el art. 570 ter. I.I CP hace referencia en varias ocasiones al término “delito” en singular.

Art. 570 ter. 1 CP: “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 delitos leves”.

Podía encontrarse también en el texto de la ley -si bien en el texto vigente con anterioridad a la reforma de 2010- otro posible argumento para sostener tal interpretación. Nos referimos al hecho de que en relación al objeto criminal del grupo se aludiese a la “comisión concertada y reiterada de faltas” y “perpetración concertada de delitos”⁸⁰⁷. Esto es, se exigiese una reiteración en la comisión de las faltas, pero no en la de los delitos, pudiendo deducirse de ello que la agrupación creada para la comisión

número de los imputados sea menor de tres, supone, sin más, la inexistencia del delito, por ausencia de uno de sus elementos”, y SOLER, S., “*Derecho Penal Argentino. Tomo IV*”, *op. cit.*, pág. 549.

⁸⁰⁴ Nótese que antes de la reforma de 2015 el art. 570 ter CP hacía referencia también al definir la finalidad del grupo criminal a “la comisión concertada y reiterada de faltas”. Al igual que ocurriera con los delitos de asociación ilícita de tipo criminal y organización criminal, que contenían también alusiones a las faltas como posible objeto de la agrupación, la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, que suprimió el libro III, suprimió dicha frase del art. 570 ter CP, quedando como única finalidad posible del grupo criminal “la perpetración concertada de delitos”.

⁸⁰⁵ FERNÁNDEZ DE PAIZ, R., “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁸⁰⁶ GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 567-569.

⁸⁰⁷ Antes de la reforma del CP por LO 1/2015 establecía el art. 570 ter. I.II CP: “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, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

concertada de un solo delito puede ser constitutiva de un grupo criminal⁸⁰⁸. En nuestra opinión, sin embargo, tanto este argumento como el anterior han de ser desechados por varios motivos. En primer lugar, hay una explicación alternativa en ambos casos a la redacción de la ley. En el caso de las referencias contenidas en el actual art. 570 ter.1 CP a “uno o más delitos” o a “cualquier otro delito”, cabe recordar que en muchos casos –si no en la mayoría– los grupos criminales perseguirán delitos de distinta gravedad. Consecuentemente, resulta más lógico entender que tal redacción no responde sino a una regla de asignación de penas para dichos casos⁸⁰⁹, de tal forma que:

- si de entre los diversos delitos objeto del grupo criminal se encuentra al menos un delito grave de los mencionados en el art. 570 bis.3 CP⁸¹⁰, se impondrá la pena de dos a cuatro años de prisión a los integrantes del grupo,
- si no concurre el supuesto anterior, y alguno de los delitos perseguidos por el grupo es uno de los que se contemplan en el citado art. 570 bis.3 CP, con la consideración de menos grave, la pena a imponer será la de uno a tres años de prisión.
- si fuera de los supuestos anteriores se persigue algún delito grave, se impondrá a los creadores, financiadores e integrantes del grupo la pena de seis meses a dos años de prisión, siempre que este delito no sea uno de los contemplados en el art. 570 bis.3 CP,
- subsidiariamente, si dentro del objeto criminal del grupo se encuentran delitos menos graves o leves, la pena a aplicar será la de tres meses a un año de prisión. Esta última pena se aplicará, por tanto, siempre que no concurren las circunstancias anteriores.

Se daría así prioridad al delito de más gravedad frente al de menos de cara a asignar las penas en los supuestos de grupos criminales que persiguen delitos heterogéneos⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Así lo señala, si bien criticando posteriormente tal interpretación, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 696.

⁸⁰⁹ De esta opinión son FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 116, y LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 696 (“hay que entender que cuando el art. 570 ter se refiere a la comisión de <<uno o más delitos graves>> [...] o <<uno o varios delitos menos graves>> [...] puntualiza que un grupo puede perseguir la comisión de distintas clases de delitos, unos graves y otros no. Así, por ejemplo, un grupo que pretenda ejecutar tanto hurtos como robos con violencia. Sin embargo, siempre deberá perseguirse su comisión reiterada...”). FERNÁNDEZ DE PAIZ, R., “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *op. cit.*, pp. 1352 y 1353, también plantea esta interpretación, aludiendo a que, frente al entendimiento contrario, que posibilita los grupos criminales creados para la comisión de un solo delito, con esta “se reduciría [...] el ámbito de aplicación del tipo y se podría deslindar de la mera conspiración”. Sin embargo, el autor no toma una clara postura al respecto, limitándose a plantear las dos interpretaciones como alternativas.

⁸¹⁰ Los delitos mencionados en el art. 570 bis.3 CP son los delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

⁸¹¹ Así, Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 24: “cuando la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que se haya cometido de forma esporádica o circunstancial”. Por el contrario, FERNÁNDEZ DE PAIZ, R., “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *op. cit.*, pp. 1352 y 1353, parece sostener que ha de darse prioridad de cara a la aplicación de las penas al delito que antes se lleve a cabo (“...cabe una interpretación alternativa [...] consistiría en entender que la finalidad del grupo debe ser la de cometer una pluralidad de delitos [...] de tal forma que el criterio empleado para determinar la pena a imponer, cuando se alude a uno o más delitos, no sea exclusivo, sino que el delito en cuestión sea uno de los proyectados, probablemente el primero a llevar a cabo”). No obstante, tal criterio sería inaplicable en aquellos casos en que el grupo criminal aún no haya

Sí llama la atención que en el art. 570 bis CP cuando se trata de asignar las penas según la gravedad de los delitos perseguidos se haga alusión siempre a los delitos en plural⁸¹², sin alternar el plural y el singular como hace el art. 570 ter CP, circunstancia esta que podría servir de apoyo a la tesis aquí criticada de la virtualidad de grupos criminales para la comisión de un delito. Sin embargo, consideramos que tal divergencia entre el art. 570 bis y 570 ter CP no tiene ninguna relevancia práctica; no obstante ello, debiera ser corregido, bien alternando la referencia en plural y en singular al objeto criminal -delito o delitos- en el art. 570 bis CP, bien empleando siempre el plural “delitos” en el art. 570 ter CP con el fin de no dar lugar a posibles interpretaciones equívocas.

En lo que respecta a la exigencia de reiteración en las faltas y no en los delitos, presente en el texto anterior a la reforma de 2015, cabe recordar que el mismo patrón se utilizaba en sede de organizaciones criminales⁸¹³, y no por ello se concluía que era suficiente con la persecución de un delito para aplicar el art. 570 bis CP. Como ya se señaló, tal divergencia ha de responder meramente al deseo del legislador de hacer hincapié en la reiteración de las faltas dada la menor gravedad de estas infracciones frente a los delitos⁸¹⁴. Se seguiría así la máxima “a menor gravedad de la infracción perseguida, mayor reiteración exigida en su comisión”, y viceversa. Hoy sigue aplicándose dicha máxima como lo demuestra el hecho de que tan sólo se requiera expresamente el fin de comisión reiterada en el caso de los delitos leves, que abarcan algunas de las antiguas faltas. En segundo lugar, si partimos del presupuesto de la debida coherencia interna del ordenamiento jurídico, sostener, en base a los citados argumentos, la posibilidad de grupos criminales que persigan un solo delito supondría

dado comienzo a su acción criminal, por lo que a mi juicio ha de reputarse inválido. Por otro lado, de entenderse que FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ se refiere al primer delito programado para llevarse a cabo, y no al primer delito efectivamente ejecutado, los problemas probatorios harían prácticamente inaplicable la regla de determinación de la pena, por lo que resulta preferible atender al delito más grave de los programados de cara a establecer las penas.

⁸¹² Art. 570 bis.1.I CP: “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”.

⁸¹³ Antes de la reforma del CP por LO 1/2015 se establecía en el art. 570 bis.1.II CP: “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”.

⁸¹⁴ De esta opinión, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 696: “Ciertamente, [...] el art. 570 ter sólo exige que la perpetración de faltas sea reiterada, pero no la de delitos [...] No obstante, el art. 570 bis, en el ámbito de las organizaciones criminales, tiene la misma redacción, pese a que no es posible imaginar una organización que sólo pretenda cometer un único hecho delictivo. Simplemente, parece que como las faltas son menos graves que los delitos, el legislador ha querido hacer hincapié en este elemento cuando se trata de ejecutar dicha clase de infracción penal”.

aceptar la existencia de una colisión normativa entre los apartados primero y segundo del art. 570 ter CP, pues éste último define, como vimos, el grupo criminal como unión que persigue la perpetración concertada de delitos. En tercer y último lugar, hay motivos prácticos que nos hacen rechazar la virtualidad de grupos criminales creados para la perpetración de un delito, y es que tal interpretación conduciría, como señalamos *supra*, a la imposibilidad fáctica de distinguir a los mismos de la mera conspiración para delinquir. Por otra parte, ya vimos al interpretar teleológicamente el art. 570 ter CP que los fines del legislador con la incorporación del tipo no son suprimir la regla del castigo excepcional de los actos preparatorios, sino hacer frente a agrupaciones que *per se* implican un riesgo a la seguridad colectiva. Esta interpretación de que el fin del grupo criminal consiste en la comisión de una pluralidad de delitos es, además, la que mantiene de manera uniforme la jurisprudencia⁸¹⁵.

De acuerdo con todo ello si veinte personas, puestas de común acuerdo, deciden robar un famoso cuadro del Museo Thyssen, proveyéndose de múltiples medios materiales para burlar los sistemas de seguridad del museo y repartiéndose las tareas concienzudamente, todo ello previo estudio del lugar y horarios de apertura de la infraestructura, a pesar de la ardua y detallada preparación del crimen, no podríamos apreciar la existencia de un grupo criminal, en tanto el fin del entramado es la comisión de un solo delito, perdiendo su razón de ser una vez perpetrado éste. Concurriría, por tanto, en casos como éste una mera conspiración para robar, o un delito de robo con fuerza en las cosas intentado o consumado, caso de que la ejecución de la infracción se hubiese iniciado. Otra cosa distinta sucedería en el caso en que, en base a escuchas telefónicas o pruebas de otro tipo, el tribunal de turno apreciara la intención del grupo de seguir delinquir en el futuro, en cuyo caso sí se podría apreciar la existencia de una organización o grupo criminal, en tanto la agrupación pretendería subsistir tras el citado robo, perpetrando nuevos delitos.

En suma, pues, el aplicar el art. 570ter, o bien el art. 17 CP en relación con el delito de que se trate o la norma penal relativa al delito, de haberse iniciado su ejecución, dependerá en última instancia de si del material probatorio existente en la causa puede o no deducirse la intención de los sujetos de seguir delinquir en el futuro⁸¹⁶. Así, el Tribunal Supremo en un caso de tráfico de drogas enjuiciado en la STS

⁸¹⁵ Así, por ejemplo, la STS 950/2013, de 5 de diciembre, FJ Sexto: “Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una *pluralidad de hechos delictivos*. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinquencia, en el que no procede aplicar las figuras de organización”, o la más reciente STS 369/2018, de 19 julio, FJ Segundo, que señala que la figura del grupo criminal “requiere que la participación de los agrupados se constituya con la finalidad de «perpetrar de manera concertada» *plurales delitos*”.

⁸¹⁶ En este sentido establece la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, en sus págs. 25 y 26 que “los Sres. Fiscales valorarán para determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelinquencia y de coparticipación, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que

576/201, de 18 de julio, en base a la sustanciosa cantidad de cocaína incautada, valorada en casi medio millón y medio de euros, y a la complejidad y heterogeneidad de los instrumentos empleados para elaborar la droga en un laboratorio clandestino, consideró que existía una vocación de continuidad en el actuar delictivo de los acusados, aplicándoles en consecuencia el art. 570 ter CP⁸¹⁷. Sin embargo, en el caso enjuiciado en la STS 774/2015, de 16 de diciembre, también relativo al tráfico de drogas, en el que se transportaron más de 400 kg. de cocaína y se utilizaron dos veleros y medios de comunicación como teléfonos satelitales, el tribunal consideró no aplicable el art. 570ter CP al entender que dichos medios, aunque considerables, “no iban más allá de los imprescindibles” para esa concreta operación de narcotráfico⁸¹⁸.

Aclarado ya el que el grupo criminal ha de perseguir necesariamente la comisión de una pluralidad de delitos, queda ahora por tratar *qué se entiende por “delitos”*. Y es que, un entendimiento estricto y formal del término como pluralidad formal de hechos típicos podría suponer dejar “extramuros” del concepto de grupo criminal a supuestos prototípicos de criminalidad organizada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un grupo de sujetos dedicado durante cierto tiempo - incluso años -, al narcotráfico, actividad que constituye uno de los fines principales de las organizaciones y grupos criminales⁸¹⁹. Es común en la jurisprudencia, y de ello son reflejo las SSTS 726/2014, 6 de noviembre, y 309/2013, 1 de abril, el apreciar en estos supuestos, a pesar de la reiteración delictiva, un único delito de tráfico de drogas. Se entiende que en delitos mixtos alternativos

ordinariamente se pondrá de manifiesto por el modus operandi y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de la actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros”.

⁸¹⁷ Véase concretamente el FJ Séptimo de la STS 576/2014, de 18 de julio. Otro caso en que el tribunal apreció la existencia de grupo criminal en base a las pruebas obrantes, reveladoras de la intención de cometer a lo largo del tiempo una pluralidad de delitos, es el enjuiciado en la SAP Madrid 768/2014, 14 de julio (FJ Cuarto: “Cabe inferir que el robo perpetrado el 19 de marzo del 2013 no fue el único cometido. Esta inferencia deriva lógicamente –y con la exigible certidumbre –de la tenencia de todo un equipo de útiles para el robo (herramientas, guantes, una braga militar para ocultar el rostro...) y del material encontrado en su poder”).

⁸¹⁸ STS 513/2014, 24 de junio, FJ Tercero.3: “En el caso presente hubo un transporte de droga de importante cantidad (algo más de 400 kg. de cocaína) realizada por un velero con dos tripulantes y la intervención de otras dos personas para proporcionar ayuda con otro velero, cuando el primero lo precisara en alta mar [...] pero ello no supone necesariamente la existencia de un grupo en el que participara el recurrente. [...] ...bien pudiera aplicarse a este recurrente, vinculado con Cecilio Demetrio, la única argumentación que realiza la sentencia para exculpar a este último, no olvidemos propietario y piloto del velero que transportaba la droga, y entender limitada su actuación al igual que el resto de los acusados, a esta concreta operación y con medios que no iban más allá de los imprescindibles para la misma”. Tampoco se apreció intención delictiva más allá del concreto delito enjuiciado, no aplicándose el delito de grupo criminal, en la STS 774/2015, de 16 de diciembre, FJ Noveno.

⁸¹⁹ Nótese que la Fiscalía General del Estado cuando habla en su Circular 2/2011 sobre los comportamientos a que se podrá hacer frente con el delito de grupo criminal se refiere expresamente a las “operaciones de tráfico de drogas, como es el caso de grupos familiares dedicados a la venta de droga cuyos miembros indistintamente desempeñan diferentes tareas dirigidas a tal fin”. La represión de las agrupaciones destinadas a grandes y complejas operaciones de narcotráfico parece, por el contrario, asignársela a la figura de la organización criminal al afirmar que la incorporación del tipo de grupo criminal “permite diferenciar este fenómeno de estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas”. Véase Circular 2/2011, pp. 21 y 22.

como el tráfico de drogas, en los que la ley prevé la posibilidad de diferentes formas de comisión⁸²⁰, tanto la realización por un mismo sujeto de una sola de ellas como de varias integraría una sola acción típica. Cabe entonces preguntarse si, en atención a que el fin de la agrupación en estos casos es formalmente la comisión de un delito, podremos calificar estas agrupaciones de narcotraficantes como grupos criminales, o deberemos limitarnos al castigo por el correspondiente delito de narcotráfico a los que participaron en él. A este respecto, la posición del Tribunal Supremo es clara, estableciendo, con acierto, en la STS 726/2014, 6 de noviembre, que cuando se trata de valorar la pluralidad de delitos *ex art. 570 bis o 570 ter CP*, “lo determinante es la reiteración material delictiva, sin que sea óbice que la tipificación de todos los hechos delictivos cometidos reiteradamente por los acusados sea por un solo delito contra la salud pública”⁸²¹.

Entendemos que lo mismo habría que concluirse en relación al supuesto en que las acciones ejecutadas o perseguidas conformen en su caso un delito continuado, que, en puridad, no es sino una ficción creada por el legislador para evitar la aplicación de las reglas del concurso de delitos, calificándose formalmente como delito continuado lo que sustancialmente son varias acciones típicas. Así, cuando integrantes de un grupo criminal cometan delitos que, por responder a un plan preconcebido y ostentar igual o semejante naturaleza, sean calificados todos como un único delito continuado *ex art. 74 CP*⁸²², ello no será impedimento para afirmar la finalidad de comisión de una pluralidad de delitos exigida por el art. 570 bis y 570 ter CP, y condenarles así, junto al delito continuado, por el tipo de pertenencia a organización criminal⁸²³. Ejemplos de ello los

⁸²⁰Art. 368 CP: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

⁸²¹ Fragmento extraído del FJ Quinto de la STS 726/2014, 6 de noviembre. En el mismo sentido, la STS 309/2013, 1 de abril, FJ Segundo: “...resulta la concurrencia de los elementos consistentes en la agrupación o unión de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos en forma concertada [...] se declara que actuaron –en referencia a los acusados –[...] al menos entre febrero y noviembre de 2011 y que el tráfico de drogas “constituía su actividad habitual y su único medio de vida” [...] lo cual, [...] es expresión de la prolongación temporal del grupo para la ejecución de continuos actos de tráfico de drogas, aunque a causa de las particularidades del tipo descrito en el artículo 368 del Código Penal se consideren constitutivas de un solo delito, eso sí, integrado por múltiples actos”.

⁸²²Art. 74.1 CP: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

⁸²³En esta dirección se pronuncian doctrina y jurisprudencia italianas mayoritarias en relación al tipo penal de “*associazione per delinquere*”. Véase PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pág. 232, que, a su vez, hace referencia a la Cass. 16 febrero 1956, in Gius. Pen. 1956, II, 730, que señalaba, a este respecto, con acierto, que: “la ideación y ejecución de un programa delictivo que tenga como objeto varias acciones u omisiones en violación de la misma disposición legal y armonizadas por la identidad del fin pueden suponer el mismo peligro para el orden público que procede de un programa delictivo en el que los delitos son entre sí totalmente autónomos e independientes”

tenemos, además, por doquier en nuestra jurisprudencia. Así, la SAP Zaragoza 105/2016, de 18 de mayo, si bien anulada posteriormente por el Alto Tribunal, condena a los acusados como reos del delito de grupo criminal y de un delito continuado de estafa, la STS 266/2015, de 12 de mayo, califica los hechos enjuiciados como concurso de delitos entre un delito continuado de contrabando y el tipo de grupo criminal, y la STS 92/2017, de 16 de febrero ratifica la condena en primera instancia a los acusados como autores responsables de un delito continuado de estafa, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en mercantiles, y de un delito de participación en organización criminal⁸²⁴. En conclusión: de apreciarse que una unión de más de dos personas tiene como objetivo cometer diversas operaciones criminales, habrá que aplicar el art. 570 ter CP en tanto se cumple el requisito del concepto de grupo criminal de perseguir la finalidad de cometer varios delitos, siendo irrelevante a estos efectos que los delitos ejecutados se calificasen finalmente como un solo delito natural o como un delito continuado. Lo mismo es aplicable, desde luego, a la organización criminal.

Aparte de la finalidad de cometer plurales delitos, la letra del art. 570 ter.1 CP, al igual que hiciera la del art. 570 bis.1 CP, no exige ningún elemento intencional adicional. No se exige así el ánimo de lucro ni la intención de obtener poder por parte del grupo criminal. En este caso, y a diferencia de lo que ocurriera con la organización criminal, esta ausencia sí se adecúa a los textos internacionales en materia de armonización de las legislaciones sobre criminalidad organizada, pues, ni la definición de “grupo estructurado” del art.2.c. de la Convención de Palermo, ni la de “asociación estructurada” de la Decisión Marco del Consejo de la UE de 2008, que se erigen en antecedentes de nuestro “grupo criminal”, mencionan ninguna de estas finalidades.

La lesión a la seguridad colectiva, en que radica el injusto del grupo criminal, se produce por la existencia de una agrupación con una estructura idónea para delinquir, independientemente de los ánimos complementarios al de delinquir que ésta tenga -con la excepción, eso sí, de las finalidades propias de los delitos de terrorismo *ex* art. 573.1 CP, que darán lugar de ser perseguidas por la agrupación a la aplicación, por el criterio de especialidad del art. 8.1º CP, del tipo de grupo terrorista -. Es factible, por tanto, la calificación jurídica como grupo criminal de agrupaciones dedicadas a delinquir sin la finalidad última de obtener beneficios económicos o materiales. No obstante, pese a que la ausencia de ánimo de lucro no influye en el sistema de injusto constituido, y a que teóricamente puedan imaginarse supuestos de agrupaciones estructuradas para delinquir por la sola razón de encontrar divertimento en la delincuencia o por el placer sexual que

⁸²⁴Cabe matizar que en el caso del delito de tráfico de drogas la doctrina mayoritaria se inclina por excluir la posibilidad de apreciar el delito continuado en relación al tipo penal del art. 368 CP en base a que en la descripción de la conducta típica se hace referencia a “actos” en plural, aplicando simplemente un delito de tráfico de drogas. No obstante, existe una jurisprudencia minoritaria, representada por las SSTS 919/2004, de 17 de julio, 970/2011, de 15 de septiembre y SAN 32/2014, de 8 de julio, que defiende la aplicación del delito continuado en los casos de operaciones de narcotráfico que, separadas entre sí por cierto espacio temporal, se hayan ejecutado obedeciendo un plan común.

ésta les suministra en el caso de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, lo común en la práctica será que estas agrupaciones delictivas sin ánimo de lucro no cuenten con el nivel de estructura suficiente para poder ostentar un injusto independiente del de los delitos-fin. Así, piénsese en el ejemplo de una agrupación dedicada a distribuir pornografía infantil por el sólo ánimo de satisfacer sus impulsos sexuales. Habida cuenta de que la delincuencia no constituye el modo de subsistencia de los sujetos involucrados en la actividad, lo normal será que la estructura no reúna la complejidad suficiente para la aplicación del art. 570 ter CP, siendo suficiente con la aplicación de las reglas de la codelincuencia. Ello es lo que sucedió precisamente en el caso anteriormente citado objeto de enjuiciamiento en la STS 913/2006, de 20 de septiembre, relativo a la distribución de pornografía infantil por varios sujetos a través de una comunidad de Microsoft con el solo fin de colmar sus inclinaciones sexuales. El Tribunal Supremo absolvió a los acusados del delito de organización criminal por considerar que en el supuesto enjuiciado faltaban claramente elementos objetivos de tipo estructural requeridos por el delito, tales como la existencia de un “pacto previo en el que se diseñan los modos o formas de actuación” y “el reparto de papeles”⁸²⁵. Lo mismo vendría a suceder en la mayoría de supuestos imaginables de agrupaciones de sujetos que sin ánimo de lucro perpetren delitos como los daños informáticos, o los abusos o agresiones sexuales, viniendo concretamente a la mente, en relación a estos últimos delitos, por cercanía temporal el polémico caso de la Manada. Los elementos del reparto de roles y de la estructura estable y apta para delinquir serían difícilmente apreciables en estos casos.

En fin, no tenemos inconveniente en considerar dentro del concepto de grupo criminal a agrupaciones delictivas sin ánimo de lucro, pues tal finalidad no afecta a su injusto sistémico, pero difícilmente en la práctica va a poder aplicarse el tipo a una agrupación que no persiga la obtención de un beneficio económico. Y es que, es el ánimo de lucro lo que por regla general motiva una estructuración de medios personales y logísticos para delinquir con vocación de estabilidad. En el caso de la organización criminal, como señalamos, su injusto adicional al grupo criminal, conformado por la amenaza a los regímenes democráticos, hace necesaria la consideración del ánimo de obtención de beneficios como elemento característico de la organización, como en su momento señalamos. El empleo de métodos y formas mafiosas sólo se explica por el afán de obtener poder, y, con ello, de beneficios económicos.

3.3.3. La vocación de permanencia en el tiempo y su prueba en juicio

⁸²⁵ STS 913/2006, de 20 de septiembre, FJ Primero, apartados 9 y 10: "el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñan los modos o formas de actuación, [...] el reparto de papeles y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes. Atribuir todas estas condiciones a una persona que excitada por sus inclinaciones sexuales, actuando en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina <<Chat>>, me parece una desmesura difícilmente aceptable por el derecho penal".

Como ya comentamos, aunque la letra de la ley no lo exija, resulta necesario, en nuestra opinión, reclamar la existencia de una vocación de permanencia en el concepto de grupo criminal, del mismo modo que se venía haciendo respecto de la organización transitoria de ciertos subtipos agravados, con el objeto de poder distinguir la figura de los supuestos de conspiración para delinquir y posterior codelincuencia⁸²⁶. A nuestro juicio, esta vocación de permanencia en el tiempo ha de trascender además de la voluntad de realizar una operación delictiva concreta, por mucho que la preparación de ésta pueda alargarse en el tiempo. Ello es consecuente con la finalidad de comisión de una pluralidad de delitos que caracteriza al grupo criminal, y con el injusto de lesión a la seguridad colectiva presente en este tipo penal. La jurisprudencia dictada hasta ahora en relación al delito de grupo criminal parece moverse en esta dirección al exigir la permanencia del grupo más allá de una operación concreta⁸²⁷, alejándose en este sentido de la línea interpretativa tradicionalmente mantenida con la organización transitoria de los subtipos agravados⁸²⁸. El ejemplo más claro lo encontramos en la STS 513/2014, 24 de junio, que absuelve del delito de pertenencia a grupo criminal a cuatro sujetos que acordaron transportar 409 kg. de cocaína desde Venezuela hasta España, siendo detenidos in fraganti cuando realizaban el transporte, por “entender limitada su actuación [...] a esta concreta operación” y por considerar que los medios empleados

⁸²⁶ En este sentido son muy ilustrativas las siguientes palabras de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por una persona que pertenece a una organización delictiva”, *op. cit.*, pág. 541: “la desastrosa definición de grupo criminal que contiene nuestro CP y que se caracteriza por la finalidad que guía a quienes se conciertan, sin precisar requisitos materiales que permitan conceptualizar estas modalidades de agrupaciones como criminalidad organizada, ha propiciado una jurisprudencia plural (y, en ocasiones, confusa) que se ve en la necesidad de recurrir a elementos que literalmente no contempla la ley tanto para responder al sentido de estas tipificaciones como modalidades menores de criminalidad organizada, como para permitir su delimitación de las organizaciones criminales y de la codelincuencia”.

⁸²⁷ Véase, por ejemplo, la STS 719/2013, 9 de octubre, FJ Trigésimo, que entiende que concurre un supuesto de pertenencia a grupo criminal, y no de mera codelincuencia porque –argumenta– “está plenamente acreditado a través de la prueba de cargo referenciada en la sentencia que de manera reiterada se dedicaban –se refiere a los acusados– conjuntamente a la compra, adulteración o transformación y venta de estupefacientes, y lo hacían con cierta vocación de permanencia, y de un modo continuado, es decir manteniendo su colaboración más allá de un determinado acto de tráfico”. También así la STS 774/2015, 16 de diciembre, cuando habla en su FJ Noveno, en relación al grupo criminal, de la necesidad de una “vocación de cierta persistencia en la actividad delictiva”. La STS 309/2013, 1 de abril, FJ Segundo, condena por el delito de grupo criminal a unos sujetos cuya “actividad habitual” y único “medio de vida” era el tráfico de drogas, hablando a este respecto de “prolongación temporal del grupo para la ejecución de continuos actos de tráfico de drogas”.

⁸²⁸ Nótese que en muchas de las sentencias dictadas en relación a los subtipos agravados por pertenencia a una asociación u organización transitoria se afirma que “cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal”. En este sentido, puede citarse, por ejemplo, a la STS 1579/1999, de 10 de marzo, FJ Cuarto, que califica como organización transitoria a un grupo de sujetos concertados bajo una estructura jerárquica, que garantiza el éxito de la empresa criminal mediante un sistema de red de reemplazos, a pesar de que en la causa sólo se acreditó que el fin de la agrupación era la realización de una operación de narcotráfico, sin concurrir indicios de una voluntad de continuar delinquiendo tras la misma.

Una opinión contraria, sin embargo, manifestaba la STS 486/2009, 8 de mayo, FJ Primero, pues, aunque reproduce algunos fragmentos de la anterior sentencia, afirma en un determinado momento que es requisito de la organización, aun transitoria, el tener “cierta vocación de continuidad, a pesar de no exigir el precepto una duración ni estabilidad determinada bastando la simple asociación temporal, pero siempre que se trate de algo más que la mera ejecución de una concreta operación delictiva”.

por los acusados “no iban más allá de los imprescindibles para la misma”⁸²⁹. Similar es el discurso mantenido por la STS 271/2014, de 25 de marzo, para absolver a los acusados del delito de grupo criminal, y calificarlos de meros coautores de un delito de tráfico de drogas. No obstante, en este caso el fallo es más discutible pues se incautaron balanzas, drogas y una cantidad importante de dinero en casa de uno de los detenidos; objetos éstos de los que bien se podría haber inferido la voluntad de los acusados de querer seguir delinquiendo en el futuro⁸³⁰.

Aclarado ello, surge a continuación la cuestión relativa al modo de manejar en la *praxis* este elemento, esto es: ¿cuándo podemos hablar de agrupación estable a los efectos del art. 570 ter CP, y, por lo dicho, de institución autónoma y superior a sus miembros?⁸³¹ A estos efectos es importante señalar que tanto doctrina⁸³² como jurisprudencia⁸³³ vienen remarcando, con acierto, que lo importante de cara a la apreciación del elemento “estabilidad” no es tanto la duración temporal que haya tenido *de facto* la agrupación criminal, como la vocación de ésta de permanecer en el tiempo con el objetivo de cometer delitos. Así, si la agrupación nació con el propósito de perdurar en el tiempo podrá apreciarse el elemento de la estabilidad requerido por el tipo a pesar de que en la práctica el “periodo de vida” del entramado sea nimio por haber sido, por ejemplo, descubiertos por las FCSE en la comisión del primer delito, o incluso, antes de la comisión de éste. Un ejemplo claro de esta idea lo encontramos en la SAN 26/2006, de 27 de junio, que aplicó el subtipo de tráfico de drogas en el seno de una agrupación delictiva pese a truncarse el objetivo del entramado de traficar con droga en España al serle ésta incautada a algunos de sus miembros antes de proceder a su venta. Argumenta la Audiencia Nacional que, “aunque en el presente supuesto no se alcanza” el propósito delictivo, pues no se llega siquiera a realizar un acto de tráfico, ello no obsta a la apreciación del elemento de estabilidad pues la agrupación nació ya con el propósito delictivo de cometer indefinidos actos de tráfico de drogas⁸³⁴. En la misma línea, la STS 413/2015, de 30 de junio, en relación a una agrupación que tiene como fin la comisión de delitos de estafa a ciudadanos nigerianos, entiende concurrente en el caso de autos el requisito de la estabilidad “ya que su disolución no se produce de

⁸²⁹ STS 513/2014, 24 de junio, FJ Octavo.

⁸³⁰ Así lo expresa, muy crítica con la sentencia, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014). Grupo criminal, codelincuencia y reincidencia”, *op. cit.*, pág. 294.

⁸³¹ Señala la dificultad de prueba de este elemento ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 138.

⁸³² Véase, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2159, según el cual, aunque la agrupación “en el plano objetivo, por razones ajenas a la voluntad de los integrantes de la estructura, haya tenido una mínima permanencia”, podrá entenderse concurrente el concepto de organización si se apreciare por su parte una “vocación de continuidad”. En el mismo sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570bis”, *op. cit.*, pág. 562, y TERRADILLOS BASOCO, J.M., y GALLARDO GARCÍA, R.M., “Lección 30. Delitos contra el orden público (I)”, *op. cit.*, pág. 338.

⁸³³ Puede citarse a este respecto la STS 413/2015, de 30 de junio, FJ Undécimo, y SAN 26/2006, de 27 de junio, FJ Séptimo, que se comentarán posteriormente.

⁸³⁴ SAN 26/2006, de 27 de junio, FJ Séptimo.

forma voluntaria por sus integrantes, sino por la acción policial que los descubrió y detuvo”, subrayando así que lo importante a estos efectos es la voluntad de permanencia, que aprecia en la causa, y no el tiempo que haya estado efectivamente activa la agrupación criminal⁸³⁵.

Este entendimiento del elemento “estabilidad” es consecuente con el texto de la ley, que se refiere, al definir, tanto al definir la organización criminal en el art. 570 bis.1.II CP, a “agrupación formada [...] con carácter estable o por tiempo indefinido”, de lo que se infiere, efectivamente, que para el legislador lo importante es el hecho de que haya sido constituida con vocación de permanencia, de ser una institución estable, independientemente de lo que en la práctica pueda suceder por vicisitudes varias. Si bien en el grupo criminal, que ahora nos ocupa, no se refiere nada al respecto, ha de entenderse, como sostenemos, que ha de concurrir en él esta vocación de permanencia, atendiendo a su injusto autónomo respecto al injusto de los delitos-fin. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en sede de organizaciones criminales, donde se requiere, de acuerdo con nuestra interpretación, un ánimo de perpetuidad, en el grupo criminal basta la vocación de estabilidad, pudiendo ésta consistir en la voluntad de perdurar durante un periodo determinado de tiempo.

¿Cómo probar en el caso concreto que esta estabilidad así entendida concurre en una agrupación determinada? El examen de la jurisprudencia existente hasta el momento sobre este precepto pone de manifiesto que la prueba más clara de la estabilidad para los tribunales es la relativa a la comisión de delitos-fin en el marco de la agrupación delictiva examinada. De hecho, lo normal, si atendemos a las sentencias condenatorias por el tipo de organización criminal, es que la condena por este tipo vaya siempre acompañada por la de algún delito-fin, ya en grado de tentativa, ya en grado de consumación, aplicándose el correspondiente concurso de delitos entre ambas infracciones⁸³⁶. En este sentido, el caso más claro de existencia de permanencia lo tendremos, desde luego, cuando conste en la causa la comisión de varios delitos durante un cierto periodo de tiempo. Ello sucede, por ejemplo, en los supuestos enjuiciados en las SSTS 824/2016, de 3 de noviembre y 413/2015, de 30 de junio. En la primera sentencia se afirma en la misma relación de hechos probados que los acusados venía actuando conjuntamente desde los años 2006-2008, dándose cuenta, además, de actividades concretas criminales llevadas a cabo por los mismos entre septiembre de 2013 y finales de mayo de 2014⁸³⁷. En lo que respecta al caso enjuiciado en la segunda

⁸³⁵STS 413/2015, de 30 de junio, FJ Undécimo.

⁸³⁶ Da cuenta de esta realidad ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 119: “La jurisprudencia suele exigir no sólo tentativa del mismo, sino incluso, pluralidad de su realización para verificar la voluntad de permanencia”. Entiéndase que la expresión el “mismo” se hace en relación al delito-fin.

⁸³⁷STS 824/2016, 3 noviembre, FJ Cuarto, apartado 2: “La fecha de constitución de la banda, las actividades de la misma que se describen en los hechos probados y que tienen lugar desde setiembre de 2013 hasta finales de mayo de 2014, así como la amplia zona de influencia y la finalidad de impedir a

sentencia, la STS 413/2015, de 30 de junio, los hechos probados refieren una multiplicidad de denuncias presentadas por víctimas de las estafas perpetradas por los acusados.

El problema fundamental de cara a la prueba del carácter estable de la agrupación lo encontraremos, por tanto, en los casos en que no haya constancia de una trayectoria criminal por parte de la agrupación. Ya hemos dicho que el injusto de organización como injusto sistémico consiste en la sola existencia de una estructura de notable complejidad que resulte idónea para cometer con carácter estable los delitos objeto de su programa criminal, por lo que, en principio, el delito se consumiría desde el mismo momento en que la agrupación es idónea a tal fin. No obstante, ¿cómo saber en ese caso, sin pruebas de la comisión de previos delitos, que estamos ante una estructura con vocación de permanencia, y no ante una agrupación que pretende sólo realizar un delito? ¿Cómo probar en fin que hay voluntad de permanecer en el tiempo como institución? Los presuntos delincuentes, desde luego, no van a ayudar a dilucidar en el caso concreto tal interrogante al juez de turno, pues, de pretender la comisión de plurales e indeterminados delitos, no lo confesarán, buscando la menor condena posible. En este sentido, como es obvio, no habrá otro remedio que acudir, como se hiciera con el elemento estructural, a la prueba indiciaria, prestando también aquí especial atención a la entidad de los medios materiales y personales de que disponga la agrupación en cuestión, pues como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “a mayor complejidad de la organización por su estructura, mayor estabilidad”⁸³⁸. Así, consideramos que para inferir la existencia de una agrupación con vocación de permanencia en el tiempo estos medios deberían ir más allá de los necesarios para la comisión de un delito determinado. Una gran cantidad de armas, dinero o drogas serán así pruebas indiciarias de la estabilidad de una agrupación, pudiendo inferirse de las mismas tanto la ya perpetración de delitos con anterioridad como la voluntad de subsistir en el futuro como institución. También una minuciosa preparación de un delito por parte de una agrupación de personas pudiera ser un factor indiciario de esta estabilidad, por cuanto hace pensar que se trata de un grupo que no delinque por primera vez, sino que está especializado en la perpetración de este tipo de delitos. No obstante, insta ser cautos a la hora de manejar la prueba indiciaria y evitar tomar conclusiones rápidas y apresuradas en pro del respeto al derecho a la presunción de inocencia. Por ello, lo justo es, como se hiciera en relación al elemento estructural, inferir la permanencia de una conjunción de diversos factores indiciarios, entre los

otras bandas ocupar un determinado territorio, son aspectos que ponen de relieve su voluntad de permanencia y su presencia efectiva por tiempo indefinido”.

⁸³⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 113: “A mi entender lo que realmente visibiliza la permanencia es la existencia de estructuras (medios materiales y personales) preparados para delinquir [...] Por ejemplo, la existencia de armas, dinero en cantidades que no pueden justificarse lícitamente, los bienes ilícitos encontrados en un lugar perteneciente a la organización (casas, coches), los medios que se utilizan para delinquir (sorteando o no los rastreos policiales), la utilización de instrumentos sofisticados, etc. [...] A mayor complejidad de la organización por su estructura, mayor estabilidad”.

cuales se erige como elemento clave la mentada reincidencia delictiva. Así lo hace, por ejemplo, la STS 732/2012 de cara a concluir que los sujetos se dedicaban a la actividad del tráfico de drogas “con cierta asiduidad”. Junto al dato clave de la realización por parte de los acusados de dos operaciones de tráfico de droga “con una diferencia temporal de casi dos meses”, el tribunal tiene en consideración la minuciosa preparación de los dos transportes de hachís, de que se tiene constancia en la causa, y la complejidad de los medios empleados para el transporte de la sustancia -embarcaciones y un camión – para afirmar la presencia de una agrupación delictiva de carácter estable⁸³⁹. En la misma línea, la STS 824/2016, de 3 de noviembre, considera, junto a las actividades delictivas descritas en los hechos probados, circunstancias como “la amplia zona de influencia y la finalidad de impedir a otras bandas ocupar un determinado territorio” para afirmar la “voluntad de permanencia de la agrupación y su presencia efectiva por tiempo indefinido”⁸⁴⁰.

A la conclusión contraria, esto es, a la afirmación de la inexistencia de una estructura con vocación de permanencia, llega la STS 544/2012, de 2 de julio, que considera de la lectura de los hechos probados que la agrupación para falsificar monedas objeto de enjuiciamiento “es inherente al delito, o lo que es lo mismo, no podría haberse hecho de otro modo [...] razón por la cual no pueden ser castigados unos mismos hechos de dos maneras, sin atacar al principio «non bis in ídem»”, sancionado a los acusados solamente por el mentado delito de falsificación⁸⁴¹. También de esta opinión es el tribunal en la STS 331/2012, de 4 de mayo, en relación a un caso en que unos sujetos se agrupan para cometer, previo reparto de funciones y acopio de recursos, un delito de secuestro. Pese a la clara planificación existente, a la presencia de una jefatura y a los medios financieros de que la agrupación disponía, el tribunal considera

⁸³⁹ STS 732/2012, de 1 de octubre, FJ Tercero: “En efecto, a tenor de las investigaciones practicadas en la causa y de la prueba practicada en el plenario, se considera acreditado que el recurrente dirigía una estructura en la que contaba con una serie de personas que, actuando a su mando, se dedicaban con cierta asiduidad al transporte del hachís. Así se constata por el hecho de que los dos transportes de importantes alijos de hachís se perpetraran mediante una minuciosa preparación previa, con acciones destinadas al transporte de las embarcaciones por vía terrestre hasta la zona de actuación, y con una diferencia temporal de casi dos meses entre una operación y otra. Del conjunto de medios probatorios obrante en la causa y de la forma en que se desarrollaron los dos transportes se colige que el acusado dirigía a varias personas con el fin de desarrollar importantes transportes de hachís. Concurría así una estructura normalizada con una notable estabilidad temporal (en la preparación y ejecución de las dos operaciones se invirtieron varios meses); que contaba con unos medios de cierta entidad para llevar a cabo el transporte de la sustancia estupefaciente (embarcaciones y empleo de un camión para su transporte)”.

⁸⁴⁰ STS 824/2016, 3 noviembre, FJ Cuarto, apartado 2: “La fecha de constitución de la banda, las actividades de la misma que se describen en los hechos probados y que tienen lugar desde setiembre de 2013 hasta finales de mayo de 2014, así como la amplia zona de influencia y la finalidad de impedir a otras bandas ocupar un determinado territorio, son aspectos que ponen de relieve su voluntad de permanencia y su presencia efectiva por tiempo indefinido”.

⁸⁴¹ STS 544/2012, de 2 de julio, FJ Tercero. Según el Alto Tribunal no concurre, pese a lo afirmado por el tribunal de audiencia, el delito de asociación ilícita pues “de la lectura de los hechos probados, lo que se deduce es una conjunción de partícipes con la idea de falsificar moneda, y en los términos en que está relatado, tal agrupación es inherente al delito, o lo que es lo mismo, no podría haberse hecho de otro modo [...] razón por la cual no pueden ser castigados unos mismos hechos de dos maneras, sin atacar al principio *non bis in ídem*, en la modalidad de prohibición de una doble valoración penal, por lo que el motivo ha de ser estimado, y absolver a este recurrente y a los demás del delito de asociación ilícita”.

que la agrupación no trasciende de la mera “consorciabilidad delictiva o codelincuencia”, “pues se reunieron y organizaron para el solo objeto de cometer un único delito, que por su complejidad y si se pretendían alcanzar las ilícitas metas, se imponía como necesario un cierto orden organizativo”⁸⁴².

En fin, la existencia de vocación de permanencia en una agrupación de personas físicas ha de deducirse en cada caso del conjunto de circunstancias concurrentes, teniendo especial peso en el juicio de inferencia el dato de la comisión de anteriores delitos conjuntamente por parte de los componentes del grupo. La existencia de considerables medios personales y materiales, que trasciendan de los necesarios para la comisión de un único delito, la preparación minuciosa de la operación delictiva, y la actuación transnacional del grupo serán también factores a tener en cuenta para afirmar o no la presencia de estabilidad.

3.3.4. Estructura basada en el reparto de tareas

El otro elemento característico de la organización criminal del que según la ley puede prescindir el grupo criminal es el reparto de tareas o funciones entre sus miembros. Así se deduce del hecho de que en la definición de grupo criminal del art. 570 ter CP no se contemple expresamente este elemento, teniendo así por fuerza que ser éste “alguna o algunas de las características de la organización criminal” no reunidas por el grupo criminal. Se aprecia, no obstante, en la doctrina un intenso debate sobre la necesidad o no de este elemento de cara a la apreciación de la figura del grupo criminal. Así, LLOBET ANGLÍ⁸⁴³ entiende que, aunque la ley no lo exija, el requerimiento por el art. 570 ter CP de un concierto delictivo⁸⁴⁴ implica que en el grupo criminal existirá obligatoriamente un reparto de funciones⁸⁴⁵. Completamente opuesta es la postura de GARCÍA RIVAS⁸⁴⁶, según el cual esa alusión legal a la concertación implica precisamente la ausencia de una división de funciones entre sus miembros, siendo todos planificadores y ejecutores. Lo cierto es que, si se examina la definición que nos proporciona el DLE del término “concierto” como “ajuste o convenio entre dos

⁸⁴² STS 331/2012, de 4 de mayo, FJ Tercero: “es indudable que existió una planificación con reparto de funciones, con acopio de recursos financieros, una jefatura, etc. Sin embargo, no se daba la constitución a medio de elementos organizativos complejos preordenados a la comisión de futuros delitos” [...] En resumida cuentas, [...] la constitución del grupo no tenía por objeto, con vocación de permanencia en el tiempo, la comisión de nuevos, indeterminados y futuros delitos, [...] el grupo se constituye con una finalidad concreta: salvar la angustiada situación económica que atravesaba el entramado empresarial de Ernesto, que se conseguiría con la obtención del rescate exigido”. Similar es el caso enjuiciado en la STS 421/2003, de 10 de abril, así como la conclusión del tribunal.

⁸⁴³ LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 697.

⁸⁴⁴ El art. 570 ter CP exige que la unión de más de dos personas “tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

⁸⁴⁵ LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 697: “sobre la base del concepto <<concierto delictivo>>, hay que entender que también en el caso del grupo criminal existirá un reparto de funciones, aunque el art. 570 ter no lo diga expresamente”.

⁸⁴⁶ GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 511.

o más personas o entidades sobre algo” o “buen orden y disposición de las cosas”, y, de “concertar” como “componer, ordenar o arreglar las partes de una cosa, o varias cosas”, resulta que de la misma no se extrae obligadamente ni la existencia ni la inexistencia de un reparto de tareas o roles entre sus miembros⁸⁴⁷. Por otra parte, la argumentación de GARCÍA RIVAS parece obviar el hecho de que la definición de organización criminal contempla simultáneamente la concertación y el reparto de tareas⁸⁴⁸, lo que prueba irrefutablemente que ambos elementos no son excluyentes ni contradictorios.

En nuestra opinión, ya anteriormente referida, el grupo criminal ha de ostentar una estructura basada en cierto reparto de tareas o funciones entre sus integrantes. Y es que, para que haya injusto sistémico, el grupo criminal ha de ostentar una estructura idónea para la consecución de su programa criminal, y ello difícilmente se logrará si no es con una mínima distribución de tareas y funciones entre los miembros. Una actuación desorganizada y caótica en el seno de la agrupación difícilmente hará de la misma una entidad que lesiona por su sola existencia la seguridad colectiva. Por otra parte, los arts. 2.c y 1.2 de la Convención de Palermo y de la Decisión Marco 2008/841/JAI, respectivamente, definen el grupo y la asociación estructura, considerados antecedentes legislativos de nuestro grupo criminal, como agrupaciones en las que “no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas [...] o exista una estructura desarrollada”, con lo que no niegan la posible presencia de una asignación de funciones en su seno. De hecho, lo que parecen negar, más bien, es que la atribución haya sido de funciones “formalmente definidas”, pues ello caracterizaría a la organización criminal.

El examen de la jurisprudencia relativa al delito de grupo criminal parece confirmar nuestra interpretación pues lo cierto es que el tipo se viene aplicando por regla general a agrupaciones que cuentan en un seno con un reparto de roles⁸⁴⁹, y, en

⁸⁴⁷ Así también la Fiscalía General del Estado, en Circular 2/2011 sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 22: “La alusión al concierto indica que en el grupo no es exigible la existencia de relaciones de jerarquía y sumisión perfectamente definidas, ni una estricta división de funciones entre los que dirigen y planifican y los que ejecutan, sin perjuicio de que pueda existir una distribución de roles o papeles entre sus miembros para facilitar la perpetración de la infracción criminal”, y FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 113: “La concertación no excluye ni la división de funciones, ni la existencia de subordinación y jerarquía”.

⁸⁴⁸ Art. 570 bis.1.II CP: “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”.

⁸⁴⁹ Así, la STS 603/2014, 23 de septiembre condena como integrantes de un grupo criminal a cuatro sujetos que “puestos de común acuerdo, se dedicaban al tráfico de sustancias estupefacientes, colaborando cada uno de ellos en las diversas fases de dicha actividad. Así Teodosio y su pareja sentimental, Consuelo, eran los encargados de adquirir diversas sustancias químicas que luego se utilizaban para adulterar la sustancia estupefaciente cocaína, que a su vez ellos mismos y Juan Pedro distribuían a terceros. Guillerma colaboraba de forma directa con Juan Pedro ofreciendo y gestionando clientes que demandaban la sustancia”. Claro reparto de roles se constata también en los siguientes hechos probados, calificados por la STS 575/2014, 17 julio como delito de grupo criminal: “Todos y cada uno de ellos –en referencia a los nueve acusados –desde el mes de enero de 2011, forman un grupo que de manera concertada se dedica a la venta de estupefacientes [...] a terceros[...]. Dicho grupo se estructura

algún caso minoritario a agrupaciones en los que las funciones no resulten individualizables de las pruebas obrantes o en los que no se constata reparto alguno⁸⁵⁰.

4. Las organizaciones y grupos criminales como portadores de “injustos sistémicos cualificados”. Estudio de las circunstancias agravantes de los arts. 570 bis.2 y 570 ter.2 CP

4.1. Consideraciones previas

4.1.1. Las circunstancias agravantes como factores que afectan al injusto sistémico

A pesar de que en la doctrina se tiende a analizar las circunstancias agravantes comunes a los delitos de organización y grupo criminal tras la interpretación de las conductas típicas, a nuestro entender resulta más acertado abordar esta cuestión previamente, tras el análisis de los conceptos de organización y grupo criminal. Y ello porque, como se verá en el análisis individualizado de cada una de las circunstancias agravantes, las mismas no van referidas estrictamente al comportamiento individual del

de la siguiente forma: [...] Milán y Noemí ostentan la condición de jefes u organizadores del grupo, siendo los encargados de la compra a terceros de las sustancias estupefacientes y la ulterior venta a terceras personas de dichas sustancias [...] Maite, Laura y Jacinto son los encargados de la venta al por menor a terceras personas, bajo las órdenes directas de los acusados Milán y Noemí [...] Mariola, Olegario y Miriam, siguiendo las instrucciones e indicaciones de los acusados Milán y Noemí, son los encargados del transporte de las sustancias estupefacientes desde el lugar donde se adquieren a terceras personas, hasta los referidos lugares de distribución al por menor, siendo en dicha actividad ayudados por el acusado Landelino, el cual además de efectuar dichas labores de transporte, efectúa labores de vigilancia y seguridad”. Sorprendente es la aplicación del art. 570 ter CP, y no del art. 570 bis CP, en el caso enjuiciado por la STS 853/2016, de 11 de noviembre, pues en este supuesto, como adelanta el propio resumen de la sentencia, se está ante un “grupo de personas perfectamente organizado en diversos inmuebles y locales para la posesión, manipulación y posterior venta de la droga”, describiendo la relación de hechos probados un reparto muy definido de tareas entre sus integrantes: Amparo ostentaba la jefatura, siendo denominada dentro del grupo “patrona” y “madrina”, “Jesús era el colaborador inmediato y ambos socios se encargaban de adquirir la cocaína y los productos y útiles necesarios para su manipulación”. Por su parte, “Rodrigo era el encargado de manipular la cocaína y Maximiliano custodiaba las sustancias estupefacientes y se encargaba de distribuirla”. Parece que, en este caso, la no condena por la figura de la organización criminal se debe más a aspectos formales, concretamente, a que nadie solicitó tal calificación, no pudiendo el tribunal ir más allá de lo requerido por las partes. Así se extrae del propio FJ Quinto de la sentencia en el que el Alto Tribunal arguye que la agrupación constituye, evidentemente, “cuanto menos”, la figura del grupo criminal. Otros ejemplos de sentencias que aplican el tipo de grupo criminal a agrupaciones con una estructura consistente con reparto de roles son las SSTS 369/2018, de 19 julio, 358/2017, de 18 de mayo, y 853/2016, de 11 de noviembre, entre otras muchas.

⁸⁵⁰ Así, la STS 577/2014, 12 de julio, cuyos hechos probados afirman que los acusados “formaban un grupo o clan predominantemente de vínculo familiar y vecindad, con vocación de estabilidad y con el fin de la realización de actividades contra el patrimonio ajeno, recogida de efectos de procedencia ilícita y posterior venta o remisión a Rumanía para su venta, operando principalmente en zonas rurales del centro de España”, sin precisar la existencia de un reparto de roles entre ellos. Por su parte, los hechos probados de la SAP Madrid 768/2014, 14 de julio, hablan de comisión indistinta por los miembros de algunos actos, individualizando, sin embargo, a los encargados de determinadas labores (“actuando con el ánimo de establecer una alianza entre ellos al margen de la ley, se concertaron [...] para cometer delitos, realizando indistintamente labores de vigilancia de locales susceptibles de asalto, efectuando además Amadeo Ruperto labores de transporte y Dionisio Gerardo y Ángel Aníbal labores de asalto”).

sujeto activo de las conductas típicas de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, sino a la organización y al grupo criminal, en cuanto agrupaciones portadoras de un injusto sistémico. Así, la presencia de un elevado número de personas, la disposición de armas o instrumentos peligrosos, o de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte y la persecución de delitos específicos de especial gravedad son circunstancias referidas a la organización y al grupo criminal, y no a los sujetos activos de las conductas típicas individuales⁸⁵¹. No es, por tanto, el autor de la conducta típica de participar activamente o de dirigir una organización criminal el que ha de disponer de armas, instrumentos peligrosos, o medios tecnológicos avanzados, ni el que ha de perseguir la comisión de delitos de especial gravedad, sino la organización o el grupo criminal en sí, como agrupación cuya sola existencia lesiona la seguridad colectiva y amenaza el monopolio estatal en la imposición coactiva de normas. Puede decirse, por tanto, que la concurrencia de las circunstancias de los arts. 570 bis.2 y 570 ter.2 CP redundará en un aumento del injusto sistémico de la organización y el grupo criminal, en tanto estos factores aumentan la potencialidad lesiva de estas agrupaciones delictivas. Un elevado número de miembros, o la disposición de armas o instrumentos peligrosos o medios avanzados tecnológicos son, sin duda, factores que contribuyen a un fortalecimiento y mayor eficacia de la estructura de la agrupación delictiva para la consecución exitosa de su programa criminal.

Si bien, como decimos, la presencia de estos factores redunda directamente en una mayor eficacia de la agrupación delictiva, y, con ello, en el aumento del injusto sistémico, ello ha de repercutir también a la hora de sancionar a los sujetos activos de las conductas típicas de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP. Piénsese que el “injusto” de las conductas típicas individuales no es sino el resultado de ponderar el injusto colectivo, “sistémico”, en atención a la mayor o menor relevancia de la aportación

⁸⁵¹ Señala críticamente esta circunstancia en relación a la agravante de disposición de medios avanzados de comunicación o transporte VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales”, *Revista Penal*, nº 30, 2012, pág. 16, cuando señala que el legislador “permite [...] que se incremente la responsabilidad penal individual en atención a factores que pueden tener poco o nada que ver con un reproche personal”, lo que vulneraría en su opinión el principio de culpabilidad, en su concreta manifestación de la responsabilidad personal o por el propio hecho. En este sentido, la autora vislumbra en estos tipos cualificados la construcción por el legislador de “delitos de sospecha”, de difícil compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia, en los que el incremento punitivo derivado del supuesto aumento del desvalor de acción respondería, en el ejemplo del subtipo de medios tecnológicos, “a la sospecha de que tales medios han sido o serán empleados con alguna de las finalidades que explicita el precepto” (facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los delincuentes)”, eximiendo, sin embargo, el legislador a los tribunales de tener que probar dicho uso efectivo por parte del sujeto activo de las conductas del art. 570bis.1 ó 570 ter.1 CP. Con ello la autora parece olvidar -o bien obvia tal circunstancia - que la construcción de los tipos básicos de organización y grupo criminal responde al mismo patrón de los subtipos agravados a este respecto. Nótese que, por ejemplo, la atribución de las penas a los sujetos activos de los tipos de organización y grupo criminal se hace en atención a la gravedad de los delitos objeto de la organización y grupo criminal, con independencia de que el particular, sujeto activo del delito, haya o no participado en alguna ocasión en esos delitos-fin. La explicación a todo ello puede encontrarse, como en su momento referimos, en la construcción de un injusto sistémico, al que va referido el injusto individual, en forma de contribución activa para con el mantenimiento del primero.

individual realizada a la agrupación, en aplicación del principio de culpabilidad. Así, en los casos de concurrencia de las circunstancias agravantes mencionadas habrán de verse aumentadas las penas para el conjunto de sujetos activos de las conductas típicas, habida cuenta de que la base del injusto a ponderar en atención a la relevancia concreta de la conducta ejecutada es un injusto sistémico mayor.

4.1.2. Efectos, naturaleza y fundamento de estas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Reflexión personal sobre las mismas.

La concurrencia de las circunstancias previstas tanto en relación al tipo penal de organización criminal, como al de grupo criminal, supondrá de forma preceptiva⁸⁵² ex arts. 570 bis.2 y 570 ter.2 CP un aumento de las penas establecidas en los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, consistente concretamente en su elevación a su mitad superior. En el caso de concurrir cumulativamente más de una de ellas, la elevación es sustancialmente mayor, determinándose la imposición de las penas superiores en grado a las del tipo básico correspondiente. Estas circunstancias, que más adelante analizaremos con detalle, constituyen elementos accidentales de los tipos que nos ocupan en tanto que se adhieren a los elementos -esenciales y accidentales -de los tipos básicos provocando un aumento de las penas dentro del marco legal por ellos establecido. Su ausencia en el caso concreto no provocará, por tanto, la inaplicación de los delitos de organización o grupo criminal, sino tan sólo de la agravación que suponen, quedando latente el tipo básico correspondiente, como determina el art. 14.2 CP⁸⁵³. Estamos, por tanto, ante subtipos cualificados o agravados de los tipos básicos de organización y grupo criminal, y no ante tipos penales autónomos, o “delicti sui generis”, como lo serían, por ejemplo, el delito de asesinato respecto al de homicidio, o el de robo respecto al hurto. Y es que, a diferencia de los delitos de robo o asesinato, que presentan, como señala MUÑOZ CONDE, “una estructura jurídica unitaria con un contenido y ámbito de aplicación propios y un marco penal autónomo”⁸⁵⁴, las circunstancias que nos ocupan no tienen per se autonomía o razón de ser sin el marco referencial de los tipos básicos de organización y grupo criminal.

⁸⁵² Nótese que tanto el art. 570 bis.2 como el art. 570 ter.2 CP utilizan la fórmula legal “las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando...”, empleando el verbo en futuro, y sin añadir el verbo modal “poder”, imponiendo por tanto al juez su aplicación cuando se estime la concurrencia en el caso concreto de los elementos objetivos que contemplan. Señala el carácter preceptivo de las agravaciones, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 71.

⁸⁵³ Art. 14.2 CP: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

⁸⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 273. SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, pág. 24, se refiere en este sentido a “circunstancias que partiendo de una unidad típica básica se adhieren de tal forma que dan lugar a un delito autónomo y distinto del básico”, aclarando a continuación que: “en este caso estamos en presencia de un tipo independiente o, lo que es lo mismo, ante un *delictum sui generis*”.

Una vez aclarado esto, cabría concretar ante qué tipo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal nos encontramos, atendiendo a las clasificaciones que de las mismas se vienen haciendo tanto a nivel legal como doctrinal. Pues bien, a este fin, insta recordar los cuatro criterios principales existentes a este respecto⁸⁵⁵: el que atiende para la sistematización de estas circunstancias a su efecto penológico concreto, el que hace lo propio con la extensión del ámbito de aplicación de la circunstancia, el que elabora la clasificación en función de la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia⁸⁵⁶, y, por último, y quizás el criterio con más relevancia, estaría el que atiende al fundamento de la agravación o atenuación de que se trate.

El primer criterio, esto es, el del efecto de la circunstancia en la determinación de la pena a aplicar, es el seguido por el propio legislador para clasificar las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en la Parte General (Libro I) del Código Penal, distinguiendo a tal efecto en los arts. 21, 22 y 23 CP entre circunstancias atenuantes, que serían las que rebajarían la pena del tipo básico, agravantes, que, como su nombre indica, agravarían la citada pena, o mixtas, que pueden jugar alternativamente como atenuantes y agravantes, dependiendo de las circunstancias concurrentes⁸⁵⁷. A este respecto, la modalidad a que pertenecen las circunstancias que nos ocupan resulta clara en tanto que su concurrencia implica, como dijimos, *ex arts. 570 bis.2 y 570 ter.2 CP* un aumento en su mitad superior de las penas del tipo básico, por lo que hemos de hablar a tal efecto de circunstancias agravantes.

En lo que respecta al ámbito de aplicación, criterio por el que la doctrina distingue entre circunstancias genéricas o generales y circunstancias específicas en atención a si las mismas se aplican de forma general a todos los delitos⁸⁵⁸, en el primer caso, o si se restringen a tipos penales concretos, en el segundo caso⁸⁵⁹, resulta también

⁸⁵⁵ Véase LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 19. El delito como conducta antijurídica, y III: La graduación de lo injusto”, en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, pág. 505.

⁸⁵⁶ SALINERO ALONSO, C., “*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 25 y 26, señala que existiría, a este respecto, también una modalidad intermedia o ecléctica entre ambas, la de circunstancia modificativa de la responsabilidad de naturaleza mixta, por prever tanto elementos objetivos como subjetivos.

⁸⁵⁷ SALINERO ALONSO, C., “*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 21, señala que existe acuerdo unánime en la doctrina sobre la virtualidad de esta distinción. Seguramente ello se deba a que la misma, como decimos, goza de consagración legal *ex arts. 21, 22 y 23 CP*.

⁸⁵⁸ Así SALINERO ALONSO, C., “*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 22, que señala que a ello no obsta el hecho de que en algún caso puedan resultar estas circunstancias incompatibles con algún tipo penal específico.

⁸⁵⁹ Señala LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 19. El delito como conducta antijurídica, y III: La graduación de lo injusto”, *op. cit.*, pág. 505, que a veces las circunstancias se prevén simultáneamente en la Parte General (Libro I) y en la Parte Especial (Libro II) del Código Penal. Tal sería el caso, como ilustra, de la “alevosía”, que se contempla en el catálogo de circunstancias agravantes del art. 22 CP y también en el delito de asesinato del art. 139 CP, respecto al que puede “jugar” como circunstancia

clara la ubicación de las circunstancias que nos ocupan en esta última modalidad. En tanto en cuanto las circunstancias que vamos a analizar se refieren exclusivamente a los tipos penales de organización y grupo criminal, y no se contienen en el listado del art. 22 CP contenido en la Parte General del Código Penal, hay que concluir que las mismas constituyen circunstancias agravantes específicas.

La clasificación de las circunstancias en atención al tercero de los criterios de distinción supra expuestos, el que atiende a la naturaleza de la circunstancia, tampoco plantea mayores problemas. Parece claro que nos encontramos ante circunstancias de naturaleza objetiva. Nótese que las mismas consisten en que la organización o el grupo estén integrados por un “elevado número de personas”, dispongan de “armas o instrumentos peligrosos”, o de “medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte”. No obstante, el que sean de naturaleza objetiva no obsta a que se requiera el dolo en relación a dichos elementos objetivos de cara a su apreciación, como es lógico.

Por último, quedaría -y ésta es quizás la cuestión más relevante de cara a su aplicación -situar estas circunstancias en atención al fundamento al que responden, lo que no hace referencia sino al elemento del delito al que en última instancia afectan. Como LACRUZ LÓPEZ señala en su definición de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, los elementos accidentales en que éstas se traducen constituyen hechos, condiciones o relaciones que, si bien no excluyen el injusto del tipo básico al que se refieren, sí afectan a “la magnitud del injusto, la culpabilidad o la punibilidad” del hecho delictivo en él contemplado⁸⁶⁰. Nótese que en los arts. 21 y 22 CP, que contemplan circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal genéricas o generales -en tanto son aplicables a todos los delitos -, se mezclan circunstancias con distinto fundamento en tanto que afectan a distintos elementos del delito. Esto es, si bien todas tienen la misma consecuencia final, cual es aumentar, en el caso de las agravantes, o disminuir, en el caso de las atenuantes, la pena señalada en el tipo delictivo al que se refieren de acuerdo con las reglas establecidas en el art. 66 CP, el fundamento o *ratio iuris* de su previsión difiere según afecte al injusto, y dentro de éste, al desvalor de acción o al de resultado, a la culpabilidad o a la punibilidad. Así, mientras se entiende que circunstancias agravantes como la alevosía (art. 22.1º CP), el disfraz o el abuso de superioridad (art.22.2º CP) afectan al injusto, en tanto que aumentan el desvalor de acción de la conducta típica básica, atenuantes como la grave adicción (art. 21.2º CP) o los estados pasionales (art.21.3º CP) se conciben generalmente como circunstancias que gradúan la culpabilidad del sujeto, en tanto interfieren en la

agravante en el caso de que concurra simultáneamente otra de las circunstancias del asesinato del art. 139.1 CP *ex art.* 139.2 CP.

⁸⁶⁰ LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 19. El delito como conducta antijurídica, y III: La graduación de lo injusto”, *op. cit.*, pág. 505: “podemos definir las circunstancias agravantes y atenuantes como todo hecho, condición o relación que la ley regula para modular -sin excluir- la magnitud del injusto, la culpabilidad o la punibilidad de un hecho delictivo”.

capacidad de imputabilidad⁸⁶¹. Por su parte, circunstancias atenuantes como la confesión de la infracción a las autoridades (art.21.4º CP), la reparación del daño (art. 21.5º CP) o las dilaciones indebidas (art. 21.6º CP), al consistir en elementos que concurren una vez ya ejecutado el hecho típico, antijurídico y culpable en cuestión, encontrarían su fundamento según la doctrina mayoritaria⁸⁶² en consideraciones de corte político-criminal: el legislador en atención a criterios de equidad y justicia habría considerado oportuno rebajar, en sede de punibilidad, la pena de los delitos en determinadas situaciones.

La Fiscalía General del Estado parece tenerlo claro al dejar caer en su circular 2/2011⁸⁶³ que la concurrencia de los elementos accidentales previstos en los subtipos agravados que nos ocupan supone “un incremento de gravedad en el hecho”, o, lo que es lo mismo, “un incremento del desvalor de la acción” contemplada en los tipos básicos de organización y grupo criminal⁸⁶⁴. Personalmente coincidimos con el parecer de la FGE. El hecho de que la organización en la que se participa esté formada por un elevado número de sujetos, disponga de armas o instrumentos peligrosos o cuente con medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte aumenta el desvalor de la acción típica, más que la capacidad de imputabilidad del sujeto o la punibilidad. Así, en principio la conducta de participar en una organización que dispone de armas para la consecución de su objeto delictivo parece más grave que la de participar en una

⁸⁶¹ Así, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 636, y SALINERO ALONSO, C., “*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁸⁶² Así, por ejemplo, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 639, y SALINERO ALONSO, C., “*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 81 y 85.

⁸⁶³ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 18 y 19.

⁸⁶⁴ Así, en relación al subtipo agravado por el elevado número de miembros, la FGE afirma (pág. 18) que: “aunque la cualificación no habrá de limitarse a las grandes estructuras criminales, deberá comportar, en todo, caso, un incremento de gravedad en el hecho equiparable al de los otros subtipos, de modo que el número de integrantes de la organización sea relevante en función de la actividad delictiva que constituya su objeto, en la medida en que su intervención suponga un incremento del desvalor de la acción, al facilitar de forma constatable la perpetración de las actividades ilícitas y asegurar su éxito”, mientras que en referencia al subtipo relativo a los medios tecnológicos avanzados (pág. 19) arguye, en el mismo sentido, que para su aplicación: “es preciso demostrar que sus características - del medio tecnológico de transporte o comunicación - incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables”. En el caso del subtipo agravado por disponer la organización o el grupo criminal de armas o instrumentos peligrosos, si bien la FGE no se refiere expresamente al aumento del injusto, de sus palabras se infiere que la “ratio iuris” de la agravación radica en el aumento, concretamente, del desvalor de la acción, al afirmar (pág. 18) que: “El fundamento reside en el peligro que para la vida o la integridad física de las personas significa la utilización de armas o medios peligrosos en la comisión de los delitos planificados por la organización”. También parece de esta opinión FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, nº 19, 2013, pág. 29, que, al menos en relación al subtipo agravado de disposición de medios tecnológicos, afirma: “A mi juicio, su aplicación debe limitarse a los casos en que la organización dispone de medios de comunicación o transporte que no están al alcance de cualquier persona [...] que en cualquier caso refuerzan de manera notable su capacidad operativa, resultando así “especialmente aptos” para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los delincuentes, como se exige en el tipo penal. Solo así se justifica una mayor gravedad del injusto y, por tanto, la agravación”.

organización que, si bien también persiga finalidades delictivas, no disponga de armas a tal efecto. El desvalor de acción de la primera resulta, por tanto, mayor que el desvalor de acción de la segunda. Lo mismo parece predicable de las circunstancias de disposición de medios tecnológicos, y, del elevado número de integrantes de la agrupación. No pasaría lo mismo con la circunstancia contemplada en el art. 570 quáter.4 CP⁸⁶⁵ relativa al abandono voluntario de las actividades delictivas y la colaboración activa con las autoridades por parte de los sujetos activos de las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal. Esta circunstancia también modificativa de la responsabilidad penal, aunque en este caso atenuante, en tanto su concurrencia puede implicar la rebaja de la pena, no afecta, en nuestra opinión, al desvalor del hecho, como las circunstancias supra examinadas, sino a su punibilidad. Y es que, en esta circunstancia, al igual que sucede en las atenuantes genéricas de confesión de la infracción a las autoridades del art. 21.4º CP y reparación del daño del art. 21.5º CP, de las que, por cierto, parece derivarse la que ahora nos ocupa, se contemplan elementos que se producen con posterioridad a la perpetración del hecho típico y antijurídico del tipo básico, por lo que no pueden afectar al desvalor del mismo. Su previsión respondería así a una estrategia político-criminal del legislador para fomentar este tipo de actividades entre los integrantes y colaboradores con organizaciones y grupos criminales mediante una rebaja de la pena correspondiente, en este caso consistente en la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la del tipo básico o tipo cualificado correspondiente. Habida cuenta del distinto fundamento de esta circunstancia respecto a las anteriores, posponemos su examen al análisis de la punibilidad de los delitos de organización y grupo criminal, en tanto que afecta a la misma.

Por último, antes de iniciar el análisis individualizado de cada una de las circunstancias agravantes comunes a los tipos de organización y grupo criminal, procede realizar unas breves reflexiones sobre las mismas. A este respecto, llama la atención la falta de previsión de circunstancias agravantes similares en tipos penales de nuestro Código penal de naturaleza homóloga a los que nos ocupan. Nos referimos a los delitos de asociación ilícita de los arts. 515 y ss. y de organización y grupo terrorista de los arts. 571 y 572 CP. En el caso de las organizaciones y grupos terroristas la no previsión de las circunstancias agravantes de los arts. 570 bis.2 y 570 ter.2 CP parece encontrar su razón de ser en que por regla general estas agrupaciones ya presentan como rasgos comunes el carácter armado, un número elevado de integrantes y la disposición de medios tecnológicos avanzados. Piénsese que, por su componente ideológico, traducido en los delitos de terrorismo que constituyen su objeto, estas agrupaciones

⁸⁶⁵ Art. 570 quáter.4 CP: “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”.

suelen contar con una complejidad organizativa superior a la de las organizaciones criminales, y, sobre todo, a la de los grupos criminales. No sucede, sin embargo, lo mismo con las actuales asociaciones ilícitas, respecto a las que sí tendría sentido la previsión de estas circunstancias agravantes. No obstante, como se verá en el capítulo atinente a las relaciones concursales, los tipos asociativos, con alguna excepción, vienen a solaparse completamente con el tipo de organización criminal, por lo que, más que la inclusión de las circunstancias agravantes de los arts. 570 bis.2 y 570 ter.2 CP en los tipos asociativos, convendría una supresión de los mismos dado su nula aplicación actual.

Sí se encuentran, sin embargo, circunstancias agravantes similares a nivel de derecho comparado en tipos homólogos a los que nos ocupan. En referencia a Alemania e Italia, los países que hemos tomado como referencia en nuestro estudio, si bien el primero no contempla ninguna circunstancia agravante de este estilo en el §129 StGB, el segundo sí lo hace en relación tanto al tipo clásico de asociación para delinquir del art. 416 CP como al de asociación de tipo mafioso del art. 416 bis CP. Concretamente, en el art. 416 CP se prevé un aumento de las penas del tipo básico cuando el número de asociados sea de diez personas o más, así como cuando los miembros se desplacen con o hagan uso de armas; por su parte, el art. 416 bis CP contempla únicamente una agravación en los casos en que la asociación de tipo mafioso esté armada, definiendo esta circunstancia como que los participantes tengan la disponibilidad de armas o material explosivo para la consecución de los fines de la asociación. La ausencia de una previsión atinente al número elevado de integrantes en este último tipo se debe seguramente a que por regla general las asociaciones mafiosas ya se caracterizan por se por tal circunstancia.

A nivel supranacional no se contempla circunstancia agravante alguna en las convenciones en materia de lucha contra la delincuencia organizada, en los que se imponen a los Estados firmantes la obligación de tipificar en sus legislaciones nacionales la participación activa en organizaciones delictivas o grupos delictivos organizados⁸⁶⁶, y, si bien en la doctrina española un grupo considerable de autores considera la previsión de las circunstancias agravantes de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP “innecesarias”⁸⁶⁷, nosotros no vemos con malos ojos su presencia, en tanto

⁸⁶⁶ Así lo señala FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 25.

⁸⁶⁷ Así, en relación al tipo de organización criminal, véase la propuesta de modificación realizada por GARCÍA RIVAS, N., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., CANCIO MELIÁ, M., CUENCA GARCÍA, M.J., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., FARALDO CABANA, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., LAMARCA PÉREZ, C., BRANDARIZ GARCÍA, J.A., y GARROCHO SALCEDO, A. “Delitos de organización: arts. 515 y 516, 570 bis y ss., 571 y ss. (Asociaciones ilícitas, organizaciones criminales y delitos de terrorismo)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 413. También se extenderían tales consideraciones al ámbito del delito de grupo criminal, si bien respecto a éste se propone la disolución incluso del tipo básico (pág. 414) por implicar según el manifiesto de los autores “la práctica desaparición de las reglas de la codelincuencia”.

manifestación del legítimo ejercicio del principio de proporcionalidad. Resulta, desde luego, mayor la peligrosidad en abstracto para los bienes jurídicos de un grupo criminal armado que de no que no dispone de armas. Y, dicha diferencia, procede establecerla ya en vía legal, en aplicación del mentado principio, disponiendo una pena mayor a los sujetos que participen en el grupo criminal armado, conociendo tal extremo, que a los que participan en un grupo criminal que no ostenta tal característica. Por otra parte, el aumento penológico establecido por el legislador no es de un carácter sustantivo, pues, no se llega a modificar sustancialmente el marco penal establecido en el tipo básico, al indicarse sólo que, de concurrir una de las circunstancias, la pena se aplicará en la mitad superior de dicho marco, lo que no lleva, desde luego, a resultados desproporcionados.

4.2. Análisis individualizado de las circunstancias agravantes

4.2.1. “Elevado número de personas”

La primera circunstancia que los tipos de organización y grupo criminal prevén en los arts. 570 bis.2.a y 570 ter.2.a CP, respectivamente, cuya concurrencia implica la aplicación de las penas del tipo básico correspondiente en su mitad superior es que la organización o el grupo “esté formado por un elevado número de personas”.

El fundamento de la agravación parece ser coherente pues en principio a mayor número de integrantes, y, por tanto, de mayores recursos humanos a disposición del ente criminal, mayor podrá ser la potencialidad lesiva, y, por tanto, el peligro de la agrupación para con los bienes jurídicos amenazados por el delito-fin, y, por los eventuales delitos instrumentales⁸⁶⁸. Un número muy elevado de miembros puede contribuir a una mayor eficacia del funcionamiento de la agrupación delictiva, asegurando, por ejemplo, que, en caso de imposibilidad de actuar de uno de los integrantes por causas sobrevenidas de cualquier tipo, haya miembros a disposición de la agrupación delictiva para sustituirlo en ese cometido. No obstante todo ello, ha de señalarse ya de entrada, que, de acuerdo con lo ya señalado al hilo del análisis del concepto de organización criminal, abogamos por la supresión de esta circunstancia del art. 570 bis.2 CP en tanto proponemos que el estar formado por un elevado número de personas sea ya una característica del concepto mismo de organización criminal. Habida cuenta de que las organizaciones criminales, en la interpretación restrictiva que aquí mantenemos del concepto, están dotadas de una estructura de notable complejidad dado

⁸⁶⁸ Así parece considerarlo la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 17, al afirmar, en este sentido, que: “el fundamento de la agravación reside en que esta circunstancia implica una mayor peligrosidad de la organización”. En concreto, la FGE conecta este “elevado número de personas” con una mayor estabilidad temporal de la agrupación criminal y con la “fungibilidad de los miembros que pueden comprometer su participación en las distintas áreas de la actividad colectiva o en la comisión de los delitos planificados”. Puede verse también, a este respecto, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 563, para el que esta circunstancia denota una “mayor peligrosidad *ex ante* de la organización”.

que suponen una amenaza para el buen funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas de los países, entendemos como inherente a estas agrupaciones el estar integradas por dicho elevado número de miembros. Esta circunstancia como agravante habrá de quedar reservada, por tanto, a nuestro juicio, al tipo de grupo criminal, en tanto la agrupación que da nombre al delito se caracteriza como vimos por una menor complejidad de su estructura, y, por ende, de su injusto sistémico, que se constituye exclusivamente por la lesión a la seguridad colectiva. De encontrarnos, por tanto, en algún caso ante un grupo criminal de mayor potencialidad lesiva por contar con un elevado número de integrantes, habrá de aplicarse el subtipo cualificado del art. 570 ter.2.a CP.

Aclarado este aspecto, insta interpretar esta agravante de cara a su aplicación práctica. En este sentido, lo primero a señalar es que no necesariamente la presencia de muchos integrantes va a significar en todo caso un aumento de la peligrosidad de la agrupación criminal, y, con ello, del desvalor de acción de las conductas típicas referidas a la misma, pudiendo suceder que una agrupación delictiva con un número no muy elevado de integrantes suponga, por el gran nivel de especialización de los mismos, y la complejidad de la estructura y del reparto de tareas existente en su seno, un peligro mucho mayor para los bienes jurídicos que una agrupación integrada por un número de personas mucho mayor, en cuanto no cuenten con un nivel de coordinación y especialización como el de aquella⁸⁶⁹.

Habida cuenta, pues, de que realmente la circunstancia del elevado número de personas constituye un mero indicio de la mayor peligrosidad del grupo criminal, no habiendo una relación necesaria de causa-efecto al respecto, insta aplicar el subtipo agravado sólo cuando la presencia de un número elevado de personas se traduzca en el caso concreto en una mayor eficacia de la agrupación criminal de cara a la ejecución de los delitos-fin, y, con ello en su mayor injusto⁸⁷⁰. A este respecto, insta señalar que hay

⁸⁶⁹ Véase, POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 174 y 175, que, muy crítico con esta agravación, objeta, en este sentido, que el legislador presuponga “con una presunción iuris et de iure [...] que toda organización compuesta por un alto número de personas es per se más grave que si está compuesta por un número menor”, afirmando que tal inferencia “es muy cuestionable si no se estima al mismo tiempo la idoneidad lesiva de la organización, el grado de profesionalización de los integrantes y la vulnerabilidad de la víctima”. Para mostrar la veracidad de su crítica el autor pone el siguiente ejemplo: “una organización de cincuenta chicos inexpertos, que no han cometido delito en su vida ni tienen la más mínima idea de informática, que se reúnan para piratear películas de Internet, es incomparablemente menos lesiva que un minoritario comando de tres sicarios altamente especializados que se organizan para acabar con el Rey o con el Papa”. En esta línea crítica se encuentra también SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1404: “en la medida en que nos estamos refiriendo a un fenómeno donde lo que provoca un salto cualitativo en la peligrosidad y potencialidad lesiva de las organizaciones no es tanto el número como su organización, quizás hubiera sido preferible que la ley hubiera tomado en consideración este elemento cualitativo y relativo a la organización aunque hubiera sido combinándolo con el relativo al número de personas”.

⁸⁷⁰ Así, FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 25, que, de cara la aplicación del subtipo, señala: “lo relevante no es tanto el número en sí mismo, cuanto que dicho número suponga un plusde peligrosidad del ente colectivo, en

actividades delictivas, como el narcotráfico a gran escala, cuya comisión ya requiere de un importante número de personas. Una aplicación automática del subtipo que nos ocupa cuando concurren en la agrupación muchos miembros llevaría a aplicar siempre el subtipo agravado a las agrupaciones delictivas que se dediquen a este tipo de actividades, dejando sin aplicación el tipo básico. Ello no resultaría justo ya que realmente son los propios delitos-fin los que requieren de un número importante de integrantes, que se erige en requisito casi imprescindible para una ejecución exitosa de la empresa criminal. Resulta necesario, por tanto, reclamar, de cara a la aplicación del art. 570 ter.2.a CP, como lo viene haciendo la jurisprudencia, que el número de integrantes de la agrupación vaya más allá del necesario o habitual para la comisión de los delitos que constituyen el objeto delictivo de la misma⁸⁷¹. Un ejemplo de aplicación práctica de esta interpretación restrictiva del subtipo agravado lo encontramos en la STS 58/2016, de 4 febrero, que considera que diez o dieciséis personas⁸⁷² no constituye un número elevado de personas *ex art. 570 ter.2.a CP* para una agrupación criminal dedicada a realizar operaciones de tráfico de drogas en barco pues -señala- “es un dato extraído de la experiencia cotidiana que en relación al tráfico de drogas a gran escala, como es el caso, la operativa, cuando se efectúa en barco, supone mínimo dos embarcaciones y de ordinario tres: la embarcación que transporta de origen la cocaína, aquella embarcación a la que se le transborda en alta mar en un punto convenido la droga, y una tercera embarcación rápida que es la que se encarga de introducirla en la costa española”. Concluye así el tribunal que en el caso de autos el número de sujetos cuya participación en la operación resulta acreditada en autos no va más allá del “indispensable y necesario para la generalidad de las operaciones” de narcotráfico, por lo que no puede hablarse a tal efecto de una mayor peligrosidad del grupo criminal,

tanto que potencie, por un lado, la característica de la intercambiabilidad y, por tanto, las posibilidades de ejecución de los delitos o faltas que integran el plan criminal, y, por otro, que fortalezca la estabilidad de la organización”.

⁸⁷¹ En la doctrina destaca la importancia de relacionar el número de personas con la clase de delitos que constituyan el objeto de la organización o del grupo criminal, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2163, que, en este sentido, señala: “acaso una organización de veinte personas dedicada al secuestro de personas sea ya una organización realmente numerosa, pero puede que tratándose de un grupo de descuidados con vínculos familiares, puede que este número (que podría coincidir con los miembros de la familia extendida) no tenga virtualidad suficiente como para perturbar más críticamente el bien jurídico protegido”. También en esta línea la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 18: “aunque la cualificación no habrá de limitarse a las grandes estructuras criminales, deberá comportar, en todo caso, un incremento de gravedad en el hecho equiparable al de los otros subtipos, de modo que el número de integrantes de la organización sea relevante en función de la actividad delictiva que constituya su objeto, en la medida en que su intervención suponga un incremento del desvalor de la acción, al facilitar de forma constatable la perpetración de las actividades ilícitas y asegurar su éxito”.

⁸⁷² Tal es el número a que alude el Ministerio Fiscal en su recurso contra la sentencia de instancia por indebida inaplicación del subtipo agravado que analizamos. Así, como da cuenta la misma sentencia de casación (STS 58/2016, de 4 febrero, FJ Décimo): “estima el Ministerio Fiscal en el motivo que por lo que se refiere al número de personas que integraban el grupo criminal, según la sentencia, eran los nueve condenados más otros desconocidos como se dice en el hecho probado, pudiendo estimarse que habría al menos cuatro personas más en el buque que traía la cocaína, en todo caso, ya sean diez o dieciséis personas, estima el Ministerio Fiscal que tal número es suficiente para integrar el “número elevado de personas” al que hace referencia el art. 570 ter -2-a”.

aplicando en consecuencia el tipo básico del art. 570ter.1 CP. Y es que, para la aplicación del subtipo al caso de autos habría sido necesaria -señala el Alto Tribunal -la participación de “más personas, y sobre todo que operen en otras cuestiones, tales como almacenamiento, distribución, seguridad, etc.”⁸⁷³.

Importante es también señalar que en el cómputo de estas personas han de excluirse necesariamente a los colaboradores *extranei*, siendo a estos efectos irrelevante el que hayan colaborado reiteradas ocasiones con la agrupación, o el que su colaboración haya supuesto un importante fortalecimiento de la agrupación. El término legal “esté formado por” del art. 570 ter.1 CP remite a una obligada pertenencia de los sujetos a la agrupación, y, por tanto, de su condición de *intranei*, lo que supone la vinculación permanente al grupo criminal estando sometido a la voluntad social de la agrupación⁸⁷⁴.

En este sentido, por las mismas consideraciones a que aludimos en su momento en relación al cómputo de los integrantes de la agrupación criminal para dilucidar si concurre el número mínimo de tres personas requeridos por el concepto básico de grupo criminal, habría que entender que para al cómputo de sujetos para la aplicación del subtipo de “elevado número” habría que incluir a los inimputables⁸⁷⁵.

Aparte quedaría, por otro lado, el problema de la determinación de qué deba entenderse por “elevado”⁸⁷⁶, concepto indeterminado que puede ser interpretado de muy diversas maneras. Así, por ejemplo mientras SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ aboga por

⁸⁷³ STS 58/2016, de 4 febrero, FJ Décimo.

⁸⁷⁴ Recuérdese que los conceptos de organización y grupo criminal hacían también referencia a la agrupación “formada por”, en este caso, más de dos personas, verbo en participio del que se extraía que ese mínimo de tres personas habían de ser integrantes de la agrupación criminal, no pudiéndose incluir en el cómputo a los *extranei*.

⁸⁷⁵ Así lo estima también la propia FGE en su Circular 2/2011, sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 18, donde afirma que “a los efectos de apreciación de esta agravación, que han de computarse todos los integrantes de la organización, con independencia de si son penalmente responsables por concurrir en ellos alguna causa que exima la responsabilidad criminal”. En el mismo sentido, en Italia, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pp. 1144, respecto al subtipo agravado del delito de asociación para delinquir del art. 416 del Código penal italiano por razón de que la asociación esté formada por un número de integrantes igual a diez o mayor.

⁸⁷⁶ Señalan, a este respecto, la labor clave de los tribunales para perfilar el concepto “elevado número”, ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 800, y la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011, pp. 17 y 18, que, de esta manera, evita concretar un número a partir del cual pueda entenderse que se está ante un “elevado número”. Insta aquí señalar algunas de las críticas doctrinales vertidas al subtipo por su indeterminación, generadora de inseguridad jurídica y contraria al principio de taxatividad, como manifestación concreta del principio de legalidad. Así, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2163, que critica: “el grado de indeterminación se compadece muy mal con las exigencias que el artículo 25.1 CE impone a los tipos penales en orden a satisfacer el principio de taxatividad o mandato de suficiente determinación. Mucho nos tememos que al final sea la Jurisprudencia la que establezca una cifra fija subrogándose en la tarea que debería haber hecho el legislador”, y POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 174, que alude, a este respecto, a una “absoluta indefinición [...] inobservando el deber básico de certeza legal y comprometiendo con ello la legitimidad de este precepto por infracción del principio de taxatividad”.

la aplicación del subtipo cuando se superen “en torno a las diez personas”⁸⁷⁷, adoptando así el modelo del Código penal italiano⁸⁷⁸, ROMA VALDÉS señala “que podrá fijarse en un número superior a cincuenta o cien integrantes determinados”⁸⁷⁹. A esta indeterminación se suma la ausencia de fórmulas equivalentes en el texto del Código Penal. No obstante, es cierto que en algunos preceptos se emplean expresiones similares, como en el art. 201 CP, que se refiere a la afección a una “pluralidad de personas” en los delitos contra la intimidad, el art. 365 CP, relativo al delito de envenenamiento o adulteración de aguas potables o sustancias alimenticias destinadas al consumo de una “colectividad de personas”, el art. 557 bis.3º CP, que agrava la pena del delito de desórdenes públicos cuando la conducta se lleve a cabo en una “manifestación o reunión numerosa”, o el art. 74.2 CP, relativo al delito masa, que se refiere a una “generalidad de personas”. Sin embargo, como señala GARCÍA RIVAS⁸⁸⁰, en estos casos el legislador viene refiriéndose a la pluralidad de personas desde la perspectiva de la víctima, y no del autor, lo que haría inoportuna la extrapolación de la jurisprudencia dictada al respecto al subtipo de organización formada por un “elevado número de personas”. Una fórmula legal posible a tomar como referente que podría salvar esa objeción por cuanto sí se refiere al sujeto activo del delito, y no a la víctima, sería la del “abuso de superioridad” del art. 22.2º CP, en tanto que la misma es traducible, entre otros factores, según la jurisprudencia en la existencia de una superioridad cuantitativa del sujeto activo frente al sujeto pasivo, que dificulte las posibilidades de defensa de éste último. Sin embargo, el contexto a aplicar difiere del que nos ocupa, donde ya de entrada ha de concurrir una pluralidad de sujetos para la aplicación del tipo, por lo que no resulta conveniente trasladar la doctrina y jurisprudencia sobre esa agravación al art. 570 ter.2.CP.

A nuestro juicio, y, en línea con lo señalado *supra*, la evaluación de que concurre un elevado número de miembros dependerá de cuáles sean las circunstancias concurrentes en el caso concreto, debiendo, por tanto, abandonarse criterios apriorísticos. Habrán de ser los jueces los que, teniendo como referencia la complejidad de la actividad delictiva objeto del grupo criminal, estimen si en el caso concreto el grupo criminal se conforma o no por un elevado número de personas, que aumente la

⁸⁷⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570bis”, *op. cit.*, pág. 565.

⁸⁷⁸ El art. 416 del Código penal italiano, relativo al tipo de asociación para delinquir, establece que la pena del tipo básico “è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più”. Esta circunstancia agravante no se prevé, sin embargo, en relación al tipo de asociación de tipo mafioso del art. 416 bis CP. La causa de ello seguramente radique en que estas agrupaciones ya se caracterizan por ostentar un elevado número de miembros. Pasaría así lo que, según nosotros, sucede en relación a las organizaciones criminales de nuestro art. 570 bis CP, para las que abogamos por la supresión de la cualificación por elevado número de miembros, habida cuenta de que entendemos que ya es una característica innata al concepto de organización criminal.

⁸⁷⁹ ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 800. No obstante el autor añade que, dentro de tales criterios cuantitativos, el subtipo ha de quedar reservado “para los supuestos que excedan del natural para la comisión de delitos” así como para “los de imposibilidad de concreción dentro de unos parámetros altos”.

⁸⁸⁰ GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 514.

peligrosidad del grupo para los bienes jurídicos afectados por los delitos-fin y, en su caso, por los delitos instrumentales.

4.2.2. Disposición de “armas o instrumentos peligrosos”

La segunda circunstancia agravante de la pena de los tipos básicos prevista en el apartado segundo de los arts. 570 bis y 570 ter CP consiste en que la organización criminal o el grupo criminal “disponga de armas o instrumentos peligrosos”. Al igual que sucediera con las organizaciones y grupos criminales formados por un elevado número de personas, el legislador entiende que la disposición de armas o instrumentos peligrosos por estas agrupaciones criminales las hace especialmente peligrosas. El desvalor de acción de las conductas típicas de constituir, participar o colaborar aumenta así por la especial peligrosidad de la organización o grupo criminal a que las mismas van referidas en atención a su carácter armado. Nótese, sin embargo, que no es ésta una suposición nueva del legislador, pues ya antes, en el apartado 2º del art. 515 -suprimido por LO 5/2010, de 22 de junio -, se preveía una modalidad agravada de asociación ilícita por su carácter “armado”: la denominada “banda armada”. También encontramos circunstancias agravantes similares en Italia, cuyo art. 416 CP, relativo al tipo de asociación para delinquir, dispone el aumento de las penas de los sujetos activos en el caso en que los asociados se desplazaran llevando consigo armas⁸⁸¹. Aunque, en puridad, más parecida a la circunstancia agravante que nos ocupa es la prevista en el art. 416 bis del Código penal italiano en relación al tipo de asociación de tipo mafioso, que contempla un aumento de las penas cuando la asociación esté armada, traduciendo tal circunstancia en que los asociados tengan la disponibilidad de armas o materiales explosivos para la consecución de la finalidad de la asociación⁸⁸².

Como sucedía en el subtipo agravado anterior, también en éste resulta en cierto modo problemática su previsión en relación a la figura de las organizaciones criminales en el art. 570 bis.2.b CP. Habida cuenta de la mayor complejidad estructural de estas agrupaciones, conectada con su contenido de injusto específico, referido a la amenaza a la calidad democrática de los países, y al correcto funcionamiento de los mercados e instituciones, lo habitual será que las mismas dispongan de armas o instrumentos

⁸⁸¹ Dispone, a este respecto, el art. 416 CP italiano que: “Si los asociados llevan consigo en su desplazamiento por zonas rurales o por la vía pública, se aplica la reclusión de cinco a quince años”. Señala TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pp. 1143, 1144, 1146 y 1147, que esta circunstancia es de naturaleza objetiva, por lo que se aplica a todos los asociados aunque no hagan particularmente uso de las armas, siendo suficiente con que algunos de ellos lleven las armas. El fundamento de la agravación radicaría -afirma -en el efecto de alarma social que tiene la movilidad de los integrantes de un sitio a otros con las armas.

⁸⁸² El art. 416 bis CP determina en sus párrafos 4 y 5 que: “Si la asociación está armada se aplica la pena de reclusión de cuatro a diez años en el caso previsto en el primer párrafo” -esto es, en relación a la conducta de “formar parte” - “y de cinco a quince años en los casos previstos en el segundo párrafo” -en el caso de quienes promuevan, dirijan u organicen la asociación -. “La asociación se considera armada cuando los participantes tienen la disponibilidad, para la consecución de la finalidad de la asociación, de armas o materiales explosivos, aun si están ocultos o guardados en un lugar de depósito”.

peligrosos. Si pensamos en las grandes organizaciones criminales clásicas italianas - la Camorra, la Cosa Nostra o la Ndraguetta - o de otros países -los Cárteles mexicanos -, es común a todas ellas esta característica. Por otra parte, los “mecanismos mafiosos” que caracterizan la actuación de las organizaciones criminales, presuponen un uso, al menos potencial, de la violencia. Nótese que si la sola intimidación no resulta eficaz en algunos casos para corromper a funcionarios o empresarios, el recurso subsidiario a emplear será necesariamente la violencia. La violencia habrá de poder ejercerse, además, no sólo en relación a sujetos externos a la organización criminal, sino también al interior de la agrupación, como medio para asegurar el efectivo cumplimiento de su normativa interna por parte de sus integrantes⁸⁸³. Abogamos por ello *de lege ferenda*, por incluir la disposición -que no efectiva utilización - de armas o instrumentos peligrosos como una característica ya inherente al concepto mismo de organización criminal, y, con la consecuente supresión del art. 570 bis.2.b CP, reduciendo así la previsión de esta circunstancia como agravante al ámbito del delito de grupo criminal.

Aclarado ello, insta a continuación interpretar el significado de la disposición de armas o instrumentos peligrosos por parte de la agrupación. A este respecto, si en relación a la agravante anterior reclamábamos de cara a su aplicación una relación de causalidad entre la concurrencia del elevado número de personas en la agrupación y la mayor eficacia en su actividad criminal, y, por ende, peligrosidad de la institución delictiva, en ésta no podía ser menos. En consecuencia, no parece procedente aplicar el subtipo cuando las armas o instrumentos peligrosos, siendo propiedad exclusiva de cierto o ciertos miembros o colaboradores de la agrupación, no puedan utilizarse por la mayoría de integrantes, así como cuando en general las armas o instrumentos peligrosos no se destinen de forma sustancial a su objeto delictivo, pues no concurriría en estos casos una mayor peligrosidad de la agrupación criminal respecto de la agrupación del tipo básico, que haga aplicable el subtipo en cuestión. El primer aspecto resulta claro, además, a la vista del propio tenor literal de la ley, que establece en los arts. 570 bis.2.b y 570 ter.2.b CP como sujeto del verbo “disponer” a la organización y al grupo criminal mismos, respectivamente, de lo que se desprende, como establece GARCÍA ALBERO, que “las armas y los instrumentos han de estar a disposición de cualquier miembro del grupo”, o, al menos “de aquellos que conforme a la división de trabajo propia asuman la ejecución directa de los delitos”⁸⁸⁴. No obstante, no se requiere para la aplicación del

⁸⁸³De esta opinión también CANCIO MELIÁ, M., “El “caso ‘Manos Blancas’: Problemas de imputación en contextos de organización criminal” a la luz del derecho penal español”, *op. cit.*, pp. 314 y 315: “si se piensa en las organizaciones criminales de la realidad criminológica [...] es consustancial a ellas el uso, *ad intra* o *ad extra*, de la *violencia*”, que aboga por ello por que la disposición de armas o instrumentos peligrosos sea ya un elemento del propio concepto de organización criminal.

⁸⁸⁴GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2163. De esta opinión es la unanimidad de la doctrina que ha abordado hasta el momento el tema, pudiendo citarse al respecto a FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 26 (“obviamente no es suficiente con que alguno de sus miembros posea armas o instrumentos peligrosos, pues la agravación no se refiere a uno o varios de los miembros, sino a la organización en sí misma, por lo que los objetos mencionados deben estar a disposición o en posesión de los integrantes de la organización, que pueden utilizarlos en cualquier

subtipo la efectiva utilización de las armas o instrumentos peligrosos por los integrantes de la agrupación, siendo suficiente con la prueba de que la organización o el grupo criminal dispone de los mismos de cara a la consecución de su objeto delictivo. A este respecto, puede traerse a colación la STS 454/2015, de 10 de julio, que reclama, de cara a la aplicación del subtipo, que “el uso de las armas o instrumentos peligrosos sea parte indiscutible del *modus operandi* [...], formando parte de la infraestructura que el grupo utilice para su cometido”⁸⁸⁵. Estos delitos podrían ser tanto los delitos-fin como los delitos instrumentales, siempre que éstos últimos no sean de comisión ocasional en el seno de la agrupación, sino que formen parte, dada su carácter esencial para el mantenimiento de la organización o grupo criminal, de la dinámica habitual de actuación de la agrupación.

Aclarados estos requerimientos para la aplicación del subtipo, queda por discernir qué ha de entenderse por “armas o instrumentos peligrosos” a falta de una interpretación auténtica del término por parte del legislador. Nos facilita esta labor el hecho de que dicha fórmula legal se emplee de forma reiterada a lo largo del Código Penal, existiendo una abundante jurisprudencia y doctrina al respecto⁸⁸⁶. Así, encontramos la fórmula en múltiples tipos cualificados de la Parte Especial como el de lesiones del art. 148.1º CP, amenazas leves del art. 171.5, en relación con el art. 173.2 CP, maltrato físico o psicológico del art. 173.2.II CP, robo con violencia o intimidación en las personas del art. 242.3 CP o tráfico de drogas del art. 369.1.8º CP, por citar algunos ejemplos⁸⁸⁷.

momento en ejecución de los fines propios de la organización”), y GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 514. También la FGE aboga por esta interpretación en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 18 y 19 (“no deberá confundirse la posesión de armas o instrumentos por algún integrante de la organización con la adquisición y/o disposición de tales medios por parte de la organización misma y su facilitación a sus integrantes para la ejecución de los fines criminales que le son propios, que es el fundamento de la cualificación”).

⁸⁸⁵ STS 454/2015 de 10 julio, FJ Décimo, añadiendo a continuación que ésta es la interpretación “más respetuosa con el sentido literal y teleológico del tipo y la más beneficiosa para el reo”. También parecen sostener esta interpretación, requiriendo el empleo de las armas o instrumentos peligrosos en la perpetración de los delitos-fin, la Fiscalía General del Estado al afirmar que el fundamento de la agravación reside en “el peligro que para la vida o la integridad física de las personas significa la utilización de armas o medios peligrosos en la comisión de los delitos planificados por la organización” (Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 18), y autores como GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2164 (“la *ratio* agravatoria gravita [...] sobre el peligro que comporta la disposición y uso sistemático de tales medios”).

⁸⁸⁶ Proponen acudir a esta jurisprudencia de cara a interpretar el significado de “armas o instrumentos peligrosos” del subtipo que nos ocupa, GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2163, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 514, y ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 800.

⁸⁸⁷ Otros tipos que pueden citarse en los que se contiene la fórmula “armas o instrumentos peligrosos”, o variaciones semejantes como “armas u otros instrumentos peligrosos” o “armas u otros medios igualmente peligrosos” son el tipo cualificado de agresiones sexuales del art. 180.1.5º CP, el delito de tentativa de penetración en las sedes del Congreso de los diputados, del Senado o de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma para presentar en persona o colectivamente peticiones a los mismos del art. 495 CP, y el delito de reuniones o manifestaciones ilícitas, en el art. 514.2 CP. También encontramos la fórmula en el concepto de reuniones o manifestaciones ilícitas del art. 513.2º CP. El

En lo que respecta concretamente al término “armas”, la jurisprudencia, la doctrina y la Fiscalía General del Estado⁸⁸⁸ vienen tradicionalmente tomando como referentes el Reglamento de Armas aprobado por RD 137/1993, de 29 de Enero, que, si bien no contiene un concepto de “arma”, sí establece diversas clasificaciones de las mismas, y, sobre todo, la trascendental STC 24/2004, de 24 de febrero, que realiza una interpretación restrictiva del término “armas” de cara a la aplicación del delito de tenencia de armas del art. 563 CP, exigiendo a este respecto, entre otros, que se trate de armas desde un punto de vista material, que las mismas posean una “especial potencialidad lesiva”, y que su tenencia “se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador”⁸⁸⁹. De acuerdo con estos lineamientos, el Tribunal Supremo ha concluido en variados pronunciamientos, entre los que puede citarse la STS 670/2005, de 27 de mayo, que las pistolas simuladas y de aire comprimido no constituyen “arma” a efectos penales por faltar en ellas el requisito de ser materialmente armas, así como el de ostentar una “especial potencialidad lesiva”⁸⁹⁰. Por este segundo requerimiento, también quedarían fuera del término según la mentada sentencia las

término “armas” aparece además en otros tipos como el tipo cualificado de rebelión del art. 473.2 CP o en los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas de los arts. 563 y ss. CP.

⁸⁸⁸ La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 18, se remite a lo dispuesto por la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, que, en relación al término “armas” del subtipo del art. 369.1.8º CP, dispone que (pág. 10): “No existiendo un concepto legal de “arma” en el Código Penal, deben perfilarse sus contornos, en orden a la aplicación de este subtipo, conforme a las pautas exegéticas propias del ordenamiento penal. A estos efectos resulta obligada la referencia al Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/1993, de 29 de Enero, que si bien no facilita un concepto de lo que debe entenderse por armas, si establece una relación y clasificación de las mismas, que no obstante debe ser matizada, en los términos fijados por la STC 24/2004 de 24 de Febrero, en el sentido de no considerar como tales aquellos instrumentos u objetos, que materialmente no sean armas, aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida”.

⁸⁸⁹ También se exige que “su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de Ley o por el reglamento al que la Ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de Armas (RCL 1993, 788, 1267) mediante una Orden Ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de Ley que rige en material penal”. Véase el FJ Octavo de la STC 24/2004, de 24 de febrero, en el que, además, se concluye que: “A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de Ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución”. Y es que, según el Tribunal Constitucional, de no llevarse a cabo esta interpretación restrictiva, se infringiría el principio de reserva de ley (orgánica), al contenerse el núcleo de la conducta típica del tipo del art. 563 CP en una norma extrapenal sin el rango de ley orgánica: el Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/1993, de 29 de Enero.

⁸⁹⁰ También así, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 564, que, de cara a la aplicación del subtipo cualificado que nos ocupa, señala que por “armas” hay que entender auténticas armas, sean de fuego o blancas, quedando extramuros del concepto las imitaciones.

pistolas que, aún siendo auténticas armas de fuego, no resulten aptas para el disparo⁸⁹¹. No obstante, como veremos, estas pistolas podrían considerarse, como veremos “infra” “instrumentos peligrosos” si se entiende que por los materiales de fabricación de las mismas su utilización pueden constituir un peligro para la vida o integridad física de las personas.

Algunos autores no se contentan, sin embargo, con esta interpretación restrictiva de “arma”, requiriendo, por el contrario, una mayor restricción del concepto en los subtipos agravados de organizaciones y grupos criminales. Tal es el caso concretamente de FARALDO CABANA⁸⁹², que defiende una interpretación aún más restrictiva de “arma” en este ámbito, que limite el concepto a las armas de fuego y sustancias o aparatos explosivos o inflamables. La interpretación de esta autora parece basarse en la tradicional exégesis que jurisprudencia y doctrina⁸⁹³ venían realizando del anterior término “banda armada” del hoy inexistente apartado 2º del art. 515 CP como asociación ilícita que – transcribiendo la famosa STS 2/1998, de 29 de julio, sobre el caso GAL – “utilice en esa actuación delictiva armamento, entendiendo por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes, que son aquellos cuyo uso repetido, o especialmente intenso en una sola ocasión, puede causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana”⁸⁹⁴. Si bien las armas blancas quedarían extramuros del término “armas” según esta concepción “ultra-restrictiva” del concepto, su disposición por parte de la organización o del grupo criminal sí daría lugar a la aplicación del subtipo agravado según FARALDO CABANA⁸⁹⁵, pues entrarían dentro del concepto de “instrumento peligroso”, por lo que a efectos de la aplicación del subtipo que nos ocupa no habría diferencias entre una y otra interpretación del concepto de “arma”.No

⁸⁹¹ STS 670/2005, de 27 mayo, FJ Primero, en relación al subtipo agravado de robo con violencia o intimidación en las personas del art. 242.2 CP: “la doctrina sólidamente asentada de esta Sala ha establecido la exclusión del subtipo agravado incluso cuando la pistola utilizada, aún siendo una auténtica arma de fuego, no es apta para el disparo, con lo que, consecuentemente, se excluye también la aplicación del precepto agravatorio por la eventual perturbación emocional que pudiera sufrir la víctima ante la amenaza de un arma de fuego auténtica de la que el sujeto pasivo ignora que no pueda disparar, de suerte que, en estos casos, la aplicación del art. 242.2 CP sólo sería posible si se considera que el arma constituye un objeto peligroso por su carácter de objeto contundente en virtud del material con el que ha sido fabricada”.

⁸⁹² FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 27.

⁸⁹³ Así, por ejemplo, VIVES ANTÓN, T.S., y CARBONELL MATEU, J.C., “Delitos contra la Constitución”, en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1004, que, en relación a la figura entonces existente de “banda armada”, establecían: “Por lo que respecta al calificativo de <<armadas>>, [...] es preciso ceñirse [...] a las armas en sentido propio (objetos especialmente destinados al ataque y a la defensa) y aún recortarlo, dada la especial gravedad del hecho desde el punto de vista de la seguridad interior, a aquellas armas que, desde la perspectiva del bien jurídico, revistan una especial significación, esto es, a las armas de fuego, sean de guerra o de defensa y a las sustancias o aparatos explosivos o inflamables”.

⁸⁹⁴ STS 2/1998, de 29 de julio (caso GAL), FJ Decimoquinto.

⁸⁹⁵ FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 28.

obstante, personalmente somos partidarios de entender “arma” de acuerdo con la primera interpretación mencionada, esto es, incluyendo en el término, junto a las armas de fuego, a las armas blancas. Si el legislador empleó un concepto reiteradamente utilizado a lo largo del Código Penal como es el de “armas o instrumentos peligrosos”, y no el de “organización armada” o “grupo armado”, seguramente fue con la intención de que se interpretase sistemáticamente ese término de la manera que viene haciéndose en los muchos subtipos agravados de la Parte Especial por disposición o utilización de “armas o instrumentos peligrosos”. Por otra parte, la interpretación que, a continuación veremos, que hace esta autora de “instrumento peligroso” como necesariamente arma material que no sea de fuego supone obviar la interpretación que unánimemente tanto doctrina y jurisprudencia vienen haciendo desde tiempo ha del término como objeto – y no propiamente arma - “susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor y crear un riesgo para el asaltado, menguando o disminuyendo su capacidad de oposición y defensa”⁸⁹⁶. Entendemos, por tanto, que ha de realizarse una interpretación sistemática de “arma” conforme con la que se realiza del término en el resto de subtipos agravados de la Parte Especial⁸⁹⁷.

En cuanto a la interpretación de “instrumentos peligrosos”, como ya hemos adelantado, puede utilizarse, igual que se hizo con “armas”, la abundante jurisprudencia dictada en relación a cualquiera de los mentados tipos cualificados de la Parte Especial⁸⁹⁸, siendo especialmente numerosas las sentencias sobre el particular en relación a los subtipos de lesiones del art. 148.1º CP y robo con violencia o intimidación en las personas del art. 242.2 CP. De acuerdo con la citada jurisprudencia se entiende por “medio o instrumento peligroso” “aquel que aumenta la capacidad agresiva del autor y crea, a la vez, el peligro de lesiones no irrelevantes para la víctima”⁸⁹⁹, habiéndose calificado como tal a tenor de la definición objetos como garrotes, palos, estacas o escopetas de cañones recortados sin munición. Habrá de atenderse, en

⁸⁹⁶SAP Barcelona 725/2008 de 1 octubre, FJ Cuarto, con cita de las SSTS 5 de octubre de 1994, 8 de junio de 1992, y 26 de junio de 1990.

⁸⁹⁷ De esta opinión es la doctrina mayoritaria, entre la que puede citarse a GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2163 (en referencia al término del subtipo “armas”, y, por ende al de “instrumentos peligrosos”, establece: “ambos conceptos han sido objeto de importante recreación jurisprudencial (tanto en el ámbito del tipo cualificado de robo, como en otros), que resulta sin duda de aplicación al caso”), GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 514, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 565, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 965, y la propia Fiscalía General del Estado (Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 18), que, como vimos, se remite al entendimiento tradicional de “arma” en el subtipo agravado de tráfico de drogas.

⁸⁹⁸ Así lo propone la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 18: “La mención a otros instrumentos peligrosos se refiere a objetos que implican un peligro para la vida o integridad física de las personas (puños americanos, bates de béisbol...) y también se pueden incluir sustancias peligrosas, existiendo una amplia doctrina jurisprudencial respecto a qué debe considerarse instrumento peligroso a efectos penales, que ha de ser tenida en cuenta en la integración de este concepto”.

⁸⁹⁹SAP Barcelona 725/2008, de 1 octubre, FJ Cuarto, con cita de las SSTS de 26 junio 1990 y 8 de junio 1992.

consecuencia, en cada caso particular a las características del objeto en cuestión, habiendo prestado hasta el momento los tribunales especial atención a los materiales de fabricación, a este respecto. Así, la STS 670/2005 de 27 mayo establece que serán considerados “peligrosos” a efectos del subtipo de robo del art. 242.2 CP -y, por ende - se entiende - en el resto de subtipos agravados por esta circunstancia, como el que aquí nos ocupa – los objetos fabricados por “materiales compactos y duros que, utilizados a modo de maza, sean idóneos para producir [...] efectivos daños a la vida o a la integridad” física de la víctima⁹⁰⁰, negando, en consecuencia con ello, tal calificación a una pistola de aire comprimido por ser de plástico, además de por ser la fuerza del aire comprimido escasa para la hipótesis de que se empleara como proyectil una bola de plomo o material consistente distinto al plástico.

La interpretación restrictiva que propone FARALDO CABANA de “instrumento peligroso” como arma material que no sea de fuego, en consonancia con su interpretación también restrictiva de “arma” como arma necesariamente de fuego, obviando, por tanto, la abundante jurisprudencia sobre el concepto, nos parece, como adelantamos, excesiva y forzada. Tampoco compartimos, en principio, la crítica de la magistrada LUZÓN CÁNOVAS sobre la inclusión de los “instrumentos peligrosos” en el subtipo porque -en sus palabras - “amplía excesivamente el subtipo”⁹⁰¹. Personalmente, no consideramos desafortunada la elevación de la pena a su mitad superior cuando la organización o grupo criminal disponga de instrumentos peligrosos, siempre y cuando, claro está, se exija como adelantamos supra, que dichos instrumentos estén integrados de forma sustancial en el funcionamiento y dinámica comisiva de la agrupación, pues ello supone una mayor peligrosidad *ex ante* de la misma, que es el fundamento de la agravación. La disposición de objetos como bates, mazas o garrotes por una organización o grupo criminal como instrumentos destinados a la consecución del objeto delictivo o a la facilitación de la misma incrementan, desde luego, la potencialidad lesiva de la agrupación delictiva.

Aclarados los conceptos de “armas” e “instrumento peligrosos”, quedaría por resolver la cuestión atinente al *número* requerido de las mismas de cara a la aplicación de los arts. 570 bis.2.b y 570 ter.2.b CP habida cuenta de que se citan en plural ambos términos. Pues bien, en relación a la anterior figura de “banda armada” del hoy derogado apartado 2º del art. 515 CP, VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU⁹⁰² venían proponiendo de cara a determinar el número mínimo de armas requeridas atender a la regulación del delito de depósito de armas. Hoy FARALDO CABANA⁹⁰³ traslada ese criterio al subtipo agravado que nos ocupa. Si atendemos a la regulación del depósito contenida en los arts. 566 y ss. CP, vemos que el legislador establece una

⁹⁰⁰STS 670/2005 de 27 mayo, FJ Primero.

⁹⁰¹ LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *op. cit.*

⁹⁰² VIVES ANTÓN, T.S., y CARBONELL MATEU, J.C., “Delitos contra la Constitución”, *op. cit.*, pág. 1004.

⁹⁰³ FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 28.

diferenciación a este respecto en función del tipo de arma objeto del depósito, de forma que si se trata de armas de fuego reglamentadas se habla de “depósito” *ex art. 567.4 CP* cuando se produzca la reunión de al menos cinco armas, “aun cuando se hallen en piezas desmontadas”⁹⁰⁴, mientras que si son armas de guerra, químicas o biológicas no se establece un número mínimo en el art. 567.1 CP. No obstante, atendiendo a la circunstancia de que el legislador considera, en el caso de estas últimas modalidades de armas, la mera “tenencia de cualquiera” de ellas como depósito⁹⁰⁵, los tribunales han deducido que basta una sola arma de este tipo para aplicar el delito⁹⁰⁶. A nuestro juicio, sin embargo, no tiene mucho sentido trasladar al ámbito de la criminalidad organizada la regulación y jurisprudencia atinente al delito de depósito. Aplicar las citadas cifras mínimas sin consideración a las características concretas de la agrupación criminal que dispone de ellas puede dar lugar a resultados injustos. Es, por tanto, preferible en nuestra opinión requerir la existencia de un número importante de armas o instrumentos peligrosos en proporción al número de integrantes, volumen y estructura de la agrupación criminal en cuestión, del que se pueda extraer que dichos objetos forman parte sustancial de la dinámica de actuación de la organización y grupo criminal, fortaleciendo la agrupación de cara a la consecución exitosa de su objetivo criminal.

4.2.3. Disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte

No ha de extrañar la previsión de esta circunstancia agravante si se tiene en cuenta la constante preocupación que han manifestado las instancias supranacionales en relación al aprovechamiento del desarrollo tecnológico por parte de las organizaciones criminales⁹⁰⁷. Reflejo de esta alarma son, por ejemplo, algunas de las declaraciones

⁹⁰⁴ Así también lo señala la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, la STS 1030/2005, de 26 de septiembre, FJ Primero.

⁹⁰⁵ Art. 567.1 CP: “Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o de municiones en racimo la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas”.

⁹⁰⁶ STS 2270/2001, de 1 abril, FJ Primero: “Dado el carácter de arma de guerra del subfusil «Uzi» poseído por José P., la detentación de dicha arma integraba depósito de armas de guerra, con arreglo a lo establecido en el art. 567.1º del CP/1995, que considera que constituye tal delito la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas. Es obvio que en el nuevo Código, una sola arma de guerra constituye depósito, modificándose por tanto el criterio del Código anterior que exigía la reunión de tres armas para alcanzar el depósito, aunque se reputase constitutivo de depósito la tenencia de una sola armas, tratándose de ametralladoras, pistolas y fusiles ametralladores y bombas de mano”.

⁹⁰⁷ Así, FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 31: “la previsión de esta circunstancia agravante también responde a la constatación de que en determinadas formas de crimen organizado, como el tráfico de drogas, en el que España es prácticamente una potencia mundial, la tecnología juega un papel clave a la hora de proporcionar tanto equipos especiales de producción, como comunicación anónima a través de internet, transferencias electrónicas de dinero, etc., que dificultan el control estatal”. Alerta también de la estrecha y preocupante conexión entre criminalidad organizada y el desarrollo tecnológico, si bien de forma abstracta, MILITELLO, V., “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R., *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, pág. 183: “el ciberespacio ofrece nuevas posibilidades de comunicación entre las

contenidas en la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, alertando sobre “la existencia de ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada”⁹⁰⁸, o en el SOCTA, informe sobre la situación de la criminalidad organizada en la Unión Europea elaborado por la Europol, del año 2009, en el que se señalaba la tecnología como factor clave en el éxito de muchas operaciones de narcotráfico llevadas a cabo en Europa, al facilitar a los delincuentes equipos especiales de producción de la droga, medios de comunicación encriptados, transferencias monetarias electrónicas, así como el poder comerciar online con las sustancias⁹⁰⁹. El último SOCTA publicado, correspondiente al año 2017, viene a afirmar con más rotundidad todavía la existencia de esos vínculos entre criminalidad organizada y tecnología, revelando que la primera “adopta e integra de manera constante las nuevas tecnologías en su funcionamiento”, destacando a este respecto “la expansión del comercio en línea y la amplia disponibilidad de canales de comunicación cifrados” por parte de la misma, y señalando, en sus recomendaciones, como prioridad de la Unión Europea de cara a luchar contra el fenómeno el prestar una especial atención a la ciberdelincuencia⁹¹⁰. El legislador nacional de 2010 no ha sido indiferente a estas repetidas advertencias supranacionales sobre la peligrosidad que entraña el uso de las tecnologías en la criminalidad organizada, previendo, como vemos, tal circunstancia como factor agravante de la responsabilidad penal de los integrantes y colaboradores de organizaciones y grupo criminales⁹¹¹. Por si eso no fuera suficiente, también contempla

organizaciones criminales [...] Esta posibilidad es aún más llamativa debido al hecho de que se pueden efectuar estas comunicaciones a través de formas cifradas que garanticen la información y anulen el riesgo de que sea interceptada por los investigadores [...] Además, y respecto al tema específico del blanqueo, se abren nuevas posibilidades de actuación. Las nuevas tecnologías facilitan, de hecho, la ocultación de los efectos provenientes del delito especialmente a través de la transferencia electrónica de fondos”.

⁹⁰⁸ Segundo considerando de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, en el que además se señala que: “crece la inquietud ante la posibilidad de ataques terroristas contra sistemas de información que forman parte de las infraestructuras vitales de los Estados miembros”, concluyéndose que todo ello “pone en peligro la realización de una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y por tanto exige una respuesta por parte de la Unión Europea”.

⁹⁰⁹ EU Organised Crime Threat Assessment 2009, SOCTA, pág. 20: “Technology is a key facilitating factor in drug trafficking. Special equipment for production, anonymous internet communication, electronic money transfers, online trade challenge both international and national anti-drug policies and control mechanisms. Industrial development allows for the production of new, as yet uncontrolled substances or for the camouflage of more traditional substances”

⁹¹⁰ Información extraída de <http://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/informe-sobre-evaluaci%C3%B3n-amenaza-criminalidad-grave-delincuencia-organizada> (fecha de última consulta: abril de 2018)

⁹¹¹ Ha llamado la atención que tal agravación no se prevea, sin embargo, en ninguno de los dos textos internacionales que establecen la obligación de los Estados partes de tipificar la participación activa en un “grupo delictivo organizado” u “organización delictiva”, esto es, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 y la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008. En su momento MILITELLO, V., “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada”, *op. cit.*, pág. 182, alertaba sobre dicha ausencia en los arts. 5 y 6 de la Convención de Palermo, relativos a las conductas de participación en un “grupo delictivo organizado” y de blanqueo, añadiendo que: “no queda más remedio que pensar que respecto a la delicada relación entre uso ilícito de las tecnologías informáticas y libertad de expresión y circulación de la información a escala

en delitos relacionados con el empleo de las nuevas tecnologías, como los daños informáticos⁹¹², o los tipos relativos a la propiedad intelectual e industrial⁹¹³, agravaciones por la pertenencia a una organización o asociación delictiva, con lo que las relaciones concursales y los problemas relativos al non bis in ídem no se van a hacer esperar⁹¹⁴.

Pero, yendo a lo que nos ocupa, ¿cómo han de interpretarse los términos “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”? A este respecto, el adjetivo “avanzado”, en cuanto concepto jurídico indeterminado, ha acaparado la mayor atención de la doctrina, siendo, además, criticado por algún autor como VIDALES RODRÍGUEZ por la tensión que suscita en relación con las exigencias derivadas del principio de taxatividad⁹¹⁵. Lo primero en lo que se ha hecho hincapié, con acierto, es en la mutabilidad de la valoración de “avanzado”, en el sentido de que lo que hoy es considerado como tal tecnológicamente hablando, dejará de serlo obviamente dentro de cinco años, o incluso de mucho menos, dado el rápido avance que experimenta en la actualidad el sector tecnológico. Insta, por tanto, que los jueces de cara a valorar si el acusado de que se trate participó o colaboró con una organización o grupo criminal tecnológicamente “avanzado” atiendan al momento de comisión de los hechos, comparando los aparatos en cuestión con el nivel de la ciencia y tecnología existente entonces⁹¹⁶.

mundial [...] no existe todavía la suficiente homogeneidad entre los diversos Estados miembros de las Naciones Unidas sobre dónde se encuentra el punto de equilibrio que pueden aceptar”. De esta manera, el autor busca la explicación a la ausencia de referencias sobre el uso de nuevas tecnologías en la citada convención de Naciones Unidas en la falta de acuerdos entre los Estados al respecto. Quizás no le falte razón al autor en su hipótesis si examinamos el informe del Consejo de Europa sobre la situación del crimen organizado correspondiente al año 2004, en el que se afirma (pág. 170) que los datos concernientes a la conexión entre delincuencia organizada y cibercrimen son escasos, y no permiten un análisis fiable de la cuestión. Como causas de esta escasez de datos el Consejo (pp. 170 y 171) apuntaba a la atribución de la investigación de sendos temas a órganos diversos, sin interrelación entre sí, así como al hecho de que la mayoría de cibercriminales son sujetos que operan individualmente, como se pone de relieve especialmente -afirmaba -en los ataques informáticos a la CIA, como el “hacking” o la introducción de virus diversos. Véase <https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Organised%20Crime%20Situation%20Report%202004.pdf> (fecha de última consulta: mayo de 2018).

⁹¹²Art. 264 CP: 1.El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años. 2. Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal”.

⁹¹³ Véanse los arts. 271.c y 276.c CP.

⁹¹⁴ Advierte de ello FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 30.

⁹¹⁵ VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 160.

⁹¹⁶ De esta opinión, VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pág. 11 y VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 160, que, en relación a “avanzado”, afirma: “se trata

Aclarado esto, lo siguiente es concretar qué relación ha de existir entre el estado de desarrollo tecnológico de la sociedad al momento de comisión de los hechos y el nivel de “avanzado” de los medios tecnológicos de comunicación o transporte de que dispone la agrupación criminal, o, dicho de otro modo: ¿basta que el nivel tecnológico de tales medios sea el común, esto es, el nivel tecnológico habitual atendiendo a la media, o ha de superar ésta? La doctrina⁹¹⁷ y los tribunales⁹¹⁸ parecen estar de acuerdo en este punto en exigir una interpretación restrictiva de “avanzado” restringiendo el ámbito de aplicación del subtipo a “los casos en que la organización dispone de medios de comunicación o transporte que no están al alcance de cualquier persona”⁹¹⁹ por su carácter especialmente “novedoso” o “innovador”⁹²⁰, su precio y/o “su difícil adquisición en el mercado”⁹²¹. De esta forma, quedarían con acierto fuera del ámbito de aplicación del subtipo agravado, siéndole de aplicación el tipo básico correspondiente de organización o grupo criminal, la participación en o la colaboración con organizaciones o grupos criminales que se sirvan en su actividad de teléfonos móviles, ordenadores, o GPS, en lo que respecta a los “medios de comunicación”⁹²², o de vehículos como coches o ciclomotores, en lo que hace a los “medios de transporte”⁹²³.

de un elemento cognoscitivo pendiente de valoración que, lógicamente, dependerá del estado en que se encuentre la tecnología en el momento de los hechos”.

⁹¹⁷ Puede citarse a VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pág. 11 (“seríamos partidarios de que la interpretación de esta circunstancia se vincule al abuso y proliferación en el uso de tecnologías de comunicación muy novedosas de uso no cotidiano y de difícil interceptación por parte del investigador, de las especialmente sofisticadas, de las económicamente no al alcance de todo el mundo, etc.”), FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 29, o VERA SÁNCHEZ, J.S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, en CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1720.

⁹¹⁸ Puede citarse como ejemplo la SAP de Pontevedra, de 12 de enero de 2015, o la STS 58/2016, de 4 febrero, que la ratifica.

⁹¹⁹ Así, FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 29.

⁹²⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados”, *op. cit.*, pp. 160-161: “parece preferible optar por un entendimiento restrictivo, que identifique <<avanzado>> con innovador, novedoso, vanguardista y, en consecuencia, que tales medios queden reservados a un restringido círculo de usuarios y no estén al alcance de la mayor parte de personas a diferencia de lo que ocurre con las ya no tan nuevas tecnologías”.

⁹²¹ Así, la SAP de Pontevedra, de 12 de enero de 2015: “este subtipo no alude a cualesquiera medios de comunicación o transporte, sino que exige que se trate de medios tecnológicos avanzados que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar, favorecer, la ejecución del delito o la impunidad de los delincuentes. Se trata por tanto de medios de comunicación o transporte que están fuera del alcance del hombre medio -tanto por su precio como por ser de difícil adquisición en el mercado”.

⁹²² Así expresamente, VERA SÁNCHEZ, J.S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1720: “Es necesario que la tecnología de un “plus” a la ejecución de las actividades de la organización por lo que se excluiría tecnología común como uso de ordenadores o teléfonos móviles”.

⁹²³ Véase, por ejemplo, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 966, que propone “excluir a aquellos (medios, se entiende) que son de fácil y usual acceso a cualquier ciudadano (ordenadores, gps, teléfonos móviles, automóviles, etc.)”

Como, con acierto, señala FARALDO CABANA⁹²⁴, tal interpretación restrictiva es necesaria si no se quiere alterar “la relación regla-excepción propia de los tipos básicos y agravados”, y es que, si considerásemos los medios supra relacionados como “avanzados” los tipos agravados se erigirían como los primeramente aplicables, quedando los tipos básicos como delitos residuales para el caso -poco común - de que la organización o grupo criminal no hiciera uso de medio tecnológico alguno propio del momento de ejecución de los hechos. Siguiendo esta interpretación, según la cual los medios avanzados han de ser aquéllos que están sólo a disposición de unos pocos, VELASCO NÚÑEZ se aventura a citar ejemplos de los mismos, afirmando que, en lo que hace a la comunicación, constituirían tales los “medios [...] que usen habitualmente sistemas de enmascaramiento, ocultación, esteganografía, encriptación y cifrado, la comunicación satelital independiente de empresas de telecomunicaciones oficiales, o el uso de escáner espías o de aparatos de interceptación ilegal de conversaciones ajenas”, y en lo que se refiere al uso de medios de transporte, aparatos que entrañen “conocimientos especiales para su pilotaje” o “altos costes de adquisición y mantenimiento”⁹²⁵. El también magistrado ROMA VALDÉS cita como ejemplos concretos de “medios avanzados de transporte” a los helicópteros, aviones o satélites de comunicaciones, dejando fuera del concepto a los vehículos comunes como los coches, aun cuando sean de alta gama⁹²⁶. Por su parte, GARCÍA ALBERO⁹²⁷, que, en esta línea excluye del concepto a los medios de transporte ordinarios, hace una coherente salvedad para el caso de que los mismos “hayan sido especialmente adaptados para la comisión de algún delito y la adaptación resulte compleja tecnológicamente hablando”, en cuyo caso sí serían considerados “avanzados”. Tanto este autor como LLOBET ANGLÍ⁹²⁸ niegan, por otra parte, el carácter de avanzado a las lanchas motoras fundamentando su decisión en el Acuerdo del Pleno del TS de 25 de noviembre de 2008 en relación a la aplicación del tipo agravado de tráfico de drogas de “extrema gravedad”, concretamente por la utilización de “buques”, del art. 370.3º CP⁹²⁹, que determinaba que debían quedar excluidas de este último término “las lanchas motoras, planeadoras para efectuar

⁹²⁴ FARALDO CABANA, P., “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *op. cit.*, pág. 29.

⁹²⁵ VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pág. 11.

⁹²⁶ ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 80.

⁹²⁷ GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2164.

⁹²⁸ LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 685.

⁹²⁹ Dispone actualmente el art. 370.3º CP que: “Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad. Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1”. Nótese que cuando fue dictado el Acuerdo del Pleno del TS de 25 de noviembre de 2008 la redacción del tipo se restringía en lo que aquí nos interesa a “buques o aeronaves”, incorporándose el término “embarcaciones” en 2010.

travesías de cierta entidad”⁹³⁰. No obstante, insta recordar que actualmente la utilización de tales lanchas en el tráfico de drogas sí podría dar lugar a la aplicación del tipo del art. 370.3º CP por cuanto el legislador a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el precepto junto a los términos “buques y aeronaves” el de “embarcaciones” precisamente para “incluir en la agravación otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrígidas”⁹³¹, hasta entonces excluidas del tipo por la aplicación restrictiva que los tribunales venían haciendo del término “buque”. Aun así, si atendemos a la jurisprudencia reciente, constatamos que la utilización de las lanchas semirrígidas por organizaciones o grupos criminales no lleva en principio a la aplicación del subtipo agravado que nos ocupa. Así sucede, por ejemplo, en la SAP de Pontevedra 13/2015, de 12 enero, confirmada por la STS 58/2016, de 4 febrero, que aplica el tipo básico de participación en grupo criminal a unos sujetos detenidos por tráfico de drogas, a los que se incautó, además de un “teléfono satelitario”, diversos terminales móviles, un teléfono, y un vehículo a motor Ford Focus, dos lanchas semirrígidas, por considerar que tales aparatos no merecen ser considerados “avanzados” *ex* art. 570 ter.2.c CP, al no entrañar su utilización por parte del grupo criminal un plus de peligrosidad respecto a la peligrosidad -valga la redundancia -propia del tipo básico⁹³².

El que un medio de comunicación o transporte revista el carácter de “avanzado” en la interpretación restrictiva seguida por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, y aquí avalada, no es, sin embargo, aún suficiente para que su disposición por la organización o el grupo criminal implique la agravación de la pena de los sujetos

⁹³⁰ Acuerdo del Pleno del TS de 25 de noviembre de 2008: “A los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de “buque”. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras para efectuar travesías de cierta entidad”.

⁹³¹ Véase la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado 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, pág. 1441, y el propio preámbulo de la LO 5/2010, apartado XXIV, en el que el legislador explica la introducción del término, arguyendo que: “se precisa más adecuadamente la agravante de buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término «embarcación» a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrígidas”.

⁹³² SAP de Pontevedra 13/2015, de 12 enero, FJ Décimo-sexto: “En el presente caso tampoco ha quedado probado que el grupo criminal dispusiese de la clase de medios que describe el tipo penal [...] dados los términos utilizados por el precepto para caracterizar a los medios de comunicación o transporte de que debe disponer el grupo para que se revele ese plus de peligrosidad de la ya “per se” peligrosa y grave criminalidad organizada -no en vano en el Preámbulo de la Ley 5/2010 se la considera como un fenómeno que atenta directamente contra la base misma de la democracia-”. Nótese, no obstante, que el tribunal emplea también otro argumento de tipo práctico para negar la aplicación del subtipo que nos ocupa, cual es que la utilización de lanchas ya se prevé en el tipo agravado de tráfico de drogas del art. 370.3º CP, desde la incorporación al mismo del término “embarcaciones”. Así, determina que en todo caso la estimación en el supuesto de autos del art. 570 ter.2.c CP daría lugar respecto de las embarcaciones a un concurso de normas entre ambos preceptos, que se resolvería *ex* art. 570 quáter.2.II CP, y, por remisión, art. 8.4º CP, con la inaplicación del tipo agravado del art. 570 ter.2.c CP, siendo la calificación final la del concurso de delitos entre el tipo básico de grupo criminal del art. 570 ter.1.b CP y el tipo cualificado de tráfico de drogas del art. 370.3º CP por uso de embarcaciones.

activos de las conductas típicas *ex art. 570 bis.2.c y 570 ter.2.c CP*⁹³³. Es necesario, además, y al igual que reclamábamos para el resto de subtipos agravados, que tal disposición redunde en una mayor peligrosidad de la agrupación criminal⁹³⁴. En este caso tal exigencia se reclama por la misma letra del subtipo, que exige que “tales medios -se entiende, los medios avanzados de transporte y comunicación - por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables”⁹³⁵. Para que ello ocurra, esto es, para que la disposición de esos medios avanzados suponga una mayor peligrosidad de la organización o del grupo criminal en relación a la organización o grupo criminal del tipo básico, es necesaria, a nuestro juicio, la concurrencia de dos circunstancias: en primer lugar, e igual que referíamos para el subtipo del apartado b, que los aparatos avanzados estén integrados de forma sustancial en la dinámica de funcionamiento de la agrupación, no siendo, por el contrario, suficiente con su disposición para un uso esporádico o muy ocasional; y, en segundo lugar, que dichos medios vayan más allá de los necesarios para la comisión de los delitos que persigue la agrupación en cuestión. En el primer aspecto ha hecho especial hincapié el magistrado VELASCO NÚÑEZ, al reclamar que la disposición de los medios tecnológicos *ex art. 570 bis.2.c y 570 ter.2.c CP* constituya un “elemento diferenciador acentuado en la dinámica comisiva y *modus operandi* de la organización”⁹³⁶. En lo que respecta a la segunda circunstancia, son varias las sentencias que han desestimado la aplicación del subtipo agravado en atención precisamente a que los medios de comunicación o transporte a disposición de la agrupación eran los que exigía la propia actividad criminal objeto del grupo u organización. Así, la antes citada STS 58/2016, de 4 febrero, condenaba a los acusados por el tipo básico de grupo criminal, y no por el agravado -en concurso, además, con el

⁹³³ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 176, se muestra muy crítico con esta agravación entendiéndolo que puede aplicarse automáticamente por ciertos tribunales: “El motivo es francamente insuficiente: porque [...] presupone indiscriminadamente que cualquier medio tecnológico de comunicación o transporte ya hace la organización más peligrosa (p. ej. tener un ciclomotor en la puerta ya sería un motivo de agravación)”. Nosotros pensamos, sin embargo, que tanto el adjetivo “avanzado” como la coletilla final “que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables” son diques de contención legales para evitar tales interpretaciones jurisprudenciales, por lo que avalamos en este sentido la redacción del subtipo.

⁹³⁴ Así, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 19: “no basta con probar la disponibilidad de buques, embarcaciones o aeronaves, entre otros medios de transporte, o de teléfonos -o medios de comunicación- satelitales, esto es, conectados directamente a un satélite de telecomunicaciones, redes de comunicación social, o cualquier otro medio avanzado de comunicación en función del estado y evolución de la técnica, para aplicar este subtipo sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables”. También en este sentido, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 685, que requiere un “incremento del potencial lesivo de la organización”.

⁹³⁵ No cabe, por tanto, una aplicación automática del subtipo por el sólo hecho de que la agrupación disponga de medios tecnológicamente avanzados de comunicación o transporte si ello no supone una mayor peligrosidad de la misma por facilitar la comisión de los delitos-fin o la impunidad de los delincuentes.

⁹³⁶ VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

delito de tráfico de drogas de extrema gravedad - por cuanto considera que los medios por ellos utilizados en la operación de narcotráfico, entre los que se cuentan una lancha rápida semirrígida, un buque pesquero y un teléfono conectado a un satélite de comunicaciones, no son cualitativamente superiores a los que exige la propia actividad del grupo. Para fundamentar su conclusión señala, con acierto, el Alto Tribunal que “es un dato extraído de la experiencia cotidiana que en relación al tráfico de drogas a gran escala, como es el caso, la operativa, cuando se efectúa en barco, supone mínimo dos embarcaciones y de ordinario tres: la embarcación que transporta de origen la cocaína, aquella embarcación a la que se le transborda en alta mar en un punto convenido la droga, y una tercera embarcación rápida que es la que se encarga de introducirla en la costa española”, añadiendo que además, de ordinario “resulta necesario un equipo de comunicación entre los barcos, y todos disponen de él, obviamente los que se dedican a la actividad de pesca o comercio lícitos, y desde luego también los que se dedican a actividades ilícitas o delictivas”, concluyendo al fin que: “no parece razonable interpretar los casos de los subtipos agravados que se comentan en una clave que supondría que en todas las operaciones de droga, operarían tales subtipos”⁹³⁷. En el mismo sentido se pronuncia la SAN 2/2016, de 5 de febrero, si bien ésta en referencia a una organización criminal dedicada a la puesta a disposición de los internautas de publicaciones, periódicos y libros sin la autorización de los titulares de los derechos de las obras, actividad que constituye el delito contra la propiedad intelectual. Desestima también la Audiencia la aplicación del subtipo agravado del art. 570 bis.2.c CP arguyendo que “los medios tecnológicos avanzados de comunicación no es que resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables, sino que son medios necesarios para su comisión” pues -afirma - “los delitos contra la propiedad intelectual, bien sea copia impresa o copia electrónica, son cometidos utilizando medios técnicos, fotocopiadoras, uso de la red a través de páginas Web, videos, etc.”. No obstante, el tribunal llega a plantearse si en el caso estos delitos podrían haber sido cometidos de otra forma que no implicase el uso de las nuevas tecnologías, llegando a la conclusión de que “en los hechos probados no resulta concebible otro medio de comisión que no sea la utilización de la red a través de una página Web alojada en un servidor y aunque no forman parte de los elementos esenciales del tipo⁹³⁸, se ha convertido en uno de los instrumentos de comisión de este tipo de delitos”, a lo que añade, además, que, de manera abstracta, la “pérdida de

⁹³⁷ STS 58/2016, de 4 febrero, FJ Décimo. Por otra parte, y como argumento añadido para desestimar la aplicación del subtipo, apunta el tribunal a que el uso de embarcaciones ya se contempla en el delito de tráfico de drogas como circunstancia agravante *ex art.* 370.3º CP: “debe exigirse un plus diferente de la normal intencionalidad utilizable para la generalidad de operaciones de tráfico de drogas a gran escala, pues la gravedad de tal conducta, ya tiene su reflejo punitivo en el subtipo de extrema gravedad”.

⁹³⁸ El art. 270.1 CP dispone que: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”. No se exige, pues, en el tipo expresamente el uso de las tecnologías.

fisicidad” de las obras de ingenio provocada por la tecnología digital dificulta en gran medida la comisión del delito sin el uso de medios tecnológicos. En atención a ello la Audiencia concluye que la penalidad del tipo básico de organización criminal “recoge toda la antijuricidad del desvalor de la acción en su conjunto, incluidos el uso de los medios tecnológicos”⁹³⁹, condenando a los acusados como autores del citado tipo básico en concurso con el delito contra la propiedad intelectual.

Por último, y antes de pasar al análisis de la siguiente circunstancia agravante específica prevista para los delitos de organización y grupo criminal, quedaría por tratar las cuestiones concursales que pueden suscitarse en los casos en que el o los delito/s perpetrados por los miembros de la agrupación sean de tipo tecnológico, esto es, la descripción de la conducta típica de que se trate contemple el uso de medios tecnológicos⁹⁴⁰. Esto sucede, por ejemplo, con tipos como los daños informáticos del art. 264 CP⁹⁴¹, el embaucamiento de menores del art. 183 ter CP⁹⁴² o la interceptación de transmisiones privadas de datos informáticos del art. 197 bis.2 CP⁹⁴³. No obstante, los solapamientos en lo que respecta al uso de los medios tecnológicos también estarán presente en relación a delitos que, si en el tipo básico no refieren el uso de tecnología, sí lo hacen en alguno de los tipos cualificados que prevén, como sucede en el ya citado

⁹³⁹ SAN 2/2016, de 5 de febrero, FJ Cuarto. Nótese que también señala la Audiencia que el uso de las tecnologías no se hacía con la finalidad de facilitar la impunidad de los culpables, el otro de los fines contemplados en el art. 570 bis.2.c CP: “Por otro lado, los autores de estos hechos no buscaban tanto proteger su identidad, sino enmascarar, [...] bajo una típica página P2P, un instrumento delictivo de comunicación de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual y por ello ordenaban los otros integrantes de la organización que utilizaran mas direcciones y usuarios distintos; esto es no era tanto facilitar la impunidad de los actores, sino disimular la real naturaleza de la página Web”.

⁹⁴⁰ Advierte sobre estos solapamientos entre normas en lo que se refiere al uso de medios tecnológicos, VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados”, *op. cit.*, pág. 162.

⁹⁴¹ Art. 264.1 CP: “El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”.

⁹⁴² Art. 183 ter CP: “1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

⁹⁴³ Art. 197.2 CP: “El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses”.

delito de tráfico de drogas de extrema gravedad por la utilización de buques, embarcaciones o aeronaves del art. 370.3° CP⁹⁴⁴.

Pues bien, teniendo en cuenta que para la aplicación del subtipo de organización o grupo criminal que nos ocupa es necesario que los medios tecnológicos de comunicación o transporte vayan más allá de los necesarios para la comisión de los delitos-fin, no habrá concurso de leyes cuando estos medios sean los requeridos por el tipo que constituye el objeto de la agrupación, siendo, en consecuencia, calificables estos casos como concurso de delitos entre el tipo básico de organización o grupo criminal y el delito-fin perpetrado o iniciado en su ejecución⁹⁴⁵. El concurso de leyes en lo que respecta al aspecto del uso de medios tecnológicos se podrá dar, por tanto, exclusivamente en los casos en que los artilugios empleados vayan más allá de los requeridos por el delito-fin en cuestión de la agrupación. En el subtipo que ahora nos ocupa la jurisprudencia y doctrina mantienen, sin embargo, una postura diversa, entendiendo que en este caso la doble consideración de los medios tecnológicos que supondría la aplicación del concurso de delitos entre el tipo agravado del art. 570 bis ó 570 ter.2.c CP y tipos como el del art. 183 ter o el art.264 CP, por citar ejemplos de delitos caracterizados por el uso de tales medios, sí infringiría el principio *non bis in idem*, por lo que califican la relación entre las normas como de concurso normativo. Así lo sostiene, por ejemplo, la STS 920/2016, de 12 de diciembre, que arguye como argumento para no aplicar el subtipo agravado del art. 570 bis.2 CP que “los medios tecnológicos empleados -por los miembros de la organización criminal, se entiende - son los mismos que los utilizados para la comisión del delito contra la propiedad intelectual y su doble consideración, para integrar la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual y la agravación del delito de organización supondrá una doble punición del mismo hecho”⁹⁴⁶. También la Fiscalía General del Estado -si bien en el ámbito del tráfico de drogas - es de esta opinión, al sostener en la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado 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, que la relación entre el subtipo agravado del art. 570 bis.2.c o 570 ter.2.c CP y el tipo agravado de tráfico de drogas de extrema gravedad por el uso de buques, embarcaciones o aeronaves del art. 370.3° CP es la propia del concurso de normas⁹⁴⁷. La

⁹⁴⁴ Recuérdese que el art. 370.3° CP disponía que: “Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad. Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1”.

⁹⁴⁵ Tráiganse a colación como ejemplo de lo que afirmamos las ya analizadas SAN 2/2016, de 5 de febrero, y STS 58/2016, de 4 febrero.

⁹⁴⁶ STS 920/2016, de 12 de diciembre, FJ Duodécimo.

⁹⁴⁷ Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado 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, pág. 1442: “se vuelve a producir un concurso de normas cuando estos -en referencia a los

Fiscalía propone resolver el solapamiento acudiendo al criterio de alternatividad por la remisión que al mismo hace el art. 570 quáter.2.II CP, lo que derivaría en el caso del grupo criminal en la aplicación preferente del art. 370.3° CP respecto al subtipo por prever mayor pena, siendo la calificación jurídica final la del concurso real entre el tipo básico del art. 570 ter.1 CP y el tipo agravado de tráfico de drogas. En el caso de la organización criminal la aplicación del art. 8.4° CP al caso se complica pues señala la Fiscalía que “pueden resultar más graves y, por tanto, ser de aplicación las penas del artículo 370 CP en unos casos, y en otros las del artículo 570 bis”, elaborando a tal fin un cuadro comparativo con todas las opciones posibles.

Personalmente no estamos de acuerdo con la propuesta de aplicar en la resolución de estos presuntos conflictos normativos el art. 570 quáter.2.II CP, y ello por las mismas razones que alegábamos en relación al subtipo agravado de disposición de armas e instrumentos peligrosos. Y es que, la fórmula empleada por el precepto “cuando las conductas previstas en dichos artículos -se entiende, los arts. 570 bis y 570 ter CP - estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8”, hace referencia a un solapamiento normativo en relación a las conductas de participación o colaboración en una organización o grupo criminal, disponga ésta de medios tecnológicos o no, lo que no se da en el presente caso, en el que el solapamiento concurre respecto a una circunstancia accesoria de los tipos de organización y grupo criminal, cual es la disposición de dichos medios. Ante ello, habría que aplicar el orden de prelación establecido en el art. 8 CP de cara a resolver el conflicto normativo, siendo, a nuestro entender, el criterio seleccionado distinto según las circunstancias concurrentes. Así, cuando el delito-fin configure como elemento esencial del tipo el empleo de medios tecnológicos, entendemos procedente resolver el concurso de normas con el subtipo que nos ocupa mediante el criterio de especialidad ex art. 8.1° CP, lo que daría como calificación final la del concurso de delitos entre tipo básico de organización o grupo criminal y el delito-fin tecnológico de que se trate. Y ello porque la circunstancia del uso de las tecnologías se configura de forma más específica en este último delito, siendo en el segundo configurado como factor accesorio. Sin embargo, en los casos en que el delito-fin prevea como elemento accidental (en el tipo agravado) el uso de las tecnologías, como sucede en el tráfico de drogas, entendemos que el criterio adecuado para resolver el conflicto normativo sería el de consunción ex art. 8.3° CP, por encontrarse el empleo de medios tecnológicos del delito-fin agravado subsumido en el subtipo agravado de organización o grupo criminal del art. 570 bis o ter.2.c CP. La calificación final, en consecuencia, sería en estos casos la del concurso de delitos entre el subtipo agravado de organización o grupo criminal y el delito-fin en su tipo básico.

delitos de tráfico de drogas – se ejecutan por una organización o grupo criminal mediante la utilización de buques, embarcaciones o aeronaves que puedan también ser considerados medios de transporte especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos”.

Sostenemos, por tanto, que la doble consideración de dichos objetos no infringiría el principio *non bis in ídem*. En el subtipo presente en el caso en que los medios tecnológicos se dispongan con el fin de facilitar la ejecución de los delitos-fin, entendemos que si estos delitos ya llevan aparejada en su configuración el uso de las tecnologías resultaría exagerado valorar este aspecto dos veces. El único caso en el que entendemos que podría llegar a valorarse dos veces la circunstancia de la disposición/uso de medios tecnológicos -en el subtipo agravado de organización o grupo criminal y en el delito-fin tecnológico - sin infringir la prohibición del *non bis in ídem* sería aquél en que dichos medios sean utilizados, además de para facilitar la ejecución de los delitos-fin, para ocultar la identidad de los integrantes de la organización o grupo criminal, facilitando, por ende, su impunidad *ex art. 570 bis.2.c y 570 ter.2.c CP*. Y es que, en tal caso, la peligrosidad de la disposición de los aparatos tecnológicos por parte de la agrupación criminal iría más allá del peligro que supone su utilización en los delitos-fin, favoreciendo su eficacia, debiendo valorarse aparte.

4.2.4. Que “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”

La última cualificación, que se aplica, por cierto, tanto sobre el tipo básico, como sobre los subtipos agravados, constituyendo, por tanto, lo que se conoce como cualificación de segundo grado⁹⁴⁸, rige formalmente sólo para la figura de la organización criminal, disponiendo el art. 570 bis.3 CP que “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”. Es cierto, no obstante, que en el tipo de grupo criminal también se tiene en cuenta esta circunstancia de cara a ponderar la pena a los sujetos activos del delito, pero ello lo hace el legislador sin configurar formalmente un subtipo agravado al respecto. Así, se dispone en el mismo tipo básico de grupo criminal (art. 570 ter.1.a CP) la atribución de mayores penas a los sujetos activos de las conductas típicas cuando la finalidad de la agrupación sea la perpetración de delitos mencionados en el art. 570 bis.3 CP, bajo el empleo de la siguiente fórmula: “Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados 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”.

No entendemos la diferencia en el tratamiento legal de esta circunstancia en un delito y otro, el legislador debiera haber empleado para ambas figuras la misma técnica legislativa a este respecto. Asimismo es llamativo que en relación al grupo criminal se gradúe más la pena en atención a si el delito de la lista del art. 570 bis.1 CP tiene la

⁹⁴⁸ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 177, se refiere al art. 570 bis.3 CP empleando la terminología de “tipo ultraagravado”.

consideración de grave o menos grave *ex arts.* 13 y 33 CP, y en la organización criminal no se haga distinción en este sentido. En cualquier caso, a pesar de la diferente técnica legislativa, el *fundamento* de la agravación de la pena en una y otra figura a este respecto es el mismo: la presunción de la mayor peligrosidad de la organización o el grupo criminal en atención a la especial gravedad de los delitos-fin perseguidos por la agrupación⁹⁴⁹. El criterio para determinar esa mayor gravedad de los delitos-fin no parece ser ahora, sin embargo -o no lo es exclusivamente, en el caso del grupo criminal -, la mayor o menor pena a ellos aparejada, sino la importancia en abstracto del bien jurídico por ellos protegido. Nótese que todos los delitos referidos presentan como objeto de protección bienes jurídicos de carácter personalísimo⁹⁵⁰. A nivel de derecho comparado, y examinando los países tomados como referencia en nuestro estudio, vemos una agravación similar que responde a este fundamento en el art. 416 del Código penal italiano, relativo al tipo de asociación para delinquir, que dispone un aumento de las penas del tipo básico cuando la asociación esté dirigida a la comisión de ciertos delitos de especial gravedad, como también la trata de personas o otros delitos relacionados con la esclavitud⁹⁵¹.

A pesar de que, como sostenemos, el injusto de los delitos de participación y cooperación con organizaciones y grupos criminales es cualitativamente diverso al injusto de los delitos-fin de la agrupación, no cabe duda de que hay cierta interrelación entre ambos, en el sentido de que cuanto mayor sea la gravedad de los delitos objeto de comisión por el entramado delictivo, mayor será la peligrosidad que entrañe la existencia del mismo⁹⁵². Recuérdese que, en nuestro discurso, la seguridad colectiva, que es el bien jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal, no es sino una ficción jurídica para hacer referencia a una situación de peligro abierto para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin, y, en su caso, complementaria y secundariamente para los bienes jurídicos amenazados por los delitos instrumentales. Tal relación entre el injusto de los delitos que nos ocupan y el de los delitos-fin, se manifiesta, además, ya en la misma atribución de penas que se realiza en los tipos

⁹⁴⁹ De acuerdo con ello, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 509 habla, a este respecto, de “finalidad cualificada”.

⁹⁵⁰ Así lo señala POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 177.

⁹⁵¹ Dispone concretamente el artículo a este respecto que: “Si la asociación está dirigida a cometer alguno de los delitos que recogen los arts. 600 -relativo a la reducción o el mantenimiento en esclavitud -, 601 -trata de personas- o 602 -adquisición y venta de esclavos -, se aplicará la reclusión de cinco a quince años en el caso previsto en el primer apartado -esto es, para partícipes de primer nivel- y de cuatro a nueve años en el caso previsto en el segundo apartado -para los partícipes de segundo nivel-”. TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1145, critica esta disposición señalando que hubiera sido más recomendable que acudir a la técnica de los subtipos agravados establecer un tipo específico de asociación para cometer estos tipos delictivos concretos, como ya hiciera con el tráfico de drogas.

⁹⁵² También de esta opinión POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 178 y 179, si bien empleando un discurso funcionalista: “la organización que se dispone a (y es capaz de) realizar de manera inminente un delito especialmente grave o alarmante en la Sociedad es evidente que genera una mayor desestabilización social y una mayor inseguridad pública” que la que se dispone a realizar infracciones leves”.

básicos de los delitos de organización y grupo criminal, en los que, como sabemos, se pondera la sanción punitiva en atención a la cualificación como “grave”, “menos grave” o “leve” que ostenten los delitos-fin de la agrupación.

Aclarado ello, cabe a continuación ver cuáles son estos delitos cuya persecución por parte de la organización y el grupo criminal repercute de acuerdo con la agravación examinada en un mayor injusto de las conductas típicas, y, por ende, en mayores penas para los sujetos activos de las mismas. A este respecto, y como señala MAGALDI PATERNOSTRO⁹⁵³, lo primero que llama la atención es la falta de homogeneidad en la forma de referirse a ellos el legislador en el art. 570 bis.3 CP, lo que, a nuestro juicio, es revelador de nuevo de una mala *praxis* legislativa. Así, el legislador se refiere a algunos delitos -la mayoría – por la rúbrica del título del CP en el que se ubican, y a otros -la minoría -por el bien jurídico al que protegen. Lo primero sucede con los delitos contra la libertad del título VI, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales del título VIII o la trata de seres humanos del título VII bis CP, y lo segundo con los delitos contra la vida o la integridad de las personas. Nótese que se dejan extramuros de la agravación a las agrupaciones criminales que tengan por objeto la comisión de delitos contra el patrimonio, la Hacienda Pública o la Seguridad Social, que sí se incluían en su día en el subtipo agravado en el proyecto de reforma del Código Penal publicado en el BOE el 15 de enero de 2007; proyecto que, como sabemos, no culminó finalmente en una reforma del texto legislativo⁹⁵⁴.

En lo que respecta a los delitos que son mencionados por la rúbrica del título del Código penal del que forman parte, esto es, los “delitos contra la libertad”, los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” y la “trata de seres humanos”, su concreción es en principio sencilla pues abarcaría a todos aquellos delitos insertos en tales títulos. Así, con la referencia a los “delitos contra la libertad” se abarcaría a los delitos del título

⁹⁵³ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 966.

⁹⁵⁴ El nuevo art. 385 bis.1 que se pretendía incluir en el Código Penal con este proyecto rezaba en su apartado primero: “Los que formaren parte de organizaciones o grupos que tengan por objeto cometer delitos, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años. Se impondrá la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la Seguridad Social”. Nótese que en el texto del Anteproyecto no se hacía referencia a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, siendo añadidos posteriormente. En la doctrina, MARTÍNEZ GARAY, L., “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 7, 2007, pp. 53 y 54, se mostraba crítica con la selección de estos delitos, arguyendo que “si [...] lo que se pretendía era seleccionar delitos de especial gravedad, no se comprende esa referencia genérica a los delitos contra “el patrimonio”, ya que a través de la misma se castigan por el tipo agravado [...] a los miembros de una organización criminal que tengan por objeto la comisión de hurtos”. Igualmente llama la atención la autora sobre la circunstancia de que incluyéndose los delitos contra el patrimonio -lo que critica -no aparezcan seguidamente los delitos contra el orden socioeconómico, señalando el sinsentido que supone, de acuerdo con la regulación entonces vigente, castigar “más gravemente la pertenencia a una organización que tenga por objeto la comisión de hurtos que la pertenencia a otra dedicada al blanqueo de capitales”.

VI constituidos por los delitos de detenciones ilegales, secuestros, amenazas y coacciones.

No obstante, la duda surge en relación a delitos que, si no insertos en dicho título VI, sí afectan en cierta medida al bien jurídico “libertad” por su carácter pluriofensivo. Ello sucedería, por ejemplo, con delitos calificados legalmente como patrimoniales como la extorsión (art. 243 CP⁹⁵⁵), o el robo con violencia o intimidación (arts. 237⁹⁵⁶ y 242 CP), que, además de al patrimonio, afectan indirectamente a la libertad del sujeto pasivo, al obligarle a realizar una acción en contra de su voluntad. Una interpretación extensiva de la letra del subtipo permitiría incluir también en la agravación a estos delitos por cuanto, pese a no ser configurados legalmente como “delitos contra la libertad”, afectan materialmente a este bien jurídico, además de a otro, que es el escogido para clasificarlos legalmente. Menos problemas entraña la interpretación de los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, que se restringirían a los tipos insertos en el título VIII rubricado con tal denominación, constituidos por los delitos de abusos sexuales, agresiones sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual y a los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores. Y es que, en el resto de títulos del libro II del Código Penal no encontramos delitos que, aun indirectamente, afecten a estos bienes jurídicos. Por lo que respecta, por último, a la referencia final a “la trata de seres humanos”, ésta no requiere apenas de comentario, toda vez que designa al delito del art. 177 bis CP configurado con este nombre a tenor de la rúbrica del título VII bis.

Los delitos cuya referencia no coincide con la rúbrica de ninguno de los títulos del libro II del Código Penal, esto es, los “delitos [...] contra la vida o la integridad de las personas” serían los que requerirían de mayor labor de concreción por parte del intérprete.

En lo que respecta a los primeros, podrían individualizarse como tipos penales que afectan al bien jurídico “vida” el homicidio y el asesinato, sin duda, la inducción y cooperación al suicidio, y el aborto, no obstante haga referencia a la vida aún dependiente.

En lo que hace a los “delitos contra la integridad”, surge la duda acerca de si el término “integridad” no adjetivado abarca tanto a la integridad física como a la moral, o se restringe sólo a la primera. GARCÍA RIVAS⁹⁵⁷ expone la viabilidad de las dos

⁹⁵⁵Art. 243 CP: “El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados”.

⁹⁵⁶Art. 237 CP: “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas [...] o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren”.

⁹⁵⁷ GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 509. También así, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 686.

interpretaciones: si se opta por una interpretación de tipo literal, con efectos extensivos, podría comprenderse en el término “integridad” sus dos modalidades; si, se adopta, por el contrario, una interpretación sistemática del precepto, podrían obtenerse resultados restrictivos. A este último respecto, el autor hace alusión a preceptos como el art. 154 CP⁹⁵⁸, relativo al delito de riña tumultuaria, al art. 266.1 CP⁹⁵⁹, del delito cualificado de daños mediante incendio o explosiones, o al art. 346 CP⁹⁶⁰, atinente al delito de estragos, que emplean el sustantivo “integridad” a secas, siendo el término interpretado restrictivamente como integridad física por el común de la doctrina y jurisprudencia. A nuestro juicio el significado de “integridad” de los art. 570 bis.3 CP y art.570 ter.1.a CP no tiene por qué ser equiparado al de “integridad” de los preceptos mentados por el autor, ya que en estos últimos la referencia al término va inserta en la coletilla “peligro para la vida o integridad de las personas”, en un contexto además en ciertos casos de violencia, lo que hace pensar en daños de tipo físico, y no moral. En los tipos que nos ocupan de organización y grupo criminal la referencia se hace en abstracto a los “delitos contra la integridad”, por lo que puede entenderse que abarca tanto a los delitos contra la integridad física como a los delitos contra la integridad moral, como sostiene, además, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales⁹⁶¹. Los primeros, esto es, los delitos contra la integridad física comprenderían sin duda a los delitos de lesiones físicas de los arts. 147 y ss. CP, pudiendo cuestionarse si también se incluyen en esta categoría los delitos de lesiones al feto de los arts. 157 y 158 CP, el delito de tráfico ilegal de órganos del art. 156 bis CP⁹⁶² así como delitos violentos como

⁹⁵⁸Art. 154 CP: “Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o *integridad* de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”.

⁹⁵⁹Art. 266.1 CP: “Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el apartado 1 del artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones, o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva o que genere un riesgo relevante de explosión o de causación de otros daños de especial gravedad, o poniendo en peligro la vida o la *integridad* de las personas”.

⁹⁶⁰Art. 346.1 CP: “Los que provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, daño a oleoductos, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad, hidrocarburos u otro recurso natural fundamental incurrirán en la pena de prisión de diez a veinte años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o *integridad* de las personas”.

⁹⁶¹ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 19: “La referencia a la integridad de las personas, hay que vincularla tanto a los delitos que atentan contra la integridad física como contra la integridad moral”. También de esta interpretación, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 967: “los delitos contra la integridad moral [...] no pueden quedar excluidos de la agravación pues la integridad es un concepto susceptible de adjetivación: integridad física e integridad moral”.

⁹⁶² MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 967 se plantea también la posible inclusión en la fórmula legal “delitos

la extorsión, el robo con violencia, la rebelión y, en algunos casos, la piratería, que, si bien tienen como bien jurídico protegido directamente a otro, al contemplar en los medios comisivos de la conducta típica el uso de la violencia, hacen peligrar indirectamente la integridad física del sujeto pasivo. En nuestra opinión estos delitos violentos deben considerarse excluidos del término “delitos contra la integridad” por cuanto no vulneran la integridad física, suponiendo tan sólo una puesta en peligro, que, caso de que se materialice en una lesión concreta, daría lugar al consiguiente concurso con el delito de lesiones, que es el tipo que sí protege propiamente frente a las ofensas a este bien jurídico. Por lo que respecta a los delitos contra la integridad moral, los encontramos en el título VII, que a ellos se refiere en su rúbrica, que comprende los “delitos contra la integridad moral” del art. 173 CP, que abarcan tanto conductas individuales como reiteradas de acoso y maltrato, el delito de tortura del art. 174 CP y el de atentado contra la integridad moral por parte de funcionario o autoridad del art. 175 CP. A ellos habría que añadir el delito de lesiones psíquicas del art. 153 CP.

Concretados los delitos a que se refiere la agravación que nos ocupa, cabe ahora realizar ciertas consideraciones político-criminales sobre el acierto de dicha selección. Pues bien, con la salvedad de infracciones penales como el secuestro, la corrupción o prostitución de menores o, sobre todo, la trata de personas, que constituyen actividades delictivas típicas de las organizaciones criminales, el resto de delitos a que hace alusión el subtipo examinado no casan con la realidad criminológica del crimen organizado. Piénsese por ejemplo en delitos contra la libertad sexual como el acoso o el abuso sexual o el exhibicionismo⁹⁶³. Tampoco habituales, aunque éstas sí imaginables, son las organizaciones o grupos que tengan como razón de ser la perpetración de delitos contra la vida o la integridad⁹⁶⁴. Y es que, normalmente estas infracciones, más que “delitos-

contra la integridad” de los delitos de manipulación genética, concluyendo que han de quedar extraídos del subtipo “hiper-agravado” de organización criminal.

⁹⁶³ Señala críticamente en este sentido la selección de conductas delictivas MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pp. 966 y 967: “cabe hablar de coincidencia jurídica de la realidad criminológica respecto del delito de secuestro y de la extorsión ampliamente considerados (artículos 163 a 170 CP) y aún respecto del delito de coacciones (art. 172 CP) así como respecto de la corrupción y prostitución de menores, la pornografía, y abusos sexuales, e incluso agresiones sexuales a menores, resultando sólo una hipótesis socio-criminológica una organización o grupo cuyo fin sea cometer agresiones sexuales [...] o abusos sexuales [...] a adultos y, desde luego, los delitos de acoso sexual y provocación sexual”.

⁹⁶⁴ Nótese que las agrupaciones criminales que sí podrían catalogarse como organizaciones criminales que tengan como objeto la comisión de delitos contra la vida y la integridad física son las bandas latinas, pues hacen de la lucha violenta por el dominio del territorio, frente a otras bandas, su modo de actuación. Así, la SAP de Barcelona 18/2013, de 2 abril, confirmada por la STS 337/2014, de 16 de abril, aplicó el subtipo cualificado del art. 570 bis.3 CP a los acusados, integrantes de la banda latina de los “Trinitarios”, al tomar como referente para el cálculo de las penas el delito de lesiones, en su condición de “delito contra la integridad”. Así, en el FJ Quinto de la sentencia se establece: “se impondrán las penas en la mitad superior cuando los delitos cometidos sean contra las personas o la integridad física, lo cual es el caso pues se sanciona por delito de lesiones (arts. 147 y 148), tomado la pena en abstracto, por lo que la pena de lesiones esta entre la menos graves. [...]Por lo que concluimos que siendo la pena de las lesiones hasta cinco años nos encontramos en el supuesto de delitos menos graves y en consecuencia la pena aplicable será para “Palillo”, “Gamba” y “Pulga”, como dirigentes de la organización de 3 a 6 en su mitad superior 4,5 años de prisión, al tratarse el delito de lesiones de un delito contra la integridad física de las

fin”, constituyen “delitos instrumentales” del entramado criminal; no obstante, como aquí sostenemos, una agrupación se constituye en criminal *ex arts. 570 bis ó 570 ter CP* siempre que haga de la delincuencia su objeto esencial, ya directo, ya mediato. Llama también la atención en esta selección de infracciones -y así lo destaca, con acierto, POLAINO-ORTS⁹⁶⁵ - la heterogénea gravedad de los delitos referidos. Causa de tal heterogeneidad es, sin duda, el método elegido para designar a los mismos consistente en la referencia en unos casos a la rúbrica del título en que se insertan, y en otros al bien jurídico por ellos protegido, lo que provoca que sean abarcados por el tenor literal del subtipo multitud de delitos, algunos graves, y otros menos graves. El principio de proporcionalidad quedaría de esta manera resentido por esta redacción del subtipo, que, como alerta el citado autor, “permitiría su aplicación automática si la organización persiguiera la comisión de cualquier delito contra un bien personalísimo, con independencia de la entidad de ese delito, esto es: al margen de que se trate de una figura secundaria y marginal, que tuviera aparejada una pena menor y que, en todo caso, no fuera un delito grave”⁹⁶⁶. Compartimos aquí la opinión de POLAINO-ORTS en relación a que la mayor peligrosidad de la agrupación criminal ha de derivarse más de la gravedad de la pena en abstracto aparejada a los delitos cuya comisión persiga, que al bien jurídico por ellos protegido, pues las posibles ofensas a un mismo bien jurídico son muy diversas y de muy distinta entidad⁹⁶⁷. Para corregir este problema, debiera interpretarse restrictivamente la agravación que nos ocupa en el sentido de entenderse que los delitos enumerados han de ser obligatoriamente graves. Piénsese que si no estaríamos castigando con una pena desproporcionadamente alta a los integrantes activos de una organización o grupo criminal dedicada, por ejemplo, a la comisión de lesiones leves.

De manera complementaria a estas críticas al subtipo analizado, hay una razón esencial, que se erigiría por encima de las demás, para cuestionar seriamente el acierto de esta agravación en sede de organizaciones criminales. Y no es otra que la circunstancia, señalada por VERA SÁNCHEZ⁹⁶⁸, de que la misma, en lo que respecta al tipo de organización criminal, puede entrañar una doble consideración, contraria al principio *non bis in ídem*, de la gravedad del delito objeto de la organización. Nótese que ya en el tipo básico las penas se gradúan en atención a la entidad del delito-fin,

personas, y de 1 a 3 años de prisión para el resto aplicada en su mitad superior por ser delitos contra la integridad física de las personas, o sea 2,5 para los participantes o soldados”.

⁹⁶⁵ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 179 y ss.

⁹⁶⁶ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 179.

⁹⁶⁷ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 180: “el fundamento de la agravación no debe provenir de la naturaleza del delito perseguido [...] sino de la gravedad del delito, o más concretamente: del efecto desestabilizador que ese delito cause en la Sociedad [...] el legislador [...] hace un uso indiscriminado y antigarantista del Derecho penal del enemigo [...] debería limitarse la aplicación de este tipo ultraagravado exclusivamente a aquellos delitos graves que causen, por su especial gravedad, una acentuada desestabilización social”.

⁹⁶⁸ VERA SÁNCHEZ, J.S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1720, a este respecto, señala, crítico, que: “ya la pena resulta agravada (Ap. 1) cuando la finalidad de la organización es la comisión de “delitos graves”, categoría a la que pertenece buena parte de dichos ilícitos”.

volviéndose a considerar tal aspecto en el subtipo que nos ocupa. Así, por ejemplo, el sujeto que participe activamente en una organización criminal que tenga como objeto criminal la trata de seres humanos verá, en un primer momento, elevada su pena ex art. 570 bis.1 CP por la consideración de “delito grave” de la trata, y, posteriormente, de nuevo, por ser concretamente el delito perseguido el de trata de personas. La constatación de esta doble consideración de la entidad del delito-fin de cara a la agravación de las penas a los sujetos activos, que entraña una doble agravación a los mismos, es, a nuestro juicio, intolerable.

Entendemos, por ello, que es preferible la técnica legislativa empleada a este respecto en el art. 570 ter.1 CP que la del art. 570 bis.2 CP, pues el primero contempla la gravedad de estos concretos delitos-fin en el mismo tipo básico, al ponderar las penas, impidiendo que se produzca esa doble valoración. No obstante, en puridad, ello sería innecesario habida cuenta de nuestra propuesta *de lege ferenda* ya argumentada de restringir los conceptos de organización y grupo criminal a las agrupaciones dedicadas a la comisión de delitos graves. Sería, posible, no obstante, dentro de esa restricción, individualizar ciertos delitos graves por su especial gravedad, previendo penas ligeramente superiores a los partícipes en las agrupaciones que tuviesen como objeto dichos delitos graves específicos.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS TÍPICO DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

1. Tipo objetivo

1.1. Títulos de imputación

1.1.1. Algunas consideraciones previas

El art. 570 bis.1.I CP prevé a nivel penológico, como el art. 517 CP⁹⁶⁹ y ciertos subtipos cualificados por comisión de delitos en el seno de una organización⁹⁷⁰, dos grupos de conductas delictivas: por una parte, las de promover, constituir, organizar, coordinar y dirigir, y, por otra, las de participar activamente, formar parte y cooperar con la agrupación. En atención al principio de proporcionalidad entre la relevancia de la conducta típica y la gravedad de la pena a ella aparejada, se atribuyen penas de prisión más elevadas al primer grupo de comportamientos por entrañar una contribución a la organización de mayor relevancia que la que respecta a las conductas del segundo grupo.

Entre las conductas del mismo grupo no se establecen, sin embargo, diferencias a nivel punitivo, lo que ha sido criticado doctrinalmente en relación a algunas de ellas. Las mayores críticas en este sentido han recaído en el segundo nivel de conductas, señalándose por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ⁹⁷¹ y MAGALDI PATERNOSTRO⁹⁷², entre otros, lo injusto de la equiparación punitiva entre las conductas de participar activamente en la organización y formar parte de ella, pues, mientras la primera consiste en una conducta activa, que contribuye al mantenimiento de la agrupación criminal, la segunda no requiere de dicha aportación, siendo, por ende, menos grave. Ante la equiparación a nivel legal del tratamiento de conductas típicas de diversa entidad, los jueces se erigen en la instancia subsidiaria capaz de marcar las diferencias a este

⁹⁶⁹ SÁNCHEZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1401, apunta, en este sentido, a que el art. 570 bis CP reproduce a la hora de formular las conductas típicas el sistema seguido en el delito de asociaciones ilícitas, al distinguir “dos grados distintos de relación entre los sujetos y la organización”.

⁹⁷⁰ Piénsese, por ejemplo, en el tipo agravado de tráfico de drogas del art. 369 bis, que es la cualificación en materia de delincuencia organizada prevista en la Parte Especial del Código Penal que más se aplica por la jurisprudencia, que establece una pena mayor a la del tipo básico a los que realicen la conducta perteneciendo a una organización delictiva, así como, a su vez, una agravación respecto de este tipo cualificado a los “jefes, encargados o administradores de la organización”. Art. 369 bis CP: “Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos. A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero”.

⁹⁷¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 564.

⁹⁷² MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 960.

respecto dentro del marco penal homogéneo proporcionado por el legislador, pudiendo realizar la mentada discriminación penológica dentro de lo permitido por dicho marco.

El establecimiento de dos grupos de conductas en atención a su nivel de contribución para con el entramado delictivo no está presente, sin embargo, en los convenios internacionales en materia de delincuencia organizada aquí vistos – la Convención de Palermo de 2000 y la Decisión-Marco del Consejo de la Unión Europea de 2008, que imponen a los Estados parte la obligación de tipificar la conducta genérica de participar activamente “en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes” y de financiar sus actividades “a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización”⁹⁷³. Si bien el reclutar a nuevos participantes pudiera interpretarse como la conducta típica del art. 570 bis.1 CP de “promover”, y el facilitar información o financiar las actividades como el “cooperar económicamente o de cualquier otro modo”, lo cierto es que no se prevén diferencias penológicas en estas normas internacionales, sin obviar el silencio respecto a conductas como el dirigir o constituir la organización, que se reducen en las mismas a participar activamente en las actividades ilícitas de la organización⁹⁷⁴. Quizás el legislador español de 2010 tuviera en mente a la hora de redactar las conductas típicas del delito de organización criminal el art. 416 del Código penal italiano, entonces, y aún hoy, vigente, relativo al delito de “associazione per delinquere”, en el que sí se prevén diversos niveles de conductas, a las que se atribuyen distintas penas en función a la relevancia del aporte a la asociación que las mismas suponen. Y es que, además, las conductas del art. 570 bis.1 CP son prácticamente un calco de las del art. 416 CP italiano, que castiga, por un lado, a los que promueven, constituyen u organizan la asociación, y, por otro, a los que participan en la

⁹⁷³ Art. 2.a D-M 2008: “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: [...] “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”. En sentido similar se pronuncia la anterior Convención de Palermo de 2000, sobre la delincuencia organizada transnacional, en su art. 5.1.a.ii CP: “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, 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”.

Nótese que esta convención sí hace referencia en el art. 1b a conductas de “organización” o “dirección”, pero no referidas al mismo grupo delictivo organizado, sino a la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

⁹⁷⁴ Señala esta divergencia entre la normativa nacional e internacional GÓMEZ LANZ, J., “Medidas conectadas con la lucha contra el crimen organizado en las recientes reformas del Código penal”, en DE TOMÁS MORALES (Dir.), *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 171.

misma, aclarando al final que los jefes se someten a la misma pena que los promotores⁹⁷⁵.

Particularmente, somos partidarios de esta distinción entre dos niveles de conductas, pues resulta de equidad ponderar ya a nivel legislativo las penas en función de la relevancia de la conducta realizada en la medida en que ello sea posible, lo que aquí se realiza en base a la entidad del aporte o contribución para con el mantenimiento de la estructura delictiva. No compartimos, sin embargo, la conclusión que extraen la Fiscalía General del Estado⁹⁷⁶ y algún autor⁹⁷⁷ de esta división legal entre conductas, en el sentido de ver tras la misma la estructura obligadamente jerárquica de la organización criminal. Ya defendimos en su momento la posibilidad de que las estructuras de la organización y del grupo criminal puedan responder a otras modalidades distintas que a la clásica jerárquica⁹⁷⁸. El silencio sobre la forma de dicha estructura en la definición legal del art. 570bis.1.II CP habilita dicho entendimiento de la cuestión, acogiendo la posibilidad de que la agrupación presente muy variadas formas estructurales, siendo el único requisito para su apreciación la idoneidad de la misma para llevar a cabo su programa criminal. La previsión de distintas penas en función del cargo desempeñado en la agrupación supone en nuestra opinión tan sólo una correcta aplicación del citado principio de proporcionalidad para el caso de que efectivamente la organización criminal en cuestión ostente una estructura jerárquica. En el caso en que no sea así, por ser la estructura de la organización de tipo horizontal, y no pueda discriminarse en el marco de la agrupación entre conductas más o menos gravosas, las conductas aquí

⁹⁷⁵ Art. 416 CP: “Cuando tres o más personas se asocian con la finalidad de cometer delitos, los que promueven o constituyen o organizan la asociación son castigados, por eso solo, con la reclusión de tres a siete años. Por el solo hecho de participar en la asociación la pena es de reclusión de uno a cinco años. Los jefes se someten a la misma pena establecida para los promotores. Si los asociados utilizan las armas en la “campana” o en la vía pública, se aplica la reclusión de cinco a quince años. La pena aumentará si el número de los asociados es de diez o más. Si la asociación está dirigida a cometer alguno de los delitos que recogen los arts. 600, 601 o 602, se aplicará la reclusión de cinco a quince años en el caso previsto en el primer apartado y de cuatro a nueve años en el caso previsto en el segundo apartado”. También el tipo penal de la “associazione di tipo mafioso” del art. 416 bis CP contempla dos categorías de conductas, sancionándolas con distinta pena: por un lado, promover, dirigir y organizar, y, por otra, formar parte.

⁹⁷⁶ Véase la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 13: “la distinción tiene su fundamento en la relación de jerarquía más o menos compleja y en la propia distribución de roles [...], circunstancias ambas que constituyen elementos definidores de la organización criminal”.

⁹⁷⁷ Así, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 512: “Dicha distinción tiene que ver con el sentido que se le ha dado a la “organización criminal”, que exige una cierta estructura jerárquica y distribución de tareas”.

⁹⁷⁸ Parece también de esta opinión SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1401, al afirmar: “el propio sistema de incriminación de estos delitos, al distinguir la responsabilidad entre miembros, dirigentes y simples participantes en la organización criminal, toma como presupuesto la existencia de una determinada estructura que puede llegar a ser jerárquica y con un claro reparto de funciones [...], siendo ello lo que permite distinguir el doble nivel de incriminación”. Nótese el uso de “puede” por el autor, y no de “debe”.

tildadas como “de primer nivel” quedarán sin aplicación⁹⁷⁹, siendo todos los integrantes, al estar al mismo nivel, autores de la conducta de “participar activamente”.

Otro aspecto a mencionar en estas consideraciones generales sobre las conductas típicas es el alejamiento en su redacción respecto a los comportamientos del delito de asociación ilícita de tipo criminal del art. 517 CP, tipo que, como sabemos, venía utilizándose en España para la represión de la criminalidad organizada hasta la introducción en 2010 de los delitos que nos ocupan. Frente a la técnica legislativa de la referencia a los roles desempeñados en la agrupación empleada en el tipo asociativo, en el delito de organización criminal los comportamientos son descritos a la forma usual en el Código Penal, esto es, a través de una descripción de la conducta mediante la utilización de un verbo rector. Esta forma habitual de tipificar las conductas típicas mediante el empleo de un verbo resulta a nuestro juicio más acertada que la anterior por dos razones. Por una parte, por ser más respetuosa con los principios de taxatividad y seguridad jurídica, y con la naturaleza de lo que se castiga, que es “un hacer”, y no “un ser”, de acuerdo con los lineamientos de un Derecho Penal de acto, y no de autor. En sede de asociaciones ilícitas las conductas típicas habían de ser extraídas por el intérprete de los sustantivos del art. 517 CP “fundadores”, “directores”, “presidentes”, y “miembros activos”, mientras que en el art. 570 bis CP el mismo legislador nos indica cuál es la conducta concreta a realizar para su consideración como típica. Por otra, la descripción de las conductas típicas a través de verbos, y no de sustantivos, se adecúa mejor a la naturaleza de las agrupaciones a que tales comportamientos van referidos. Estamos ante agrupaciones de naturaleza esencialmente informal y clandestina en lo que respecta, al menos, a sus fines delictivos, que han de ser, como vimos, los primordiales o más importantes de cara a calificar a la agrupación como organización criminal o asociación ilícita. Si la misma ostenta personalidad jurídica, poseyendo además unos estatutos, en los que figuren con nombre y apellidos quiénes ostentan los cargos de “director” o “presidente”, ello responderá en la mayoría de ocasiones a una artimaña para ocultar su verdadera razón de ser, que es la perpetración de delitos. Y, en el caso de que se trate de una organización que simultanea fines lícitos y delictivos, el director en la “parte legal” de la empresa no tiene por qué ser igualmente el director del entramado delictivo, pudiendo ostentar dicho rol otro sujeto diferente.

Llama la atención también de la comparación de las conductas del art. 570 bis.1 CP con las de los arts. 517 y 518 CP es el de la ampliación del número de comportamientos⁹⁸⁰. Así, mientras que en el marco de las asociaciones ilícitas de tipo criminal se castigaban, y aún hoy se castigan, cinco comportamientos –“cooperar” y los

⁹⁷⁹ Señala esta circunstancia en Italia TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1097, en relación al delito de “associazione per delinquere” del art. 416 del Código penal italiano, donde también se diferencian a nivel penológico dos modalidades de conductas. El referido autor mantiene que en las organizaciones de estructura horizontal no se aplicarán las conductas típicas cualificadas.

⁹⁸⁰ Señala esta circunstancia LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pp. 678 y 679.

extraídos de los sustantivos “fundadores”, “directores”, “presidentes” y “miembros activos” -en sede de organizaciones criminales son ocho las conductas típicas, sancionadas, además, con generalmente superiores a las de los arts. 517 y 518 CP. Este elevado número de conductas ha sido cuestionado en varias ocasiones por la doctrina, preguntándose muchos autores si no hubiera sido suficiente con la tipificación de sólo algunas de ellas⁹⁸¹. La cuestión se ha suscitado tanto en relación a las conductas que podríamos tildar de “de primer nivel”, como respecto a las “de segundo nivel”. En este sentido, en el examen individualizado de cada uno de los comportamientos típicos, concluiremos si la concreta conducta nos resulta o no prescindible.

En lo que respecta al tipo de grupo criminal, no se plantea esta crítica, dado que son sólo tres las conductas que en el mismo se castigan: constituir, integrar y financiar, atribuyéndose en este caso la misma pena a las tres⁹⁸². La estructura menos desarrollada del grupo criminal, que no requiere de la existencia en su seno de una estricta y consolidada división de cometidos entre sus integrantes, parece explicar esta equiparación penológica entre las conductas. No obstante, a nuestro juicio, habida cuenta de que también podrá estar presente el reparto de tareas en el grupo criminal, si bien con menos rigidez y solidez que en la organización criminal, hubiera sido conveniente prever también, en aplicación del principio de proporcionalidad, diferencias penológicas entre las diversas conductas en función de la relevancia de la contribución al grupo que las mismas suponen. En el caso de no identificarse diferencias sustanciales entre las conductas de los sujetos que participan en un grupo criminal, se estimaría, al igual que en sede de organizaciones criminales, que todos realizan la conducta típica básica, que es en este caso “integrar” el grupo criminal; conducta que, por otra parte, y como más adelante exponremos, debería ser sustituida, a nuestro juicio, por la de “participar activamente”.

No podemos dar por terminadas estas consideraciones genéricas sobre las conductas típicas sin hacer, por último, alusión a la naturaleza de tipo penal compuesto mixto de los delitos de organización y grupo criminal, y a las consecuencias que en la práctica ello puede entrañar en el caso, por ejemplo, de que un sujeto realice varias de las conductas típicas en relación a una misma agrupación delictiva. La previsión alternativa de diversas conductas por parte de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP bajo una misma conminación penal, que responde, como decimos, a la técnica legislativa del

⁹⁸¹ Apunta en este sentido SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1402: “lo que quizás es más notable de la previsión de las conductas punibles en relación con las organizaciones criminales [...] es la especial amplitud con que se prevén, de forma que, en realidad las posibles formas de participación punible en una organización criminal son tan amplias que paradójicamente parece que se invierte el sentido político criminal que se había decantado para la interpretación de los delitos de asociación ilícita, y que había encontrado precisamente en el concepto de participación en la actividad criminal de la asociación el injusto típico, y no en la simple integración o pertenencia. Este sentido restrictivo es difícilmente apreciable en los nuevos delitos del art. 570 bis”.

⁹⁸² Así lo señala el propio legislador en el apartado XXVIII del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal.

delito compuesto mixto, comporta que la realización de uno de los comportamientos es ya suficiente para que se aplique el tipo⁹⁸³. Si en relación a una misma agrupación criminal y a un mismo periodo de tiempo, la conducta del sujeto es subsumible en varias de las conductas típicas recogidas de forma alternativa en estos preceptos, habrá de castigársele solo por una de ellas, pues lo contrario supondría vulnerar el principio non bis in ídem⁹⁸⁴. En puridad, esto ocurrirá en todos los casos en que el sujeto integrante de la agrupación ejecute una conducta “de primer nivel”, pues “organizar”, “coordinar” o “dirigir” suponen “participar activamente” en la organización criminal como miembro, por lo que en estos casos la conducta del organizador, coordinar o dirigente podrá subsumirse tanto en las “conductas de primer nivel” respectivas, como en la más amplia de segundo nivel de “participar activamente”. Estaremos en estos casos, por tanto, ante un concurso aparente de leyes a resolver por el criterio de especialidad a favor de la aplicación exclusiva de las “conductas de primer nivel” en cuanto más específicas. No se aplicaría a estos supuestos la regla concursal específica del art. 570 quáter.2.II CP, que impone la aplicación del criterio de alternatividad, pues la misma se refiere al supuesto en que las conductas de los arts. 570 bis y 570 ter CP estuvieran comprendidas en otro precepto del Código penal, y, en este caso, como vemos, el conflicto versa sobre dos conductas del mismo art. 570 bis CP o del art. 570 ter CP. Por otro lado, pudiera también suceder que un mismo sujeto lleve a cabo durante distintos intervalos temporales aportaciones de distinto nivel a la organización criminal. Póngase el caso, por ejemplo, en que un sujeto que se integra inicialmente en la organización criminal como miembro común, realizando distintas aportaciones a la misma, y, perpetrando así la conducta de “participar activamente”, en un momento posterior, sea ascendido por su buen hacer pasando a coordinar o dirigir la organización. Surge así el problema de que el sujeto ejecuta distintas conductas típicas mientras dura su vinculación con la organización criminal, si bien cada una en intervalos de tiempo distintos, por sucesivos. No podemos castigar cumulativamente al sujeto por las dos conductas pues infringiríamos el principio non bis in ídem, si se tiene en cuenta que los comportamientos típicos del delito de organización criminal -y del de grupo criminal -, con la excepción de la conducta de cooperar o financiar, son de carácter permanente, de modo que una sola de las conductas cubre todo el aporte realizado por el sujeto durante el tiempo de su vinculación con la organización. Por ello, a nuestro juicio, como regla general habrían de solucionarse tales casos de mano del criterio de alternatividad, castigando exclusivamente al sujeto por la conducta permanente más grave de las realizadas durante el periodo de vinculación con la organización criminal. El resto de criterios de resolución de concursos normativos -véase: el de especialidad, subsidiariedad y consunción -no resultarían de aplicación a esta casuística. No obstante, pudiera darse en alguna ocasión el supuesto de que una de las dos conductas haya sido

⁹⁸³ Véase MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 275 y 276, que pone como ejemplos de “delitos mixtos” el allanamiento de morada (“entrar o mantenerse en morada ajena”), o el cohecho (“recibe o solicita”).

⁹⁸⁴ Así lo sostiene en Italia TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pp. 1095 y 1096.

ejecutada durante un periodo de tiempo realmente nimio, de modo que no sea representativa de la contribución del sujeto para con la agrupación, en cuyo caso abogamos como medida excepcional por la aplicación de la conducta realmente representativa de “su hacer” para con la organización criminal, en detrimento de la otra, por su insignificancia.

Insta aclarar, aunque parece sobreentenderse del discurso mantenido *supra*, que la unidad de acción también se aplica en relación a una misma conducta de un *intranus*. Esto es, cometen un solo delito de participación activa en una organización criminal tanto el integrante respecto el que sólo se haya probado la comisión de una conducta activa para con la agrupación, como el miembro que haya ejecutado múltiples comportamientos en el seno de la misma. En ambos casos habrá unidad de acción, pues la conducta castigada en tanto permanente comprende a todos los actos positivos ejecutados en calidad de miembro que contribuyan al mantenimiento de la organización o grupo criminal. Lo mismo es aplicable a constituir, promover, y el resto de conductas de *intranus*⁹⁸⁵. En el caso de las conductas de *extraneus* -cooperar con una organización criminal y financiar un grupo criminal -la cuestión se complica, debiendo atenderse a las circunstancias concurrentes en el caso para afirmar la unidad de acción. Así, habida cuenta de que se exige que la conducta de colaboración resulte idónea para contribuir al mantenimiento de la agrupación delictiva, podrá suceder, como veremos más adelante, que una sola conducta no alcance esa idoneidad, integrándose la unidad de acción por una suma de conductas que consideradas en su totalidad sí ostentan esa idoneidad requerida. Otro aspecto a considerar será el temporal, esto es, el intervalo de tiempo en su caso producido entre los distintos aportes externos a la agrupación delictiva, de forma que si son cercanos en el tiempo podrán considerarse una única acción y enjuiciarse conjuntamente, pero si no, y hay un gran intervalo de tiempo entre las mismas, es más probable su consideración como acciones individuales típicas, si de forma individualizada ostentan idoneidad para contribuir de forma relevante al mantenimiento de la agrupación delictiva.

Una vez realizadas estas consideraciones generales sobre las conductas típicas, procedemos a su análisis individualizado, si bien conjunto para ambos delitos. Habida cuenta de que las conductas castigadas en relación al grupo criminal sólo son tres, y coincidentes en algunos casos con comportamientos del tipo de organización criminal, las analizaremos al hilo del examen de éstos últimos, concretando en el caso que se considere aspectos específicos de las mismas.

1.1.2. “Conductas de primer nivel”.

⁹⁸⁵ Señala esta circunstancia en Alemania, en relación al tipo de asociación criminal, HARTMANN, A., “§129 Bildung krimineller Vereinigungen”, *op. cit.*, pág. 843.

a. Consideraciones generales.

En lo que hace a las conductas aquí tildadas de primer nivel, constituidas por “promover”, “constituir”, “organizar”, “coordinar” y “dirigir”, llama la atención en primer lugar que las mismas superen en número a las conductas de primer nivel previstas en el tipo penal de participación en organización terrorista, teniendo en cuenta que las penas previstas para estas últimas son notablemente mayores⁹⁸⁶. Y es que, en el art. 570 bis.1 CP se incorpora respecto a las conductas mencionadas en el art. 572.1 CP la conducta de “coordinar”⁹⁸⁷. En este sentido, GARCÍA DEL BLANCO⁹⁸⁸, considerando “las consecuencias que en este ámbito puede tener la utilización concreta de unos términos u otros”, insta a equiparar las conductas comprendidas en uno y otro precepto. En cualquier caso, al analizar de manera individualizada cada una de las conductas, veremos si efectivamente la inclusión de “coordinar” supone el castigo de comportamientos adicionales a los previstos en sede de organizaciones terroristas, o si es un término redundante respecto a otras de las conductas típicas, y, por ello, irrelevante.

El segundo aspecto que nos llama la atención en relación a estas conductas es la falta de preocupación o de interés a nivel jurisprudencial en su delimitación entre sí, no siendo infrecuente su utilización indistinta en las sentencias, como si de sinónimos se tratase, siendo un claro ejemplo de ello la SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2015, que condena a uno de los acusados por el delito de pertenencia a organización criminal “como promotor, organizador, coordinador o director de la misma”⁹⁸⁹.

Se identifica, además, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, una tendencia a asimilar, por una parte los comportamientos de “promover” y “constituir”, y, por otra, los de “organizar”, “coordinar” y “dirigir”, atribuyéndose a los primeros “responsabilidades de carácter fundacional”⁹⁹⁰, manifestadas en la ostentación de la

⁹⁸⁶Promover, constituir, organizar, coordinar o dirigieren una organización criminal serán castigados *ex art. 570 bis. 1.I CP* con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla 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; mientras que promover, constituir, organizar o dirigieren una organización terrorista entraña *ex art. 572.1 CP* penas de prisión de ocho a catorce años.

⁹⁸⁷ Señala esta discordancia GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 561.

⁹⁸⁸ GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 561.

⁹⁸⁹ Véase el apartado Segundo de los Antecedentes de la STS 178/2016, de 3 de marzo, que recoge el fallo del tribunal de instancia formulado en la SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2015.

⁹⁹⁰ Así la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág.14, que establece que deben considerarse como promotores o constituyentes *ex art. 570 bis.1.I CP* a “quienes adoptan decisiones o desempeñan responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización”, aclarando que entrarían en el término tanto los que “determinan las actividades y finalidades de la misma y sus líneas esenciales de actuación” como “quienes la promocionan o promueven” y “quienes a dicho fin realizan labores de captación de los que van a integrar el núcleo operativo de la organización o de coordinación de las tareas de reclutamiento de sus futuros miembros”.

batuta en el proceso de creación del entramado criminal, y a los segundos capacidades directivas en la agrupación criminal creada por los primeros⁹⁹¹. Ejemplos de esta práctica los encontramos en la SAN 2/2016, de 5 de febrero⁹⁹², que condena a dos sujetos en concepto de “autores de un delito de promoción y constitución de un organización”⁹⁹³, así como en el tratamiento conjunto de uno y otro grupo de conductas realizado por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011⁹⁹⁴, o por autores como ROMA VALDÉS⁹⁹⁵ y GARCÍA DEL BLANCO⁹⁹⁶.

En lo siguiente nos proponemos analizar de forma individualizada cada una de las conductas típicas para, en la medida de lo posible, tratar de delimitarlas entre sí.

b. Constituir

“Constituir” es una conducta típica castigada tanto en el art.570 bis.1 CP como en el art. 570 ter.1 CP, por lo que las consideraciones aquí contenidas son aplicables a ambos tipos penales. Su significado, atendiendo al DLE, es “establecer, erigir, fundar”⁹⁹⁷, en este caso la organización o el grupo criminal como agrupaciones

⁹⁹¹ Definen, por ejemplo, de forma conjunta a las conductas de dirigir, organizar y coordinar la organización criminal la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 14 (“Son dirigentes, directores, organizadores y coordinadores, con carácter general, los que gobiernan o mandan en el colectivo, esto es, aquéllos que dan las órdenes o directrices que deben seguirse dentro de la organización y que tienen por tanto capacidad de decisión”), y ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 799 que las define de manera genérica como “la adopción de acuerdos de gobierno o [...] directrices de objetivos y funcionamiento”. También en la jurisprudencia se tiende a no individualizarlas. Véase, por ejemplo, la SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2016, confirmada en su integridad por la STS 312/2017, de 3 de mayo, que condena a tres de los acusados como “autores responsables de un delito de pertenencia a organización criminal, ejerciendo en ella labores de dirección y/o coordinación”.

⁹⁹² Esta sentencia, que luego ratifica la STS 920/2016, de 12 de diciembre.

⁹⁹³ Otro ejemplo en sede jurisprudencial del uso indistinto de las conductas de constituir y promover lo podemos encontrar en la STS 920/2016, de 12 de diciembre, que ratifica la condena a dos sujetos como “autores de un delito de promoción y constitución de una organización” por -de acuerdo con los hechos probados- haberse concertado “para crear y mantener la página Youkioske por tiempo indefinido” con el fin de publicar en ella diversas publicaciones periódicas y libros sin el consentimiento de los titulares de los derechos de explotación de las mismas, y obtener así beneficios ilícitos.

⁹⁹⁴ Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág.14.

⁹⁹⁵ ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 799: “Los conceptos de promoción o constitución suponen la adopción de decisiones o toma de responsabilidades para crear la organización o ponerla en funcionamiento [...] Por otro lado, los actos de organización, coordinación y dirección comprenden la adopción de acuerdos de gobierno o marcan las directrices de objetivos y funcionamiento”.

⁹⁹⁶ GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 561 *in fine* y 562: “Son promotores o constituyentes quienes asumen el rol de <<ideólogos>> de las actividades y finalidades de una organización [...] Son dirigentes, directores, organizadores o coordinadores los que gobiernan o mandan en una asociación criminal”. También FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 266 y ss., los aborda conjuntamente.

⁹⁹⁷ Tal es el significado más acorde en relación a las organizaciones criminales. El conjunto de acepciones del término del DLE son: “1. tr. Formar, componer, ser. El Sol y los planetas constituyen el sistema solar. El robo constituye delito. 2. tr. Establecer, erigir, fundar. Constituir una familia, un

dedicadas con vocación de estabilidad a cometer delitos. Se equipara, por tanto, con la conducta típica de “fundar”, extraída del sustantivo “fundadores”, prevista en sede de asociaciones ilícitas. Si bien, se agradece el cambio de terminología respecto al tipo de asociación ilícita, pues “fundar” parece denotar mayor formalismo que “crear”, por lo que se adecúa mejor a la naturaleza esencialmente informal y clandestina de las agrupaciones criminales⁹⁹⁸. Atendiendo a su significado, parece que la conducta tiene lugar en un momento anterior a la existencia de la organización o grupo criminal⁹⁹⁹. Así lo señala SANTA RITA TOMÉS, que califica al constituyente, junto al promotor, como los “arquitectos” de la organización¹⁰⁰⁰. La finalización de la conducta tendría lugar así con la creación de la organización o del grupo criminal como agrupación estructurada idóneamente para delinquir, que sería el resultado típico. Se plantea así la cuestión del posible castigo en grado de tentativa del sujeto que realice actos materiales para la constitución de la organización o el grupo criminal sin que se produzca efectivamente el resultado, esto es, sin que llegue a existir la agrupación de manera apta para delinquir, suponiendo una lesión para la seguridad colectiva. Esta cuestión la abordaremos en el capítulo atinente al *iter criminis*, por lo que allí nos remitimos a este respecto. No obstante, en Alemania se ha previsto por algunos autores, en relación a la figura homóloga del §129 StGB, la posibilidad de que la conducta de constituir -allí *gründen* - se realice una vez exista ya una organización criminal. Y ello por cuanto entienden “gründen” también como la modificación de los objetivos delictivos de una organización criminal, en el sentido de cambiar los delitos-fin que hasta entonces constituían su objetivo por otros de tipo completamente diverso¹⁰⁰¹. Así, el cambio sustancial de los objetivos delictivos es visto como la creación de una nueva organización criminal, distinta de la anterior. A nuestro juicio, aunque dicho cambio

Estado.3. tr. Asignar, otorgar, dotar a alguien o algo de una nueva posición o condición. El testamento le constituyó heredero universal.4. tr. p. us. Obligar a alguien a hacer algo. 5. prnl. Asumir obligación, cargo o cuidado”.

⁹⁹⁸ Señala este aspecto, celebrando el término “constituir”, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 267, pues, para esta autora la palabra “fundar” “parece aludir a un procedimiento formal previsto en la ley para la constitución de ciertas entidades”.

⁹⁹⁹ Así lo señala en Italia, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1095, en relación a la conducta homóloga del tipo penal de “associazione per delinquere” del art. 416 del Código penal italiano. También es ésta la interpretación mayoritaria en relación al término “fundadores” del delito de asociación ilícita. Véase, por ejemplo, si bien en referencia al Código penal de 1944, TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Artículo 174”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, pp. 406 y 407: “la participación del fundador es previa a la existencia de la asociación en cuanto promueve su constitución”.

¹⁰⁰⁰ SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 153 y 579, que los conecta con la “fase embrionaria” de la organización. Si bien el autor se refiere concretamente al tipo de organización terrorista, sus consideraciones son aquí trasladables por la identidad a este respecto entre las conductas típicas de los delitos de organización terrorista y organización criminal.

¹⁰⁰¹ Así, MALJEVIC, A., “‘Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’. Different Legal Models Against Criminal Collectives”, *op. cit.*, pág. 42. En España mantiene esta interpretación LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 679: “es posible que en una organización delictiva ya constituida surjan nuevas doctrinas preconizadas por algunos individuos que impliquen cambios de estrategia o de fines, los cuales también deberán tener la categoría de constituyentes”.

suponga un cambio sustancial en las penas, por la mayor o menos gravedad de los nuevos delitos-fin, traducir jurídicamente dicha modificación como “constituir” nos parece exagerado, teniendo en cuenta que el injusto contra la seguridad colectiva ya se estaba produciendo con anterioridad a dicho cambio de objetivos, si bien referida a otros bienes jurídicos.

Consideramos, así, que esta contribución a la modificación de los delitos-fin objeto de la agrupación ya criminal ha de subsumirse en otras conductas típicas como promover u organizar. No obstante, en el caso en que la organización criminal o grupo criminal surja a raíz de una agrupación ya existente, si bien con fines lícitos, por la mutación sustancial de sus objetivos a delictivos, sí cabría apreciar la conducta de “constituir” en el comportamiento del sujeto que contribuye de ese cambio sustancial de objetivos de la agrupación lícita ya existente. En este caso sí se crea la organización o grupo criminal como agrupación dedicada con vocación de permanencia a delinquir, y, lesionar con su existencia la seguridad colectiva. Así, en las organizaciones creadas inicialmente con fines legales, que posteriormente muten en delictivos por la intervención de una persona o personas, será autor de la conducta de “constituir”, no el que originó desde cero la agrupación, originariamente legal¹⁰⁰², sino el que instó o provocó el cambio sustancial de sus objetivos, de lícitos a delictivos¹⁰⁰³. La conducta del que constituyó la agrupación con fines lícitos será atípica en lo que respecta a las conductas que nos ocupan¹⁰⁰⁴; no obstante, si, pese a no haber intervenido en la transformación del fin lícito en delictivo, el sujeto conoce tal circunstancia y aun así sigue participando en la agrupación, deberá ser castigado *ex art. 570bis.1.I CP* en atención a la conducta que desempeñe en ésta.

Supuesto cualitativamente diverso será aquél en que la agrupación lícita se transforme en delictiva, no por un cambio en sus fines operado por algún sujeto o sujetos, sino por circunstancias ajenas a la voluntad de los integrantes, como puede ser una modificación legislativa que incrimine la actividad hasta entonces lícita objeto de la agrupación. En este caso si los sujetos continúan agrupados para realizar dicha actividad, ahora de carácter delictivo, serán castigados en atención a la actividad que desempeñen en la agrupación, pero ninguno de ellos responderá por “constituir” la

¹⁰⁰² También lo señala, si bien en relación a los “fundadores” del delito de asociación ilícita (art. 517.1º CP), CANCIO MELIÁ, M., “Artículo 517”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1293: “en los supuestos de ilicitud sobrevenida, la fundación de la asociación lícita no genera responsabilidad”.

¹⁰⁰³ Así, en relación a la legislación alemana, MALJEVIC, A., “‘Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’. Different Legal Models Against Criminal Collectives”, *op. cit.*, pág. 42.

¹⁰⁰⁴ De esta opinión parece ser ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 799, cuando afirma que: “Los conceptos de promoción o constitución suponen la adopción de decisiones o toma de responsabilidades para crear la organización o ponerla en funcionamiento. Su responsabilidad únicamente podrá decaer en los casos de creación de organizaciones lícitas en sus inicios que, sin intervención de los sujetos, adquieren una evolución que las conduce a la comisión de una actividad delictiva por ausencia de elemento subjetivo de a conducta”.

organización o grupo criminal pues no han contribuido a su creación, sino a su mantenimiento¹⁰⁰⁵.

Por otra parte, cabe señalar que en la práctica lo habitual será que esta conducta sea realizada por varios sujetos, y no por uno solo. Teniendo en cuenta que la organización y el grupo criminal son agrupaciones secretas, que actúan en la clandestinidad para no ser descubiertas dada la ilicitud de sus fines, su constitución no consistirá en un registro formal o acto solemne, sino en un proceso informal de establecimiento de objetivos, reunión de medios personales y materiales y coordinación de los mismos, que tenga como resultado una agrupación subsumible en la definición legal de organización o grupo criminal de los arts. 570 bis.1.II y 570 ter.1.II CP y apta en su estructura para la realización con éxito de su objetivo criminal.

Mucho se ha reflexionado en la doctrina sobre las altas penas aparejadas a la conducta de “constituir”, y por conexión, de “promover” - cuatro a ocho años de prisión, en el caso de que el objeto de la organización consista en la comisión de delitos graves; tres a seis años, en el resto de casos -, llamándose también la atención sobre su equiparación a conductas como “dirigir” u “organizar”, aparentemente más importantes. En este sentido, FARALDO CABANA propone, con acierto, interpretar restrictivamente las conductas de promotores y constituyentes exigiendo cierto nivel de relevancia, habida cuenta de su asimilación a nivel penológico con la conducta del dirigente, mando máximo de la organización que da las órdenes al resto de miembros. Así, deben quedar fuera del tipo comportamientos secundarios insignificantes que no contribuyan de forma sustancial a la creación de la organización o grupo criminal¹⁰⁰⁶. Otros autores fundamentan, sin embargo, la crítica sobre el excesivo castigo a esta conducta en relación al momento temporal “pre-organizativo” en que se producen estas conductas. En esta línea se mueven concretamente las objeciones de SANTA RITA TAMÉS, para el que las conductas de promover y constituir, en tanto realizadas antes de la existencia de la organización o grupo criminal, representan un nivel menor de “desestabilización normativa” que el resto de conductas, referidas a la organización o grupo criminal ya existente¹⁰⁰⁷. Así, si bien es cierto que lo habitual es que el que contribuya de manera sustancial a la creación de una organización o grupo criminal sea parte luego de esa agrupación, y, además, normalmente llevando a cabo una conducta de primer nivel, podría darse en alguna ocasión el supuesto extraño de que el sujeto que participa en el proceso de creación de la agrupación se limite a dicho aporte para con la misma, no manteniendo después vinculación alguna con la organización o grupo criminal por propia voluntad. ¿Resulta equiparable la conducta del sujeto que contribuye exclusivamente a la creación de la agrupación, desvinculándose de la misma, que la del director, integrante de la agrupación, que de manera permanente da órdenes al

¹⁰⁰⁵ ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 799.

¹⁰⁰⁶ Así, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 266.

¹⁰⁰⁷ SANTA RITA TAMÉS, G., “El delito de organización terrorista”, *op. cit.*, pp. 161-163.

resto de miembros sobre las conductas a realizar? Parece que no. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS¹⁰⁰⁸ propone, con gran acierto, una interpretación restrictiva de los términos “promover” y “constituir” que vendría a dar una solución a esta incoherencia. Así, entiende que, pese a que nada se dice expresamente en la letra de la ley, ha de exigirse de cara a apreciar las conductas típicas de “promover” y “constituir” que el sujeto promotor o creador mantenga una vinculación posterior en calidad de miembro con el entramado delictivo por él promovido o creado. Entendemos como un acierto esta interpretación del verbo típico, en el sentido de reclamar la cualidad de integrante del sujeto activo de la misma, y, por tanto de su vinculación posterior de manera permanente a la agrupación criminal a cuya existencia ha contribuido¹⁰⁰⁹. De esta forma se consigue que el castigo atribuido por la ley a la conducta resulta proporcionado. En los casos -infrecuentes- en que el sujeto se limite a contribuir, si bien de forma decisiva, a la creación de la organización criminal, desvinculándose luego del mismo por propia voluntad, sin llegar a ostentar relación permanente con la misma como miembro, proponemos su castigo como cooperador externo, esto es, como sujeto activo de la conducta cooperar de cualquier modo con la organización criminal. En el caso del grupo criminal, dicho castigo no cabría si no se traduce en una forma de financiación. pues la punición de la colaboración de externos se limita a la conducta de financiar. Ello es consecuente con el menor injusto del grupo criminal respecto a la organización criminal, al no dotarse de un código normativo de imposición coactiva a sus miembros.

De todas maneras, lo cierto es que será difícil la identificación de los sujetos activos de esta conducta en los casos en que el descubrimiento de la agrupación se produzca una vez transcurrido un largo periodo de tiempo desde su creación, en cuyo caso, sin pruebas sobre el proceso de creación de la misma, la única posibilidad de castigar a dichos sujetos será a través del resto de conductas típicas, de seguir éstos ligados a la organización o grupo como miembros. Esto sucederá especialmente en relación a las organizaciones criminales, que, interpretamos como agrupaciones de tipo mafioso. Piénsese que la fuerza intimidatoria que caracteriza a estas agrupaciones no se adquiere de forma inmediata, sino que es fruto de un proceso largo en el tiempo. Véanse sino las grandes organizaciones italianas de la Camorra, la Cosa Nostra o la Ndraguetta. De descubrirse la actuación de estas agrupaciones en territorio español, se podrá castigar a los delincuentes, miembros de las organizaciones, como partícipes activos o dirigentes, de probarse su efectivo poder de mando, pero difícilmente como sujetos activos de la conducta de constituir, pues para identificar a los creadores de dichas agrupaciones tendríamos que retrotraernos muy atrás en el tiempo, a los orígenes de

¹⁰⁰⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1402.

¹⁰⁰⁹ Parece también mantener esta interpretación SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 563, pues refiere que todas las conductas de primer nivel “corresponden a personas que ocupan un lugar de primacía en la estructura orgánica de la organización”, pareciendo requerir, por tanto, la condición de integrantes a los sujetos activos de dichos comportamientos, entre los que se encuentra “constituir”.

estas organizaciones¹⁰¹⁰. Ello, a no ser que se mantenga una interpretación amplia de constituir que comprenda también la instauración de nuevas sedes territoriales de actuación de la organización criminal, de forma que, además del creador originario, ostentaría también dicha condición el sujeto que promovió o creó en España la ramificación de la organización. No somos, sin embargo, partidarios de esta última interpretación, habida cuenta de que la organización, pese a actuar en diversos espacios, en su existencia es una sola.

Por otra parte, en cierto sentido puede decirse que la conducta de “promover” que veremos a continuación incluye ya en cierto sentido a la de “constituir” que aquí vemos. “Impulsar el desarrollo o la realización de algo”, en este caso de la organización criminal, en que se traduce según el DLE la conducta de promover comprende a todos los actos que contribuyen a la creación de la organización y a su posterior desarrollo y mantenimiento. Esta circunstancia unida a la anterior pueden llevar al cuestionamiento del sentido de la incriminación concreta de “constituir” en el delito de organización criminal. En este sentido, varios autores en una propuesta *de lege ferenda* sobre los delitos de organización y grupo criminal han señalado lo prescindible de esta conducta, abogando por la suficiencia de “promover” a estos efectos¹⁰¹¹. Y es que, como veremos “infra”, “promover” como conducta resulta apta para castigar tanto los comportamientos “pre-organizativos” que contribuyen a la existencia de la organización criminal, y, por tanto, del injusto sistémico, como a los comportamientos, que, una vez ya existente la organización, favorecen su desarrollo. Podría, pues, suprimirse “constituir” para evitar el excesivo casuismo en la redacción del precepto. No obstante, mientras ello no se haga, *de lege lata*, habida cuenta de esa duplicidad, para su evitación pudiera entenderse constituir como aquí señalamos, en el sentido, de conducta que contribuye de manera decisiva al nacimiento de la organización o grupo criminal, restringiendo en sede de organizaciones criminales el significado de “promover” a impulsar el desarrollo de la organización criminal ya existente¹⁰¹², en el sentido de dotarla de nuevos integrantes y medios materiales. A continuación, desarrollamos el significado de esa conducta.

¹⁰¹⁰ En este sentido, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1099. Este autor italiano busca precisamente la explicación a la ausencia del castigo de la conducta de “constituir” en el tipo de asociación de tipo mafioso del art. 416 bis CP en esta circunstancia, esto es, en la larga tradición y existencia de las agrupaciones mafiosas en Italia.

¹⁰¹¹ Nos referimos a la propuesta realizada conjuntamente por GARCÍA RIVAS, N., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., CANCIO MELIÁ, M., CUENCA GARCÍA, M.J., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., FARALDO CABANA, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., LAMARCA PÉREZ, C., BRANDARIZ GARCÍA, J.A., GARROCHO SALCEDO, A., “Delitos de organización: arts. 515 y 516, 570 bis y ss., 571 y ss. (Asociaciones ilícitas, organizaciones criminales y delitos de terrorismo)”, *op. cit.*, pág. 412. En puridad, las únicas conductas a cuyo mantenimiento abogan estos autores son las de “promover” y “dirigir”. También señala que “promover” abarca la conducta de “constituir”, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 679.

¹⁰¹² Así, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 679.

c. Promover

A diferencia de “constituir”, la conducta de “promover” sólo se castiga en el art. 570 bis.1 CP, no previéndose su punición en el tipo de grupo criminal. Tampoco en el clásico delito de asociación ilícita se prevé el castigo de esta conducta¹⁰¹³. Su castigo, por tanto, en sede de delincuencia organizada común en el Código Penal resulta novedosa. No sucede así en el ámbito de la delincuencia organizada de tipo político, pues “promover” sí se incluía originariamente entre las conductas típicas relacionadas con las “bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” en el antiguo -hoy ya derogado- art. 516 CP, castigándose actualmente en el art. 572.1 CP¹⁰¹⁴, relativo al tipo de organizaciones y grupos terroristas.

“Promover” es un término de significado amplio y abstracto, consistente, según el DLE, en “impulsar el desarrollo o la realización de algo”. La amplitud de dicho significado ha motivado diversas tesis doctrinales en cuanto al momento temporal en relación al estado de la organización criminal en que el comportamiento ha de producirse. Así, mientras la Fiscalía General del Estado y la doctrina mayoritaria abogan por su producción necesariamente en un momento anterior al de la existencia de la organización criminal como agrupación estructurada idóneamente para delinquir¹⁰¹⁵, un sector minoritario, pero importante de la doctrina, entiende que el comportamiento abarcaría comportamientos tanto anteriores como posteriores a la existencia de la

¹⁰¹³ Señálese, no obstante, que ciertos autores defendían la posibilidad de la punición de la conducta de promover la asociación ilícita como inducción a fundar una asociación ilícita, al mantener una interpretación restrictiva del verbo “fundar”. Así, Art. 517”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 1544.

¹⁰¹⁴ Art. 572.1 CP: “Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años”.

¹⁰¹⁵ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 14, que define a los promotores -y también a los constituyentes, pues trata los términos como sinónimos - de la organización como “quienes la promocionan y promueven y quienes a tal fin realizan labores de captación de los que van a integrar el núcleo operativo de la organización o de coordinación de las tareas de “reclutamiento” de sus futuros miembros”, haciendo referencia con tales palabras a lo que parece una organización aún no existente. En la doctrina, vinculan “promover” con un momento “pre-organizativo”, ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 799, POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 169, y SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 154-156, si bien éste último en referencia a la organización terrorista. Estos dos últimos autores critican en este sentido que se equiparen las penas de una conducta realizada cuando aún no existe la organización como tal con otras, como dirigir o coordinar, que concurren respecto a la organización criminal ya vigente. Así, POLAINO-ORTS afirma: “la modalidad de promover la organización (¡todavía no existente!) supone una censurable anticipación de la anticipación punitiva, doble adelantamiento que aleja excesivamente el núcleo típico del resultado ulterior del delito-fin, y que -precisamente por ello- no debiera equipararse normativamente, aunque el legislador lo haga, a aquellas conductas en las que ya la organización ha sido creada y se halla activa en el mundo social”.

organización criminal como tal¹⁰¹⁶, incluyendo en éstos últimos a conductas como las de reclutamiento o adoctrinamiento de nuevos miembros. Por último, una última postura, que aquí mantenemos, restringiría el significado de “promover” a los actos que impulsan el desarrollo de la organización ya existente, habida cuenta de que para castigar la promoción de la existencia de la misma ya se dispone de la conducta “constituir”¹⁰¹⁷.

El significado mentado de “promover” como “impulsar el desarrollo o la realización de algo” habilita esta interpretación de la conducta como impulsar la organización criminal ya creada, en el sentido de favorecer su continuidad o su fortalecimiento. Comportamientos concretos en que podría traducirse dicha promoción podrían ser el reclutamiento de nuevos miembros para la organización criminal¹⁰¹⁸, la adquisición de medios materiales y su incorporación a la misma, la modificación de estrategias u objetivos criminales en pro de una mayor eficacia de la agrupación, o, siguiendo a TONA, cualquier forma de estimulación de los miembros para una consecución más exitosa del programa criminal¹⁰¹⁹. LLOBET ANGLÍ¹⁰²⁰ incluye también entre las conductas de promoción de la organización criminal la de adoctrinar, esto es, inculcar a sujetos a los que se quiere “captar” como futuros miembros o a los ya integrantes de la organización determinadas ideas o creencias propias del sentir social de la agrupación. A este respecto, lo cierto es que el adoctrinamiento se relaciona más con el ámbito de organizaciones o grupos terroristas, que de la criminalidad común, pues en las organizaciones criminales falta el componente político presente en las primeras. No obstante sí es cierto que pudiera estar presente en alguna organización criminal cierto componente ideológico tras la finalidad delictiva, adquiriendo en esos casos virtualidad la conducta de adoctrinamiento como forma de promoción de la organización criminal. Ello pudiera suceder, por ejemplo, en el contexto de las bandas latinas, donde son imaginables conductas de adoctrinamiento en relación a la supremacía de lo latino o del valor de la violencia como medio legítimo para la consecución de objetivos.

¹⁰¹⁶ Así, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 561: “Son promotores o constituyentes [...] todos aquéllos que la promocionan o promueven, entre ellos, los fundadores del ideario de la banda criminal y de sus líneas de actuación, los cuales suelen estar vinculados a su creación. También sería posible que, estando ya constituida la organización, surgieran nuevas líneas de actuación defendidas por algunos sujetos que implicasen cambios de objetivos o estrategias de actuación”. En Italia mantiene esta interpretación de la conducta homóloga “promuovere” del delito de asociación para delinquir del art. 416 CP, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1095: “El promotor es aquél que asume la iniciativa en torno a la que se agregan los otros asociados -en referencia a la iniciativa de crear la asociación - [...] promotor es también aquél que, cuando la asociación ya existe, alimenta la capacidad criminal solicitando a otros integrarse o estimulando la iniciativa de los asociados para la consecución más exitosa de la finalidad de la agrupación”.

¹⁰¹⁷ De esta interpretación es LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 679.

¹⁰¹⁸ Así, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 679.

¹⁰¹⁹ TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1095.

¹⁰²⁰ LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 679.

En cualquier caso, habida cuenta de las altas penas aparejadas a la conducta de “promover”, en tanto conducta de primer nivel, asemejada a “dirigir” la organización criminal, insta exigir cierta relevancia a la conducta de promoción en el sentido de reclamarle un peso importante en el desarrollo y reforzamiento de la organización criminal. A este respecto, conductas puntuales de promoción que no supongan una contribución importante a estos efectos han de quedar extramuros del verbo típico, siendo calificables como de participación activa. Es, por ello, exigible una conducta permanente o continuada de promoción eficaz de la organización, o, bien una conducta puntual u ocasional pero que contribuya de manera decisiva al fortalecimiento de la organización como agrupación estructurada idóneamente para delinquir. En cualquier caso, aun siendo puntual aunque decisiva la conducta de promoción, es de requerir para su consideración la condición de miembro de la agrupación del sujeto activo de la misma. La elevada penalidad de la conducta requiere, desde luego, a nuestro juicio de una vinculación permanente del sujeto con la organización criminal, traducible en su condición de integrante activo. Así, en el caso de que un sujeto “extraneus” colabore en las labores de reclutamiento de nuevos miembros o de cualquier forma contribuya al fortalecimiento de la organización criminal ya existente, habrá de apreciarse la conducta típica de “cooperar de cualquier modo” con la organización criminal. En el grupo criminal, donde no se prevé esta conducta, no estaría de más su inclusión junto a constituir y dirigir como conducta de primer nivel, dejando en segundo nivel, con una pena inferior a la participación activa y a la financiación externa, en pro del principio de proporcionalidad.

d. Dirigir

También “dirigir” constituye una conducta sólo prevista en el tipo de organización criminal, no estando incluida entre los comportamientos típicos en relación al grupo criminal. Ello no significa, sin embargo, que no se castigue en este último delito, sino que se pune como “integrar” o “promover” el grupo criminal, sin preverse una pena de mayor gravedad por razón de la dirección de la agrupación. Han de ser, por tanto, los jueces los que, dentro del marco penal homogéneo previsto para las tres conductas de grupo criminal, ponderen la pena llevándola a su extremo superior cuando el integrante realice labores de dirección del entramado criminal. Como en su momento señalamos, hubiera sido preferible que el mismo legislador hubiera ponderado las penas en el tipo de grupo criminal, a semejanza de lo ejecutado en sede de organización criminal, previendo conductas de primer y segundo nivel, incluyendo en las primeras la de dirigir el grupo criminal.

Si no se contempla expresamente la conducta de “dirigir” en la figura del grupo criminal, sí se hace, sin embargo, en los delitos de participación en organizaciones y grupos terroristas, en el art. 572.1 CP, así como en el tradicional delito de asociación ilícita, al hacer referencia el art. 517.1º CP a los “directores” de la asociación. También muchos de los subtipos cualificados previstos en la Parte Especial por razón de la pertenencia a una organización o asociación criminal contemplan una cualificación de

segundo grado para los “jefes, encargados o administradores de la organización”, pudiendo citarse, a este respecto, los subtipos de tráfico de drogas de los arts. 369 bis y 370.2º CP o el de trata de personas del art. 177bis.6.II CP. La doctrina y jurisprudencia dictada en relación a todas estas normas nos será así de gran ayuda para interpretar la conducta de “dirigir” la organización criminal del art. 570 bis.1 CP.

Pues bien, según el DLE “dirigir” significa “gobernar, regir, dar reglas”. En este sentido apuntan todas las definiciones acuñadas entre la doctrina y jurisprudencia, tanto en relación al término “directores” del art. 517.1º CP, como en relación al de “dirigir” del art. 570bis.1 CP, que ahora nos ocupa. Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁰²¹ conectaba en su momento el término “directores” con funciones de iniciativa, mando y control, y la jurisprudencia los definía como “los que gobiernan, rigen u ordenan la actuación” de la agrupación delictiva, en la STS 1/1997, de 28 de octubre¹⁰²², o como “los que tienen la capacidad de dirección de las operaciones, sin excluir su intervención personal en las mismas, existiendo una relación de subordinación o jerarquía con los demás miembros”, en la STS 157/2014, de 5 marzo¹⁰²³. De aquí ya se extraen algunas consideraciones o reglas de cara a la aplicación de la conducta en el contexto que nos ocupa. La primera premisa, muy obvia, es que para poder estimar este comportamiento típico la organización criminal a la que va referido ha de ostentar una estructura necesariamente jerárquica pues “dirigir” entraña dar órdenes a otros, que se encuentran subordinados al que dirige. Por tanto, en el supuesto en que la estructura sea horizontal no será de aplicación esta conducta.

La segunda observación a hacer se refiere al momento temporal en que la conducta ha de tener lugar, que ha de ser una vez la organización criminal existe como tal, suponiendo su existencia un peligro abstracto para los bienes jurídicos amenazados por su programa criminal. Estamos ante una conducta, por tanto, “post-organizativa”¹⁰²⁴.

Además, el sujeto activo de la conducta de “dirigir” ha de ser miembro de la organización criminal, esto es, ha de encontrarse vinculado de manera permanente a la agrupación delictiva. Ello se extrae de las reglas lógicas de experiencia, pues el jefe o director siempre es integrante de la organización, si bien integrante de primer nivel, y, de las altas penas aparejadas a la conducta, que requieren para su legitimación de esa vinculación con el entramado. La cuestión, sin embargo, que sí requiere de mayor consideración es la relativa al ámbito de aplicación de la conducta, o, dicho de otro

¹⁰²¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 270.

¹⁰²² STS 1/1997, de 28 de octubre, FJ Vigésimo-tercero.

¹⁰²³ STS 157/2014, de 5 marzo, FJ Undécimo, haciendo referencia a la STS 281/2013, de 2 de marzo.

¹⁰²⁴ Señalan esta circunstancia SANTA RITA TAMÉS, G., “El delito de organización terrorista”, *op. cit.*, pp. 143 y 156, si bien en relación a la organización terrorista, y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 269 y 270 (“Los [...] "directores" intervienen con posterioridad a este momento: [...] dirigen una asociación ya constituida, pues -en otro caso- más que de [...] "directores" podría hablarse, con mayor corrección, de "promotores”), y FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 248, en referencia a la asociación ilícita.

modo, a la extensión con que ha de ser interpretado “dirigir”. ¿Ha de ser entendido de una manera restrictiva como ejercicio de poder de mando de forma originaria o ha de comprender también dicho ejercicio cuando proviene de una delegación, esto es, la dirección de forma delegada?

Esta pregunta ya se cuestionó en su momento en relación sobre todo al término “directores” del art. 517.1º CP. Lo cierto es que en sede de asociaciones ilícitas esta cuestión ostenta más relevancia que en sede de organizaciones criminales pues son menos las “conductas de primer nivel” en el tipo asociativo. Así, si se interpreta restrictivamente el término “directores”, el sujeto que ostenta de forma delegada funciones de mando habrá de calificarse seguramente como “miembro activo”, con una pena menor, a no ser, no obstante, que su conducta pueda considerarse de alguna forma promoción de la organización. En sede de organizaciones criminales, donde junto a “dirigir”, se encuentran “coordinar” y “organizar” como términos residuales, la interpretación restrictiva del primero no tendría necesariamente el efecto que en asociaciones ilícitas, al poderse castigar al sujeto que manda de forma delegada en la organización como organizador o coordinador.

En cualquier caso, la cuestión merece de la oportuna consideración. A este respecto, se identifican dos posiciones en relación a la extensión del significado de “dirigir”: una restrictiva, defendida por FARALDO CABANA, como ejercer funciones de dirección al más alto nivel y de forma originaria, dejando extramuros, por tanto, a los que lleven a cabo dichas funciones delegadamente¹⁰²⁵; y una más amplia, que comprende entre los sujetos activos de la conducta a éstos últimos, esto es, a los que llevan a cabo funciones de mando y dirección en virtud de una delegación, y que parece ser la interpretación mayoritaria actualmente tanto en los planos doctrinal como jurisprudencial. Entre los seguidores de esta última interpretación se encuentran, por

¹⁰²⁵ Así FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 251, en relación al término “directores”: “no es posible incluir en el concepto de director a los mandos intermedios, que participan en el ejercicio de ciertas funciones de dirección, muchas veces de forma limitada a un período temporal o a un territorio determinados, y siempre en relación de subordinación jerárquica respecto de los dirigentes de la asociación, de los cuales reciben órdenes e instrucciones. El mando intermedio que ejerza delegadamente funciones de mando vendría así a ser así, según la autora, “miembro activo”, castigado con menor pena *ex art.* 517.2º CP, o, en el caso de los subtipos cualificados, con la pena “básica” del subtipo, esto es, sin la “supra-agravación” prevista para los “jefes”. La autora aplica esta interpretación también a la conducta “dirigir” del art. 570 bis.1 CP. Véase FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 270: “lo correcto sería llegar a la misma conclusión que en materia de asociaciones ilícitas, esto es, entender que la conducta de los mandos intermedios ha de castigarse como integración activa en la organización criminal”. También se identifica esta interpretación, si bien en referencia al tipo de asociación ilícita, en la STS 109/2012, de 14 de febrero, FJ Trigésimo-noveno: “En principio, el tipo penal más grave del art. 517.1º comprenderá sólo los máximos directivos de la asociación, opción interpretativa que nos parece la más razonable y proporcionada a la naturaleza y entidad de las conductas, y que ha sido la seguida en este caso por la sentencia de instancia. [...] Por consiguiente, se considera que lo adecuado es interpretar la locución “miembro activo” en el sentido de sujeto que dentro de la organización ocupa una categoría intermedia, tal como ha defendido un sector doctrinal”.

ejemplo, LLOBET ANGLÍ¹⁰²⁶ y GARCÍA ALBERO¹⁰²⁷. En lo que respecta a la jurisprudencia, encontramos ejemplos del empleo de esta interpretación en las SSTs 234/2001, de 3 de mayo, en relación al tipo de asociación ilícita¹⁰²⁸, 921/2009, de 20 de octubre, sobre el subtipo cualificado de tráfico de drogas¹⁰²⁹, y 178/2016, de 3 de marzo, en referencia al tipo de organización criminal que aquí nos ocupa. En ésta última, el Tribunal Supremo castiga como sujeto activo de la conducta “dirigir” una organización criminal al sujeto encargado de dirigir y controlar el área de Cataluña “sin perjuicio de que el vértice de la organización pudiera situarse en Nigeria, a donde remitían buena parte de las ganancias obtenidas” los miembros¹⁰³⁰. Nosotros nos posicionamos a favor de esta última línea interpretativa, entendiendo por “dirigir” la organización criminal el ejercicio efectivo de funciones de mando de manera autónoma, ya sea de manera originaria, por ser el sujeto el máximo dirigente de la organización, ya de manera delegada. Dejar “extramuros” del verbo “dirigir” a los sujetos que gobiernan y dan órdenes de manera autónoma por la sola razón de que éstas se restrinjan a un ámbito determinado o a un área espacial específica¹⁰³¹ de actuación la organización

¹⁰²⁶ LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pp. 679 y 670, que define a los sujetos activos de la conducta de “dirigir” como: “quienes gobiernan o mandan [...], esto es, aquellos que dan las reglas, órdenes o directrices que deben seguirse dentro de la organización, o de una célula o comando concreto que sea parte de aquélla [...] ...las funciones de mando pueden ejercerse al más alto nivel o en niveles intermedios, al haberles sido delegadas funciones más específicas, normalmente circunscritas en el espacio o en el tiempo”.

¹⁰²⁷ GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2162.

¹⁰²⁸ STS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Tercero, que declara “dirigente” de la asociación a un sujeto pese a tenerse constancia de que por encima suyo había un tercer sujeto con poder de dominio sobre él: “La jefatura y supremacía que la Sala de instancia afirma en el acusado Bogumil [...] no carece tampoco de sustento indiciario. [...] se añade a esta posición de control económico su manera de relacionarse con los demás acusados como dominando al grupo y ser el único de todos ellos que estaba en contacto directo con un tercero desconocido que aparece como cabecilla y director máximo de la organización. Tales son los datos objetivos, sustentados en pruebas directas, de los que lógicamente infiere la Sala la posición de dominio y control que sobre los restantes acusados ejercía éste”. También mantiene esta interpretación, si bien en referencia a la organización terrorista, la STS 480/2009, de 22 de mayo, en relación al tipo de organización terrorista: STS 480/2009, de 22 mayo (Caso Ekin), FJ Septuagésimo-tercero: “todos los miembros del comité ejecutivo de una banda armada, así como los jefes de aquellos de sus grupos que actúan autónomamente (un “comando” por ejemplo) serán directores, en el sentido del art. 516.1 CP”. FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 252, critica con esta línea interpretativa, considera que la misma tiene su origen en la STS 7-7-1967, que considera dirigente - citando textualmente la sentencia- a “cualquier persona que dentro de la asociación ilícita efectúa actividades que le constituyen en cabeza de la misma, por sus facultades, decisiones, orientaciones u órdenes hacia los meros afiliados, o, en otro sentido del campo de actividad, ostentando jerarquía propia o conjunta, y aunque pueda resultar subordinada a otros, dentro de las respectivas escalas graduales de la organización y siempre que por su contenido específico -a valorar en cada caso - pueda creerse que posee iniciativa para actividades de planificación o ejecución de los acuerdos tendentes a la actuación asociativa”.

¹⁰²⁹ Esta sentencia considera como “jefe” a un sujeto de un grupo que pertenecía a su vez a una organización más grande de narcotraficantes sudamericana, liderada por otra persona.

¹⁰³⁰ STS 178/2016, de 3 de marzo, FJ Décimo.

¹⁰³¹ Este modelo de organización basado en una estructura central con un liderazgo único de la que parten diversas estructuras regionales con independencia operativa en la región correspondiente, ostentando en cada una de ellas la capacidad de decisión un sujeto diverso, responde al modelo estructural de la “organización de estructura jerárquica regional”, si se atiende a la clasificación de los modelos de organizaciones criminales descritos por el informe de la Oficina Naciones Unidas contra la Droga y el

criminal no nos parece razonable. Los dirigentes de células, comandos o clanes de una organización criminal han de ser sujetos activos de la conducta de “dirigir”, aunque a nivel central exista un sujeto en un escalafón superior. Si ostentan poder de mando autónomo, aunque delegado, los sujetos dirigen la organización criminal. La interpretación contraria supondría, además, una casi nula aplicación de la conducta típica ante la dificultad en muchas ocasiones de identificar al máximo dirigente de la organización. No obstante, para ser considerado sujeto activo de la conducta de “dirigir” es de exigir, habida cuenta de las altas penas aparejadas a la misma, un ejercicio efectivo de dicho poder de mando¹⁰³² que sea relevante y sustancial en lo que se refiere al periodo de permanencia del sujeto en la organización. Si la delegación de funciones ha sido meramente puntual, habiéndose ejercido delegadamente el poder de mando durante un tiempo muy reducido o para una única operación concreta y específica, tendrá más peso el papel del sujeto como partícipe activo que como dirigente de la organización.

Debido al secretismo con que operan las organizaciones criminales, habida cuenta de su actuación fuera de la ley, será difícil descubrir claramente los entresijos de su estructura, sea ésta o no jerárquica. No se contará en la mayoría de ocasiones con un organigrama completamente definido de la organización. Ante tal dificultad, los tribunales recurren a la prueba indiciaria¹⁰³³. Así, a falta de una declaración autoinculpatoria de la realización de labores de dirección de la organización, ni pruebas directas al respecto¹⁰³⁴, los tribunales¹⁰³⁵ examinan las circunstancias concurrentes de posible carácter indiciario, habiendo señalando en este sentido que “para considerar a alguien jefe o pieza clave [...] debe responder a esas pautas de organizador y de jefatura que se le atribuyen; propone las reuniones, las dirige, adoctrina a los asistentes, les impone sus enseñanzas, dispone las pruebas, las vigila y dictamina, dicta normas, establece las cuotas; actividades que sólo puede realizar quien ostenta la jefatura del

Crímen (UNODC) “Results of a Pilot Survey of Forty Selected Organized Criminal Groups in Sixteen Countries” publicado en 2002. Para ver el resumen en castellano del estudio, véase LÓPEZ MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 89 y ss., y, concretamente, en lo que respecta a las organizaciones jerárquicas regionales, las pp. 93-95.

¹⁰³² Destaca esta exigencia de que el poder de mando sea efectivamente ejercido, señalando que los miembros del entramado han de sentirse subordinados o sometidos a las directrices del “director”, CREUS, C., *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. II*, 4ª ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 113.

¹⁰³³ Así lo señala la STS 312/2011, de 29 de abril, FJ Décimo-Sexto: “se destacan los problemas de prueba con los que se van a encontrar los tribunales para comprobar y acreditar si una persona tiene o no verdadera capacidad de ordenar a otros dentro de la organización a efectos de la aplicación de esta agravante. Ello llevará en muchos casos a afirmar la importancia de la prueba indiciaria ya que normalmente no será posible acreditar a través de prueba directa cuál es la estructura interna de la banda, los medios concretos con los que cuenta, las conexiones entre sus miembros, el cometido de cada sujeto o la jerarquización del grupo”.

¹⁰³⁴ Se obtuvo, sin embargo, una prueba directa de la ostentación de la jefatura de la organización por un sujeto en el caso enjuiciado en la STS 765/2009, de 9 de julio, FJ Octavo, afirmándose en la sentencia, a este respecto, que: “el último de los Policías que declaró en el juicio, fue categórico, pues lo vio directamente -al acusado, se entiende - en una reunión en una zona apartada y descampada en la que se manifestaba como director o presidente de ella, aleccionando a los asistentes sentados a su alrededor”.

¹⁰³⁵ Véanse las SSTS 765/2009, de 9 de julio, FJ Octavo, y 413/2015, de 30 de junio, FJ Décimo.

grupo”. Ejemplo práctico de ello lo encontramos en la STS 178/2016, de 3 de marzo, en la que el Alto Tribunal identifica en uno de los acusados al dirigente de una organización criminal dedicada a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual en base a datos objetivos obrantes en la causa indiciarios a este respecto, como son que el sujeto celebraba reuniones periódicamente en su domicilio, en las que llevaba la voz cantante en lo que se refiere a distribución de tareas y establecimiento de directrices, y que, en general, adoptaba decisiones en relación a las rutas a tomar para introducir en España a chicas nigerianas para el ejercicio de la prostitución¹⁰³⁶. Por su parte, la STS 234/2001, de 3 de mayo –si bien en sede de asociaciones ilícitas, pero aplicable a lo que aquí nos ocupa – hace lo propio con un sujeto en atención, en este caso, al control económico que ostenta en relación a las actividades de la agrupación criminal, así como a “su manera de relacionarse con los demás acusados como dominando al grupo”. Y es que, se considera probado en la causa que, en el seno de una organización dedicada a la sustracción y posterior venta de vehículos en el extranjero, el acusado fue quien celebró los contratos de alquiler de las tres viviendas en que se alojaban los miembros de la agrupación y se cobijaban los efectos e instrumentos utilizados en su actividad delictiva. También las circunstancias de que él solo ocupara una de las viviendas, y de que contratara y pagara el alquiler de distintos vehículos se alegan como pruebas indiciarias de su supremacía y posición de control en la organización¹⁰³⁷. Por otra parte, de lo dicho hasta aquí se infiere que nada obsta a que puedan ser en algún caso varios los sujetos activos de la conducta “dirigir” en relación a una misma organización criminal, ya porque estén efectivamente al mismo nivel en la cúpula directiva¹⁰³⁸, ya por esta interpretación que mantenemos del verbo “dirigir” como dirección originaria o delegada. La jurisprudencia ha subrayado, además, tal posibilidad en varias ocasiones¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ STS 178/2016, de 3 de marzo, FJ Décimo.

¹⁰³⁷ STS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Tercero: “La jefatura y supremacía que la Sala de instancia afirma en el acusado Bogumil F. G. («Goren»), no carece tampoco de sustento indiciario. El acusado carente de medios conocidos de vida, fue quien celebró los contratos de alquiler de las tres viviendas, una de las cuales la habitaba él exclusivamente, y él únicamente pagaba los alquileres de las tres por importe de 350.000, 250.000 y 215.000 pesetas mensuales respectivamente; y contrataba y pagaba alquiler de distintos vehículos; se añade a esta posición de control económico su manera de relacionarse con los demás acusados como dominando al grupo y ser el único de todos ellos que estaba en contacto directo con un tercero desconocido que aparece como cabecilla y director máximo de la organización. Tales son los datos objetivos, sustentados en pruebas directas, de los que lógicamente infiere la Sala la posición de dominio y control que sobre los restantes acusados ejercía éste. Por lo que no siendo absurdo, ilógico o irrazonable tal deducción no procede estimar su impugnación”.

¹⁰³⁸ Nótese que una de las estructuras organizativas identificadas por Naciones Unidas en su citado estudio sobre organizaciones criminales actuantes en Europa, la definida como “grupo central”, se caracteriza precisamente por tener un órgano director policéfalo. A este respecto, véase LÓPEZ MUÑOZ, J., “*Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*”, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

¹⁰³⁹ Pueden citarse, si bien en relación al subtipo agravado de tráfico de drogas, las SSTS 340/2001, de 30 de julio (FJ Tercero), y 628/2010, de 1 de julio: “el tipo penal no requiere que la jefatura esté constituida por una sola persona, sino puede serlo por varias en distribución horizontal de cometidos”, y STS 157/2014, de 5 de marzo (FJ Undécimo): “Puede, por tanto, haber en una organización o asociación más de una sola persona que ejerza la jefatura, sea administrador o gestor de la misma, o de facto se encargue de tales cometidos, compartiendo roles directivos con otros”.

Por último, antes de terminar con el análisis de esta conducta, insta subrayar la plena independencia que rige entre la misma y la posterior participación, en su caso, en los delitos-fin, objeto de ésta. Si bien esto es algo ya señalado de manera genérica en relación a los delitos de organización y grupo criminal, cabe hacer especial hincapié en este extremo en lo que hace al comportamiento de “dirigir” la organización criminal. Y es que, pudiera interpretarse que la prueba de la dirección por parte de un sujeto de manera genérica de una organización criminal implica directamente su participación, como inductor, coautor o autor mediato por dominio de un aparato organizado de poder, en todos los delitos cometidos en el marco de la agrupación por sus miembros bajo la inferencia de que, en cuanto dirigente de la misma, ha tenido que ordenar su comisión.

A nuestro juicio, y aquí compartimos el parecer de autores como FARALDO CABANA¹⁰⁴⁰ o MOCCIA¹⁰⁴¹, dicho dato indiciario, esto es: la dirección de la organización criminal, es insuficiente para atribuir responsabilidad penal al dirigente por todos los delitos que se cometan en su seno. En respeto al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad, no ha de atribuirse responsabilidad penal al sujeto sin pruebas claras sobre su participación en el delito concreto ejecutado por un miembro de la organización. Esto es, aun conociéndose la identidad del máximo dirigente de una organización, la comisión de un delito por parte de sus subordinados no le afectará personalmente si no hay pruebas de su intervención concreta en el mismo, siendo insuficiente a estos efectos la inferencia de que, en cuanto dirigente probado de la organización, debió ordenar su comisión¹⁰⁴². Y es que, si las meras suposiciones pueden ser suficientes de cara a realizar una imputación, no son, sin embargo, instrumento válido para establecer una condena, respecto a la que se exige la existencia de prueba suficiente que desvirtúe el derecho de presunción de inocencia de que disfruta el acusado. La “función de tipo de recogida” que se viene atribuyendo a los delitos de organización y grupo criminal, en cuanto a su consideración como delitos que sirven para responsabilizar de alguna forma a los dirigentes de estas agrupaciones ante la dificultad de probar su efectiva participación en los delitos-fin cometidos por subordinados, ratifica precisamente esta idea que exponemos. El delito de dirección de una organización criminal no sirve así para inferir la responsabilidad del dirigente por los delitos cometidos por sus subordinados, sino para, ante la dificultad de probar dicha

¹⁰⁴⁰ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 248 y 249.

¹⁰⁴¹ MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 16. Este autor tacha de “discutible” a la “orientación, tomada de la jurisprudencia italiana de los años sesenta y ochenta, sobre el terrorismo. Según la misma la simple pertenencia a la asociación criminal en posición dirigente comporta, por este solo hecho, la responsabilidad a título de participación moral por los singulares delitos-fin”.

¹⁰⁴² Así, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 248 y 249: “cualquier propuesta de considerar que los dirigentes, por el mero hecho de serlo, han de responder no sólo a título de autores del delito de asociación ilícita sino como <<partícipes morales>> en los delitos concretos cometidos por los integrantes de la asociación”, pues -alega- “para ello es necesario que se cumplan todos y cada uno de los requisitos de la forma de intervención delictiva de que se trate (inducción, cooperación o incluso coautoría o autoría mediata, en su caso)”.

responsabilidad, servir como instrumento supletorio para hacerles responsables por dirigir en abstracto el aparato delictivo de la organización.

e. Organizar

En “organizar” encontramos una conducta típica nueva en lo que respecta a la represión de la criminalidad organizada común, pues la misma no figuraba, ni hoy figura, en el art. 517.1º CP. No obstante su castigo como conducta de primer nivel se reserva, como sucediera con “dirigir”, a la figura de la organización criminal, no contemplándose entre las conductas típicas del delito de grupo criminal, en relación al cual quien lleve a cabo tareas organizativas habrá de ser sujeto activo de las conductas de “integrar” o “promover”. De la previsión junto a “dirigir”, entre las conductas de primer nivel, de ésta y otras conductas como “coordinar” parece inferirse el deseo del legislador de aplicar con minuciosidad el principio de proporcionalidad en este ámbito, atribuyendo una pena mayor a los que realicen tareas más importantes para con el mantenimiento y desarrollo de la organización criminal. Frente al tipo asociativo, en el que una interpretación restrictiva del término “directores” como dirigentes de primer nivel llevaba directamente a una menor responsabilidad penal del cargo intermedio, al no haber otras conductas de primer nivel, salvo la de “presidir”, en que subsumir la conducta, el tipo de organización criminal contempla varios comportamientos de primer nivel en que incluir el comportamiento de estos miembros de nivel intermedio, como la que ahora nos ocupa o la de “coordinar”. Puede verse, por tanto, en la redacción del art. 570 bis.1 CP una estrategia para impedir que los sujetos que no son dirigentes, pero ejecutan tareas de gran relevancia, sean calificados como simples integrantes o partícipes activos¹⁰⁴³.

Según la Real Academia de la Lengua Española, “organizar” es “establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”, o “poner algo en orden”. Aplicando estas definiciones al ámbito de la organización criminal, SANTA RITA TAMÉS atribuye al “organizador” la tarea de “establecer un orden, una serie de directrices para que el sistema ilícito pueda llevar a buen puerto sus propósitos”, para lo cual -mantiene -resulta esencial llevar a cabo una “distribución de roles y funciones” entre los integrantes de la organización¹⁰⁴⁴, y VÁZQUEZ

¹⁰⁴³ Lo mismo podría extraerse de los términos “encargados” y “administradores” que figuran junto al de “jefes” en los subtipos cualificados por pertenencia a organización, en la cualificación de segundo grado a “jefes, encargados, administradores”. Esto es, se podría ver también en la inclusión de estos términos, de significado muy similar al de “jefe”, una estrategia del legislador para extender la aplicación de la supra-cualificación a mandos intermedios en la estructura de la organización, ante la eventualidad de que la jurisprudencia reserve el término de “jefe” exclusivamente para los sujetos con poder de mando originario. Véase, por ejemplo, en este sentido, la STS 149/2017, de 9 de marzo, que, en aplicación del subtipo de blanqueo cometido en el seno de organización criminal, castiga como “jefe” al líder supremo de una organización, calificando de “encargado” al segundo en la jerarquía del subtipo de blanqueo cometido en el seno de organización criminal.

¹⁰⁴⁴ SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pp. 143 y 149, afirmando en esta última que “el organizador asigna roles y funciones”. Señálese que este autor se refiere a la

IRUZUBIETA interpreta “organizar” como la actividad consistente en “crear el organigrama del grupo criminal [...], la distribución de tareas”, incluyendo también la posibilidad de que la misma entrañe “la determinación de los objetivos generales y las estrategias del grupo”¹⁰⁴⁵. Por su parte, LLOBET ANGLÍ define el verbo como poner en contacto a distintos elementos de la organización y coordinar sus actividades, poniendo el ejemplo del sujeto que sirve de enlace entre comandos o grupos, o entre sujetos, de una misma organización criminal¹⁰⁴⁶. Así, tareas como la distribución de cometidos entre los miembros de la organización, la preparación de operaciones delictivas en el marco de la agrupación o hacer de enlace o conexión entre los distintos comandos o grupos que puedan integrar la organización, o los propios miembros serían comportamientos subsumibles en “organizar” una organización criminal.

Habida cuenta de que “dirigir” es impartir órdenes de manera autónoma, ya sea por la ostentación de un poder de mando originario o delegado, y que ello suele implicar en la práctica la realización de tareas de coordinación de personas y medios y ordenación y distribución de tareas en el tiempo¹⁰⁴⁷, podrá suceder -y así será lo habitual- que el mismo sujeto considerado dirigente de la organización realice además la conducta de “organizar”. Piénsese en el jefe del clan o comando de Madrid de una organización criminal de ámbito espacial más amplio; él mismo será sujeto activo de la conducta de dirigir, y seguramente también de la de “organizar”, pues podrá distribuir funciones y cometidos, o diseñar el programa criminal concreto del clan de Madrid. En tales casos, como es obvio, no se castigará al sujeto dos veces en calidad de autor por el delito de organización criminal (una por “dirigir”, y otra por “organizar”), sino una sola, ya sea como director o como organizador. Si bien la calificación concreta elegida resulta irrelevante habida cuenta del mismo marco penal asignado a ambas, consideramos preferente la calificación por la conducta más grave en abstracto en aplicación del principio de alternatividad, que es la de “dirigir”. No obstante, en los casos en que el poder de mando no sea autónomo ni relevante, y el sujeto ejecute de manera relevante y continuada alguna de las conductas características de “organizar”, se aplicará únicamente esta conducta, no habiendo concurso de leyes. La conducta de “organizar” se erige así en un comportamiento clave, cuya represión penal como conducta de primer nivel se justifica si se tiene en cuenta que la estructura sólidamente organizada de la organización criminal, y, en particular, el reparto de roles, son precisamente los elementos clave del concepto legal de “organización criminal” que explican la elevación a delito de las conductas a ella adyacentes¹⁰⁴⁸. Esta relevancia de

conducta de “organizar” de los delitos de organización y grupo terrorista, pero sus consideraciones son extrapolables al ámbito de los delitos de organización y grupo criminal.

¹⁰⁴⁵ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código penal comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, 2015, pág. 763.

¹⁰⁴⁶ LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 680.

¹⁰⁴⁷ Así, SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 146.

¹⁰⁴⁸ Así, pero en relación a la organización terrorista, SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pp. 144 y 145: “La actividad organizativa es el núcleo de la organización terrorista [...] El hecho de organizar una banda u organización criminal genera una

la conducta se pone además de manifiesto en el mismo nombre del delito: organización criminal, que ya alude a la labor de “organizar” subyacente al entramado.

Con lo hasta aquí apuntado se deduce nuestra consideración de la conducta como “post-organizativa”, esto es, relacionada con una organización criminal ya existente. Ésta es la opinión mayoritaria en la doctrina, señalando por ejemplo SANTA RITA TAMÉS a este respecto que “no es posible organizar de la nada”¹⁰⁴⁹. No obstante, algún autor ha mantenido la interpretación contraria. Tal es el caso de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS¹⁰⁵⁰, que incluye a “organizar”, junto a “promover” y “constituir”, entre las conductas que contribuirían a la creación de la organización criminal, asociándola así temporalmente a un momento “pre-organizativo”. A nuestro juicio, sin embargo, las conductas que contribuyan a crear la organización criminal como agrupación estructurada idóneamente para delinquir y autorregulada con un sistema normativo propio se subsumirían ya en las conductas de promover o constituir, habiendo de considerarse “organizar” como conducta de carácter post-organizativo.

Por último, y como sucediera también con el resto de conductas, ha de señalarse que para la consideración de esta conducta la misma ha de haberse realizado por el sujeto de manera continuada a lo largo del tiempo de vinculación a la organización criminal como miembro. El sujeto que de manera puntual coordine a los integrantes para la realización de un delito-fin concreto, sin llevar a cabo de manera permanente dicha función, habrá de ser considerado mero partícipe activo, por no ser esa conducta de coordinación reflejo de su contribución final conjunta a la organización criminal.

f. Coordinar

También “coordinar” supone una novedad, pero ya no sólo en relación a las conductas tipificadas en sede de asociaciones ilícitas, sino también -y es lo que más llama la atención -en lo que respecta a los comportamientos típicos del delito de organización y grupo terrorista. La inclusión de la conducta en el art. 570 bis.1 CP, frente a su omisión en el art. 572.1 CP, habida cuenta de la reconocida mayor gravedad

influencia negativa sobre el sistema social, jurídico y político, de ahí que el hecho de organizar sea punible para el legislador español. Por ello la organización terrorista habrá de ser considerada como una estructura colectiva compleja”.

¹⁰⁴⁹ SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 143. Si bien el autor se refiere a la conducta de “organizar” del delito de organización terrorista, sus consideraciones son trasladables al delito de organización criminal, que se sirve del mismo término para describir la conducta típica.

¹⁰⁵⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 1401 y 1402: “se presta una especial importancia a la fase de creación de la organización, castigando al que promueva, constituya u organice (en el sentido de crear la organización) la estructura criminal”. Al igual que hiciera en relación a promover y constituir, con organizar SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS exige también la vinculación posterior del sujeto a la organización, en calidad de autor pues “entender que el único motivo de castigo será su vinculación con el momento fundacional de la organización” sería excesivo por suponer “elevantar al máximo el carácter puramente abstracto de la posible peligrosidad de la conducta que se sanciona”.

de las organizaciones terroristas, ha sido señalada con sorpresa por la doctrina¹⁰⁵¹. En principio parece que tal discordancia ha de responder a un descuido del legislador, pero un descuido revelador en cuanto a su carácter vacío y redundante en relación al resto de conductas típicas. Y es que, si se ha omitido por olvido la mención de la conducta en el art. 572.1 CP, y tal error no se ha corregido en la reciente reforma realizada por LO 1/2015, ello parece avalar las denuncias doctrinales sobre lo superfluo del término, que no aportaría nada nuevo respecto de las conductas de dirigir y, sobre todo, de organizar¹⁰⁵².

Lo cierto es que “coordinar”, que significa, de acuerdo con el DLE, “concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común”, es una conducta ya inherente a “organizar”, cuya definición precisamente hacía referencia a una necesaria coordinación (“establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”). “Organizar”, por tanto, presupone “coordinar”. Así, lo ha señalado además reiteradamente la jurisprudencia, cuando tratando el concepto de “organización criminal”, partía del significado del verbo “organizar”, del que procede el término, señalando, entre otras, en las SSTS 110/2012, de 29 de febrero¹⁰⁵³, y 187/2013, de 11 de febrero¹⁰⁵⁴, que “organizar equivale a coordinar personas y medios de la manera más adecuada para conseguir algún fin, en este caso la perpetración de delitos, cuya ejecución se plantea de forma planificada. Así, mediante la integración de unas y otros más funcional a tal objeto, y a través de la distribución del trabajo y de los recursos del modo más racional, se busca potenciar las posibilidades de actuación y el rendimiento de las aportaciones de aquellas”.

Confirmamos, por tanto, nuestras hipótesis iniciales sobre lo superfluo de la mención a “coordinar”, no presente en sede de organizaciones terroristas. Ante el deseo de mostrarse como adalid de la lucha contra la delincuencia organizada a toda costa, el legislador provoca, no solo duplicidades entre distintas normas que castigan la

¹⁰⁵¹ Ya vimos, en este sentido, a GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 561.

¹⁰⁵² Así, por ejemplo, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 680, y FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 270. También VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Código penal comentado”, *op. cit.*, pág. 763, señala que “coordinar” es una acción implícita en “organizar”, aunque, tratando de encontrarle un significado propio al término que explique su inclusión en el art. 570 bis.1 CP junto a “organizar”, se plantea la eventualidad de que con la misma se quiera punir la “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 interna”. No obstante, a nuestro juicio también esa conducta también podría entenderse comprendida ya en “organizar”, por lo que el término “coordinar” es redundante.

Es loable el intento de este autor por dotar de un ámbito de aplicación propio al verbo “organizar”. No obstante, a nuestro juicio, es poco probable que el legislador al incluir la conducta estuviese pensando en el término de esa forma teniendo en cuenta que el objeto del verbo “coordinar” es la “organización criminal”, circunstancia de la que se extrae que se está pensando en una coordinación interna de la agrupación criminal, y no en una coordinación de ésta con otros entramados delictivos.

¹⁰⁵³ STS 110/2012 de 29 febrero, FJ Cuarto.

¹⁰⁵⁴ STS 187/2013, de 11 de febrero, FJ Tercero.

participación en organización criminal, como se verá en el capítulo sobre materia concursal, sino también duplicidades en las conductas tipificadas en un mismo delito, en este caso en el de organización criminal. Abogamos, pues, para evitar estas duplicidades por la supresión del verbo “coordinar” del art. 570 bis.1 CP.

1.1.3. “Conductas de segundo nivel”

En un segundo nivel en la escala punitiva, con penas de prisión de dos a cinco años si la organización tuviere como fin la comisión de delitos graves, y de uno a tres años en los demás casos, se encuentran las conductas de participar activamente, formar parte y cooperar con la organización criminal. Como se infiere de las comparación de estas penas con las atribuidas a las conductas de primer nivel, ha de tratarse de aportaciones a la organización de un valor inferior a aquéllas¹⁰⁵⁵. Ya vimos en las consideraciones previas a todas las conductas típicas las múltiples críticas que ha suscitado entre la doctrina la equiparación legal a nivel penológico entre estas conductas, habiéndose señalado que la misma obvia el principio de proporcionalidad al asimilar comportamientos de una gravedad manifiestamente diversa. Al igual que sucediera con las conductas de primer nivel, tampoco respecto de las conductas “de segundo grado” ha mostrado mucha atención la jurisprudencia en cuanto a su delimitación, encontrándonos en ciertas sentencias, como la SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2015, el empleo de las mismas de forma indistinta, condenándose a uno de los acusados como “partícipe, colaborador o miembro activo”.

En lo que respecta al grupo criminal, donde a nivel legal no se discriminan las penas en función de la relevancia de la conducta, no se hace alusión a participar activamente, pero sí a integrar y a colaborar económicamente con la agrupación. Analizaremos también dichas conductas aquí.

a. Participar activamente

La conducta de “participar activamente” sólo se prevé como tal en relación al tipo de organización criminal, no estando presente -al menos en estos términos -en el grupo criminal. No obstante, sí la encontramos con esos mismos términos en sede de organizaciones y grupos terroristas¹⁰⁵⁶. La terminología empleada por el legislador español parece provenir de los convenios internacionales en materia de criminalidad organizada, véase: la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional de 2000 y la Decisión-Marco de la Unión Europea de 2008, que en sus arts. 5a y 2a, respectivamente, imponen a los Estados parte la obligación de tipificar en

¹⁰⁵⁵ Así lo señala, si bien en relación a las conductas de segundo nivel del tipo de organización terrorista, SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 586.

¹⁰⁵⁶ Art. 572.2 CP: “Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años”.

sus legislaciones nacionales “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”.

“Participar” significa según el DLE “tomar parte en algo” y “activamente” denota realizar algo “con actividad o eficacia”. Así pues, puede decirse que participar activamente en la organización criminal supone tomar parte en la organización criminal realizando alguna actividad eficaz en su contribución. No obstante, la definición peca así de excesiva amplitud, siendo necesaria su restricción. Piénsese que, en puridad, todas las restantes conductas típicas, con la excepción de “formar parte” si se entiende como un mero pertenecer, constituyen comportamientos de “participar activamente” en la organización¹⁰⁵⁷. Promover, constituir, organizar, dirigir y cooperar constituyen así manifestaciones concretas del participar activamente en la organización criminal. Se impone así una restricción, en el sentido de una mayor delimitación del ámbito de conductas que, no subsumibles en los comportamientos típicos anteriores, constituirían una participación activa *ex art. 570 bis.1 CP*. A este respecto, nuestra propuesta es interpretar “participar activamente” como la realización en calidad de miembro de la organización criminal de una contribución activa para con el desarrollo o las actividades delictivas de la agrupación que no sean ya subsumible en las conductas de primer nivel ya vistas. En lo siguiente veremos por separado las dos características que, en nuestra opinión, ha de reunir el comportamiento de “participar activamente”: la realización de una contribución activa para con la organización criminal y la vinculación permanente con la misma en calidad de miembro.

a.1.La exigencia de la contribución activa para con la organización criminal del “partícipe activo”

“Participar activamente” entraña la realización de una contribución material para con la organización criminal distinta del “promover”, “constituir”, “organizar” o “dirigir” la agrupación, pues éstas ya se encuentran comprendidas en las conductas típicas de dicho nombre, que se aplicarían de forma preferente por el principio de especialidad.

“Participar activamente” ha de consistir, así, en una actividad de un significado inferior para con la organización del que entrañan las actividades integrantes de las “conductas de primer grupo”, como lo señala, si bien en sede de organizaciones terroristas, SANTA

¹⁰⁵⁷ Véase, a este respecto, el art. 2.a de la Decisión-Marco, que pone como ejemplos de participación activa conductas como “la facilitación de información o medios materiales, reclutando a nuevos participantes”, o “toda forma de financiación de sus actividades”. En nuestra legislación, dada la multiplicidad de conductas típicas previstas en el art. 570 bis.1 CP, dichas concretas conductas que se citan expresamente como ejemplo de “participar activamente” en el art. 2a de la Decisión-Marco podrían constituir otros comportamientos típicos más concretos: en el caso de reclutar nuevos participantes, sería más específica la conducta de primer nivel “promover”, y, en lo que hace a financiar sus actividades, si es llevada a cabo por un *extraneus* o no miembro, la conducta concreta a aplicar sería la de cooperar económicamente con la organización, y no la de participar activamente como veremos.

RITA TAMÉS¹⁰⁵⁸, que se refiere, a este respecto, a “actividades que enriquecen la organización pero sin que tengan la importancia de las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir, debido al peso inferior de su intervención”. La menor gravedad de las penas aparejadas a la conducta que nos ocupa frente a las atribuidas a las estas conductas “de primer nivel” reafirman esta interpretación.

Al consistir participar en una contribución material para con la organización, hay acuerdo en que deben considerarse conductas atípicas, por encontrarse extramuros del verbo, la sola adhesión ideológica a la agrupación así como la mera manifestación de voluntad de contribuir al programa criminal de la misma, cuando no se vean acompañadas de la ejecución de acto material alguno¹⁰⁵⁹. Sin embargo, a partir de aquí, surgen las dudas de cara a discernir la concreta conducta o conductas en que se traduce “participar activamente”. La norma no refiere ningún ejemplo que nos ayude en esta tarea¹⁰⁶⁰, advirtiendo, en consecuencia, SANTA RITA TAMÉS¹⁰⁶¹ de la posible inclusión en la letra del tipo de conductas de las comúnmente llamadas “neutrales” o “socialmente neutras”. Tal eventualidad es posible, sin embargo, en puridad, donde con mayor frecuencia se presentará este problema será en relación a la conducta de “cooperar” ya que, como vimos, la misma se realiza por un sujeto ajeno al entramado delictivo. Por ello, trataremos el problema de las conductas neutras como posibles conductas típicas del art. 570 bis.1.I CP cuando analicemos la conducta de “cooperar”, por lo que allí nos remitimos para esta cuestión, siguiendo ahora desentrañando el significado de “participar activamente”.

El examen de la doctrina y jurisprudencia en relación a “participar activamente” pone de manifiesto la opinión mayoritaria en cuanto a la exigencia de que la conducta ha de consistir en la realización de comportamientos objetivos conectados con el programa criminal de la organización. En este sentido cabría mencionar a SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, que se manifiesta crítico con la fórmula legal “participar activamente en la organización”, sosteniendo que el legislador debiera haberse referido a “participar activamente en la actividad de la organización”. Subrayando esta idea, concluye con rotundidad el autor que: “una interpretación correcta del precepto, y restrictiva de su contenido, debiera limitar los casos de participación activa a los supuestos en que dicha participación viene referida a la actividad ilícita de la organización criminal, y no a cualquier otra forma de actuación o contribución activa al

¹⁰⁵⁸ SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 586.

¹⁰⁵⁹ En Italia es ésta también la interpretación mayoritaria de la conducta de participar del tipo penal de “*associazione per delinquere*” (art. 416 Código penal italiano). Así, por ejemplo, indicando la necesidad de que la conducta típica de participar se concrete en actos objetivos materiales, dejando fuera del tipo la sola adhesión ideológica, y las meras declaraciones de intenciones, TONA, G., “*I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)*”, *op. cit.*, pág. 1100.

¹⁰⁶⁰ SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 609: “la norma no establece, en el caso del 571, ninguna referencia para tratar de delimitar lo que se quiere decir con participación activa/formar parte”.

¹⁰⁶¹ SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 609.

mantenimiento de la misma”¹⁰⁶². También parecen ser de este parecer MARTELL PÉREZ-ALCALDE y QUINTERO GARCÍA, que abogan por excluir del círculo de sujetos activos de la conducta a aquéllos que, “aun sabedores de que <<trabajan>> para una organización criminal, su colaboración queda radicalmente al margen y sin conexión con la actividad delictiva, por importante que sea, por ejemplo, proveer de avituallamiento a la organización”¹⁰⁶³. Para apoyar su razonamiento estos actores aluden además al texto de la Decisión-Marco 2008/841, en cuyo art. 2.a se impone a los Estados parte la obligación de tipificar en sus legislaciones nacionales “la conducta de toda persona que [...] participe activamente en las actividades ilícitas de la organización”. También la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, parece mantener esta interpretación si se constata que acompaña al término “participación activa” de la coletilla “en las actividades ilícitas de la organización”¹⁰⁶⁴.

A nuestro juicio, participar activamente ha de ser interpretado como tomar parte en las actividades cotidianas de la organización criminal, en cuanto agrupación con un sistema normativo propio cuya razón de ser es la comisión de delitos. La conexión con las actividades ilícitas de la organización ha de ser entendida, no obstante, a nuestro juicio, de forma genérica, en el sentido de no requerir la participación del sujeto en delitos concretos cometidos en el marco de la agrupación (ya sean delitos-fin, ya delitos instrumentales) para su consideración como “partícipe activo”¹⁰⁶⁵, siendo suficiente la acreditación de la realización de tareas genéricas para con la organización que contribuyan a su mantenimiento como agrupación dedicada a delinquir¹⁰⁶⁶. Si bien,

¹⁰⁶² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1403.

¹⁰⁶³ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 363.

¹⁰⁶⁴ Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 14.

¹⁰⁶⁵ Así, también, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pp. 564 y 565 (“no es preciso para la [...] apreciación del tipo penal que el miembro participe en los actos punibles de la organización, ni tampoco que haya un principio de ejecución, ni siquiera que sea inmediata la ejecución de los mismos”) y FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 271 *in fine* y 272. Si bien al principio esta última autora parece exigir la participación en delitos-fin de la organización de cara a aplicar la conducta de “participar activamente”, al afirmar: “como elemento distintivo entre lo que es una integración activa y lo que no lo es podemos limitarnos a utilizar el dato de que el sujeto en cuestión intervenga directamente en la preparación o ejecución de los concretos delitos [...] que integran el plan criminal”, más tarde parece ampliar esa participación a otros supuestos al afirmar que el sujeto activo de la conducta “debe al menos realizar actos directamente conectados con esas actividades, en el sentido de que supongan un apoyo a la organización o grupo precisamente en relación con el desarrollo del plan criminal”. De otra opinión, sin embargo, LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 681, que interpreta “participar activamente” como ejecutar delitos-fin. No obstante, su postura se explica por la voluntad de querer dotar de un ámbito de aplicación legítimo a “formar parte”, que es así concebido por la autora como realizar tareas genéricas de modo continuado a favor de la organización.

¹⁰⁶⁶ En puridad, esta idea no es nueva, sino que ya había sido defendida en relación a la figura del “miembro activo” del delito de asociación ilícita criminal, en relación al cual se había subrayado que su participación no tenía por qué consistir necesariamente en la participación en los delitos-fin o delitos

para no caer en los peligros de que alertan los autores “supra” citados, en el sentido de poder considerar partícipe activo a los cocineros o chóferes de dirigentes o miembros de una organización criminal, ha de exigirse cierta relevancia de la conducta y contribución eficaz para con su programa criminal, dejando extramuros de la conducta a los comportamientos neutrales. La conducta debe contribuir al incremento de la capacidad operativa de la organización para la consecución de su programa criminal. En puridad, parece ser esta también la opinión de la Fiscalía General del Estado, en su citada Circular 2/2011, pues afirma que “la participación activa en las actividades ilícitas de la organización supone una actuación de común acuerdo en la finalidad criminal, que incluye la realización de todo tipo de actividades de diferente entidad material que coadyuven a la estructuración, cohesión y actividad de la organización en conexión directa con el proyecto criminal”¹⁰⁶⁷, señalando, en otro momento, en relación al delito de organización criminal, que “la consumación se produce desde el momento en que se realice alguna de las conductas típicas, esto es, alguna forma de [...] participación en la organización criminal sin que sea necesario que se ejecuten ni tan siquiera que se inicien las infracciones penales que constituyen el objeto de su ilícita actividad”¹⁰⁶⁸.

Esta interpretación que defendemos concuerda además con el sentido que le dan los textos internacionales a la conducta de “participar activamente” a cuya tipificación obligan a los Estados parte. Nótese que el art. 5.1.a.ii de la Convención de Naciones Unidas sobre delincuencia organizada transnacional refiere la obligación de tipificar la conducta del sujeto que participe activamente, no sólo en “actividades ilícitas del grupo delictivo organizado” (letra a), sino también en “otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita” (letra b). Por su parte, el art. 2.a de la Decisión-Marco 2008/841 del Consejo de Europa, si al principio podría parecer que se refiere en este sentido a la participación en los delitos de la organización al obligar a la tipificación de la conducta del que “participe activamente en las actividades ilícitas de la organización”, al ilustrar a continuación el significado de tal participación, deja claro que la misma puede ir más allá, pues cita como ejemplos de la misma “la facilitación de

instrumentales ejecutados en el seno de la agrupación delictiva. En este sentido, véase, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Artículo 174”, *op. cit.*, pág. 406, para el que la conducta del “miembro activo” habría de consistir en una “participación real en la elaboración y ejecución del programa de la asociación ilícita”, sin necesidad, no obstante, de una intervención en las actividades delictivas concretas de ésta, intervención “cuya responsabilidad penal ha de depurarse al margen”. Esta es también la interpretación mayoritaria actualmente en Italia, respecto al verbo homólogo “partecipare” del delito de “associazione per delinquere” del art. 416 de su código penal, y en Alemania respecto a la conducta de participar como miembro del §129 StGB. Véase, a este respecto, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1099, y MALJEVIC, A., “‘Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’. Different Legal Models Against Criminal Collectives”, *op. cit.*, pág. 43, respectivamente.

¹⁰⁶⁷ Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 14.

¹⁰⁶⁸ Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 12.

información o medios materiales, reclutando a nuevos participantes”, o “toda forma de financiación de sus actividades”.

En lo que respecta a la jurisprudencia española, la misma parece avalar esta tesis interpretativa si atendemos a sentencias como la STS 337/2014, de 16 de abril, en la que afirma que “la consumación del delito de organización criminal se produce desde el momento en que se realice alguna de las conductas típicas, esto es, alguna forma de colaboración o participación en la organización criminal, sin que sea necesario que se ejecuten ni tan siquiera que se inicien las infracciones penales que constituyen el objeto de su ilícita actividad”¹⁰⁶⁹. El origen de estas afirmaciones jurisprudenciales se encuentra, en puridad, en las sentencias dictadas en su día en relación a la antigua figura del “integrante” de las “organizaciones terroristas”, cuyos máximos exponentes son las SSTS 290/2010 de 31 marzo¹⁰⁷⁰, y 608/2013, de 17 de julio¹⁰⁷¹, y 230/2013, de 27 de febrero¹⁰⁷², que venían reiteradamente subrayando que la participación de este sujeto, si activa, no tendría que traducirse necesariamente en la intervención en alguna de las conductas delictivas. No obstante, como señala la última de las sentencias referidas¹⁰⁷³, qué duda cabe de que, si no necesaria, la participación concreta en un delito-fin o delito instrumental cometido en el marco de la organización supondrá, cuando se acredite, la prueba ideal, si no prototípica, de la participación activa de un sujeto en el entramado delictivo, siempre que, como dijimos, haya indicios del segundo de los requisitos de

¹⁰⁶⁹ STS 337/2014, de 16 de abril, FJ Decimoquinto.

¹⁰⁷⁰ STS 290/2010 de 31 marzo, FJ Segundo: “la intervención activa no equivale, naturalmente, tan sólo a la autoría de dichos delitos -se refiere a los delitos objeto de la organización-, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así serán integrantes -miembros activos- los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente. Puede no obstante haber personas que aunque no intervengan en la realización de acciones delictivas, forman parte de la dirección, en sentido amplio, de la banda, ocupándose de dirigir las actividades de mantenimiento de la estructura organizativa básica a la asociación: labores de planificación y de coordinación en cualquier ámbito de la actividad de la banda. Tales personas podrán ser consideradas también integrantes de la asociación terrorista (como lo serían en cualquier otra asociación ilícita)”.

¹⁰⁷¹ STS 608/2013, de 17 de julio, FJ Tercero, apartado 2: “la adscripción a la organización como integrante de la misma no requeriría inicialmente una actividad determinada, puesto que *las acciones concretas constitutivas de infracción penal autónoma son independientes del delito de integración y suponen sustratos de hecho diferentes* (STS de 16 de Julio de 2004 (RJ 2004, 5127), por ejemplo). Pero no debemos de olvidar, continua razonando la referida sentencia 985/2009 (RJ 2010, 664), que, al igual que han hecho Sentencias que componen la doctrina jurisprudencial precedente en esta materia, las propias esencias de la naturaleza terrorista de las organizaciones que aquí examinamos [...], deben matizar ese concepto de “integrante”, a fin de huir de ilógicas e injustas exacerbaciones del contenido típico de la norma aplicada, restringiéndolo a quienes, bien por ocupar como en el presente caso ciertas posiciones dentro de la organización instrumentada o por otras razones suficientemente acreditadas, la constancia de su conocimiento de la contribución y sometimiento a los dirigentes de la plural actividad terrorista así como la participación en la obediente ejecución y control de las instrucciones recibidas, permita atribuirles tan grave responsabilidad con el protagonismo criminal de verdaderos miembros integrantes del “movimiento” terrorista”.

¹⁰⁷² STS 230/2013, de 27 de febrero, FJ Tercero.

¹⁰⁷³ STS 230/2013, de 27 de febrero, FJ Tercero: “cuando se acrediten actuaciones concretas en el marco de la organización [...] éstas no constituyen un elemento más del delito, sino la prueba de la conducta típica”.

“participar activamente”: la vinculación permanente a la organización en calidad de miembro. No es por eso casual que en todas las sentencias que hemos examinado que aplican el tipo penal de organización criminal, o el de grupo criminal, la condena por estos delitos vaya siempre acompañada de la condena a los mismos sujetos por algún delito-fin o delito instrumental de la agrupación delictiva. Téngase en cuenta que nos encontramos ante agrupaciones delictivas esencialmente clandestinas, por lo que conocer la aportación concreta en relación al objeto delictivo de cada sujeto al entramado resulta en la práctica muy complicado.

a.2. El “partícipe activo” como miembro de la organización criminal. Significado de formar parte de la organización y material probatorio del que inferir dicha pertenencia.

A efectos de calificar a un sujeto partícipe activo de la organización criminal ex art. 570 bis.1 CP no es, sin embargo, suficiente con la acreditación de la realización de una contribución activa para con la organización y su programa delictivo, sino que se requiere además de la prueba de su vinculación permanente del sujeto con la misma en calidad de miembro. El sujeto activo de la conducta “participar activamente” ha de ser, así, un integrante, o miembro activo de la organización, siguiendo la terminología empleada en sede de asociaciones ilícitas¹⁰⁷⁴, quedando, por tanto, extramuros de la conducta los comportamientos de terceros, ajenos a la organización, que contribuyan para con su desarrollo o actividades delictivas. Estas conductas de *extranei* habrán de ser calificadas, como veremos, de cooperación con organización criminal. Ésta es, por otra parte, la interpretación claramente mayoritaria¹⁰⁷⁵ a nivel doctrinal¹⁰⁷⁶ y

¹⁰⁷⁴ Los delitos de asociación ilícita sólo castigan como conducta de “segundo nivel”, junto a la cooperación, la conducta del “miembro activo”. En este caso, por tanto, no hay dudas sobre la relación del sujeto activo de la conducta con la asociación al reclamarse expresamente su condición de *intraneus*.

¹⁰⁷⁵ Nótese, no obstante, que hay algún autor, minoritario, que pareciera admitir la posible condición de “extraneus” del sujeto activo de “participar activamente”, como GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 562 a este respecto. Su distinción entre “partícipe punible en la organización” y “integrante de la organización”, al que asimila al “miembro activo”, pareciera avalar la tesis de que el primero, sujeto activo de la conducta de participar activamente, debiera ser un *extraneus*. (“La ley debería precisar la definición de la noción del partícipe punible en la organización, requiriendo una contribución objetiva e intencional a las actividades de la asociación en conexión directa con el proyecto criminal [...] Los integrantes de la organización -que se suelen denominar miembros activos- serían las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, de los delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada”).

¹⁰⁷⁶ Véase, por ejemplo, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 270 y 271 (“los delitos de organización y grupo criminal [...] castigan con idéntica pena tanto la conducta de participación activa en la organización o grupo criminal como la mera integración no activa. [...] llama la atención que [...] se prevea la misma pena para la integración activa que para la no activa, siendo así que la primera parece merecedora de una pena más elevada. Por lo demás lo que se castiga es la integración, activa o no, en la organización o grupo criminal”), SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1402, o QUINTERO OLIVARES, G., “Organizaciones y grupos criminales en el derecho penal de nuestro tiempo”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual*, Aranzadi, Madrid, 2003, pág. 43. También es mayoritaria esta interpretación en sede de organizaciones terroristas

jurisprudencial¹⁰⁷⁷, y la aquí mantenemos. Por una parte, al exigir a la aportación activa una permanencia con la agrupación criminal, se justifican las altas penas atribuidas a la conducta. Por otra, permite diferenciar claramente la conducta de “participar activamente” frente a la de “cooperar con la organización”, pues, de no exigirse al sujeto activo de la conducta que nos ocupa la condición de integrante, sería difícil, si no imposible, establecer la línea divisoria entre los ámbitos de aplicación de ambas conductas, habida cuenta de que “cooperar” entraña también una participación activa en la organización.

Dada la trascendencia de la condición de miembro del entramado criminal para delimitar las conductas de “participar activamente” y “cooperar”, resulta conveniente realizar algunas consideraciones sobre qué entraña ser miembro, y el cómo acreditar en la causa penal tal condición. A este respecto, resulta claro, y así lo han explicitado sentencias como la SAN 64/2013, de 30 de octubre, que la sola participación en un delito-fin o un delito instrumental ejecutado en el marco de la organización criminal no supone necesariamente la condición de integrante de la agrupación del sujeto¹⁰⁷⁸, pues bien pudiera suceder que este hecho fuera puntual, y que el sujeto no tuviera una vinculación estable con la organización, realizando dicha prestación solo a cambio de una remuneración, por ejemplo. La condición de integrante implica, como sostiene de manera unánime la doctrina, el mantenimiento de vínculos permanentes con la organización, asumiendo en la misma un rol o tarea específicos, estando sometido a la voluntad social de la institución criminal y conociendo y compartiendo el objetivo criminal de la misma¹⁰⁷⁹. A esta exigencia alude, por ejemplo, SANTA RITA TAMÉS cuando afirma que: “la pertenencia a una banda u organización criminal no puede ser esporádica debido a que los roles que se juegan dentro de la misma requieren ser

respecto a la conducta equivalente de “participar activamente”. Así, por ejemplo, CASTELLVÍ MONTSERRAT, C., “Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo” en CORCOY BIDASOLO M., MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma Ley Orgánica 1/2015 y Ley Orgánica 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1731, que se refiere al sujeto que realiza la conducta de “participar activamente” como “miembro activo”.

¹⁰⁷⁷ Nótese que las condenas judiciales a título de “participante activo” se realizan siempre en relación a sujetos cuya integración en la organización criminal ha resultado acreditada. Así, por ejemplo, la STS 31/2017, de 3 de mayo, que confirma la condena en primera instancia a Belén Francisca, Julieta Joaquina y Conrado Avelino, integrantes de la organización, como autores de un delito de participación activa en organización criminal, o en la STS 798/2016, de 25 de octubre, en relación a Melisa. A mayor abundamiento los tribunales vienen refiriéndose en muchas ocasiones al “partícipe activo” como “miembro activo”. Véanse, por ejemplo, las SSTs 862/2015, de 22 de diciembre, y 824/2016, de 3 de noviembre, que ratifican la condena de diversos sujetos “por el delito de pertenencia a organización criminal del artículo 570 bis en su calidad de miembro activo”.

¹⁰⁷⁸ SAN 64/2013, de 30 de octubre, FJ Tercero: “el hecho de que concurra un supuesto de organización no lleva consigo necesariamente de forma ineluctable que el acusado perteneciera a ella. Pues la jurisprudencia de dicha Sala -en referencia a la Sala Segunda del Tribunal Supremo - viene entendiendo que la pertenencia a una organización constituye lo que modernamente se denomina un delito de estatus y configura un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual de la organización. Dicho de otra manera: la calidad de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de la organización”.

¹⁰⁷⁹ Así, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por una persona que pertenece a una organización delictiva”, *op. cit.*, pág. 525.

dominados con la práctica y el tiempo. La pertenencia significa arraigo y adquisición de responsabilidades”¹⁰⁸⁰. El problema puede surgir en este sentido a la hora de acreditar en juicio dicha condición de integrante habida cuenta del secretismo y clandestinidad con que operan las organizaciones criminales. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ alerta en este sentido de que “las consideraciones formales poco valen para esclarecer el grado de integración en la organización”¹⁰⁸¹. Esto es, en el caso de una organización con fines esencialmente criminales que lleve a cabo simultáneamente actividades lícitas como medio para dotar de apariencia legal al entramado, ostentando personalidad jurídica, el hecho de aparecer como integrante en los estatutos de la empresa legal no ha de significar automáticamente que se es miembro de la organización clandestina delictiva que se esconde tras la “pantalla legal”. En atención al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad, la jurisprudencia viene, a este respecto, exigiendo, de cara a una condena como “partícipe activo” que “la integración en la organización esté suficientemente probada”¹⁰⁸², siendo insuficiente prueba, como vimos, para la condena por esta conducta la sola constancia de la participación del sujeto en un delito-fin o delito instrumental. No obstante, debido al carácter esencialmente clandestino de la organización criminal, lo habitual será la ausencia a este respecto de pruebas directas de la pertenencia de sujetos a la organización¹⁰⁸³. Así, sin una declaración del propio acusado confesando su vinculación permanente con la misma, ni una “hoja de servicio” en la que se haga recuento de las “aportaciones” del miembro”, la única forma de acreditar en una causa penal la pertenencia de un sujeto a la organización será a través de la inferencia de dicha circunstancia objetiva de un conjunto de circunstancias o parámetros indiciarios concurrentes¹⁰⁸⁴.

Tras un examen pormenorizado de la jurisprudencia relativa a los delitos de organización y grupo criminal, así como a la del tipo de asociación ilícita y a los subtipos cualificados por pertenencia a organización de la parte especial del CP, podemos afirmar que las circunstancias de que se vienen sirviendo los tribunales para

¹⁰⁸⁰ SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pp. 181 y 591.

¹⁰⁸¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “*Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*”, *op. cit.*, pág. 276.

¹⁰⁸² STS 149/2017, de 9 de marzo, FJ Décimo-octavo, que absuelve precisamente por falta de material probatorio de la pertenencia a la organización a uno de los acusados: “el recurrente pone de manifiesto que no existen elementos de donde deducir que Everardo Eloy formara parte de la organización criminal, y ciertamente, la sentencia recurrida carece de datos al respecto, pues no basta la actividad de blanqueo, sino es necesario que la integración en la organización esté suficientemente probada, lo que no ocurre en este caso, razón por la cual estimaremos el motivo desde la perspectiva del subtipo agravado de organización criminal, que no concurre”. Se trata en este caso de la aplicación del subtipo cualificado de blanqueo de capitales por la comisión de los hechos perteneciendo a una organización criminal.

¹⁰⁸³ Así lo señalan SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 591, y CANCIO MELIÁ, M., “*El delito de pertenencia a una organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 1001.

¹⁰⁸⁴ CANCIO MELIÁ, M., “*El delito de pertenencia a una organización terrorista*”, *op. cit.*, pp. 1001 y 1002. Hace hincapié este autor en el hecho de los indicios han de estar referidos al dato objetivo, y no subjetivo, de la integración en una organización criminal cuando afirma que: “Ésta es una cuestión relativa a la prueba de un elemento objetivo, de la integración (objetiva) en una organización (objetivamente) [...]: no es decisivo, como parece claro, que un sujeto desee con todas sus fuerzas ser aceptado en las filas de una organización, si ésta finalmente no lo encuentra conveniente y no lo acepta como miembro, quizás tras un periodo de prueba”.

inferir la condición de miembro de una organización del acusado de turno son principalmente: la intervención, ya sea en fase de preparación, ya en fase de ejecución, en varias actividades delictivas ejecutadas en el marco de la organización, el modo en que se ha llevado a cabo tal intervención, en el sentido de si ha mediado o no precio o contraprestación, la posesión de instrumentos o efectos correspondientes a los delitos que se vienen ejecutando por la agrupación delictiva, el mantenimiento de relaciones con el resto de integrantes, reflejado en la asistencia a reuniones o en llamadas telefónicas continuadas con ellos, sirviendo también como circunstancia de apoyo en ese juicio deductivo el hecho de que el acusado ostente la misma nacionalidad, habite en el mismo domicilio o en un domicilio cercano al del resto de acusados por el delito, y, en general, el estilo de vida que el sujeto haya llevado hasta ese momento. Entendemos oportuno realizar a continuación algunas consideraciones en relación a cada uno de estos datos indiciarios de la pertenencia a una organización criminal.

a.2.1. La intervención en la preparación o ejecución de delitos en el marco de la organización como factor indiciario clave de la pertenencia a una organización criminal

A pesar de que se ha afirmado reiteradamente por la jurisprudencia que “la calidad de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de la organización”¹⁰⁸⁵, el hecho de que un sujeto participe en más de una ocasión en las infracciones penales objeto o instrumento de la organización criminal puede constituir, sin duda, un dato indiciario del que deducir, junto a otros, la pertenencia del sujeto al entramado delictivo. Ejemplos del uso de este dato como inferencia de la pertenencia a una organización los encontramos de forma reiterada en la jurisprudencia del Alto Tribunal. Así, en la STS 289/2014, de 8 de abril, la confesión de una de las acusadas relativa a su participación en, al menos, tres episodios delictivos de cobro fraudulento de efectos previamente falsificados, que era precisamente la actividad delictiva que constituía la razón de ser de la organización criminal, es erigida por el Tribunal Supremo como prueba de su pertenencia al entramado delictivo¹⁰⁸⁶. También se sirve de esta prueba como inferencia de la integración, en este caso, en una asociación ilícita ex art. 517 y 515.1º CP, dedicada a la sustracción y posterior venta en el extranjero de vehículos, la STS 234/2001, de 3 de mayo. El Alto Tribunal ratifica la condena en primera instancia de un sujeto en base, junto a otras consideraciones¹⁰⁸⁷, a que “su pasaporte presentaba numerosas salidas y entradas de frontera”, lo que probaba su participación, no puntual, sino continuada en

¹⁰⁸⁵ Así, como vimos, la SAN 64/2013, de 30 de octubre, FJ Tercero.

¹⁰⁸⁶ STS 289/2014, de 8 de abril, FJ Duodécimo (12).

¹⁰⁸⁷ La inferencia de la pertenencia a la asociación ilícita realizada por el tribunal de instancia, y ratificada por el Alto Tribunal, se base también en: “que estaban alojados en las viviendas, alquiladas por uno de ellos, en las que se encontraron los numerosos efectos e instrumentos propios de la actividad que desarrollaban; en ellas se vio entrar y salir vehículos con placas cambiadas. Y en su interior localizó la Policía alguno de los vehículos robados”. Véase la STS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Tercero.

los hechos delictivos objeto de la organización¹⁰⁸⁸. Por el contrario, en la STS 1035/2013, de 9 de enero el Tribunal Supremo entiende no acreditada la pertenencia de varios acusados a una agrupación criminal dedicada al narcotráfico, dando la razón así a los recurrentes en su alegación de que “su contacto con el grupo familiar fue circunstancial, solo para desempeñar labores puntuales de venta, pero sin que llegaran a integrarse en organización alguna”. En este sentido, sostiene el Alto Tribunal que de los hechos probados se infiere que “se trata de sujetos que se limitaron a realizar operaciones de venta de cocaína durante días puntuales de un periodo que no alcanza los dos meses”, realizando con ello una “actuación esporádica que no se considera suficiente para considerarlos integrados en el tipo”¹⁰⁸⁹. También se pronunció la Sala en sentido absolutorio en atención al factor indiciario de la participación en varias actividades delictivas de la organización en la STS 293/2011, de 14 de abril, en un caso atinente asimismo al tráfico de sustancias estupefacientes. Esta sentencia ratifica la inferencia del tribunal de instancia en el sentido de considerar no integrantes de la agrupación delictiva a dos de los acusados en base a que según la relación de hechos probados sólo participaban “de forma ocasional” o “en alguna ocasión” en actividades de análisis, prensado y empaquetado de la droga o intermediación en la adquisición de cocaína¹⁰⁹⁰.

Como broche final al análisis de este factor indiciario podemos citar la STS 313/2014, de 2 abril, que viene, en pocas palabras, a sintetizar la idea subyacente hasta aquí examinada. En la misma el Alto Tribunal desestima el recurso del Ministerio Fiscal, en el que se defiende el carácter de integrantes de una organización criminal de algunos de los acusados, en base a que en la declaración de hechos probados sólo consta su participación en un delito de piratería y su autoría en relación al delito de tenencia ilícita de armas. Concluye así el tribunal que: “sin perjuicio de la conducta en que incurrieron [...] no consta que formaran parte de esa [...] organización”, pudiendo

¹⁰⁸⁸STS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Tercero. Más adelante, en el mismo FJ concreta cuales fueron esas actividades, al afirmar: “Efectivamente, la ya aludida participación de Laura, colaborando en la contratación de la tripulación del Rapa Nui, asistiendo a reuniones trascendentales para la organización de la operación delictiva y, de modo muy especial, manteniendo la permanente comunicación entre los miembros de la organización que permanecieron en tierra y su esposo, José Pedro, patrón del referido barco, justifica absolutamente la aplicación de los preceptos designados, con relación a un delito que también por su concretas características, merece la apelación a los artículos 368 y 369.3ª y 6ª del Código Penal, al referirse a un tráfico de substancia de las que causa grave daño a la salud, mediando organización”. Puede citarse también como ejemplo la STS 55/2007, 23 de enero, FJ Séptimo, que ratifica la condena realizada en primera instancia por el subtipo agravado de tráfico de drogas por pertenencia a organización delictiva de una de las acusadas en base, entre otros, al hecho de que “su actuación no se limitó a una simple colaboración auxiliar con quien era su esposo, sino que participó plenamente en las actividades desplegadas por toda una organización que llevó a cabo la preparación y ejecución de tan compleja operación delictiva”.

¹⁰⁸⁹STS 1035/2013, de 9 de enero, FJ Cuarto.

¹⁰⁹⁰STS 293/2011, de 14 de abril, FJ Séptimo. Nótese que al final no llega a aplicarse la agravación por pertenencia a organización en relación al delito de tráfico de drogas a ninguno de los acusados ya que no se alcanza el mínimo requerido de integrantes (tres) para poderse hablar de organización a estos efectos.

tratarse, en consecuencia, de una intervención en la misma de carácter aislado, no compatible con la condición de miembro del entramado delictivo¹⁰⁹¹.

a.2.2. El mantenimiento de relaciones con integrantes de la agrupación delictiva como indicio acreditativo de la pertenencia a la organización criminal

Si bien es cierto que la jurisprudencia viene afirmando reiteradamente que los arts. 570 bis y 570 ter CP no incluyen como elemento del tipo objetivo el contacto personal entre los integrantes de la agrupación delictiva¹⁰⁹², la circunstancia probada de que un sujeto mantenga relaciones continuadas con miembros de una organización constituye un dato del que inferir, junto a otros, la pertenencia de este sujeto al entramado delictivo. Como ejemplo de esto que afirmamos podemos citar un gran número de sentencias. Así, la SAN 26/2006, de 27 de junio y la STS 55/2007, de 23 de enero, deducen la condición de integrante de algunos acusados en base a que los hechos probados de la sentencia de instancia dan cuenta de la asistencia por parte de los mismos a reuniones celebradas en el marco de la organización, así como de variadas conversaciones telefónicas con sujetos integrantes del entramado delictivo¹⁰⁹³. Clave será, también a estos efectos, desde luego, el contenido de las conversaciones intervenidas entre el acusado y los integrantes de la organización de cara a afirmar la condición también de integrante del primero. Así se manifiesta en la STS 312/2017, 3 de mayo, donde se señala que “las grabaciones [...] son expresión de las actividades desarrolladas por las distintas personas acusadas y un mero resumen de las que figuran en autos [...] durante todo el periodo investigado el flujo de llamadas entre ellos es constante y mutuo y que la totalidad de esas llamadas tienen similar contenido, sin que puedan explicarse en otro tipo de relaciones distintas de las que claramente se expresan. [...] las intervenciones telefónicas ponen de manifiesto que el ahora recurrente

¹⁰⁹¹ STS 313/2014, de 2 abril, FJ Cuarto.

¹⁰⁹² Así, por ejemplo, en la STS 289/2014 de 8 abril, FJ Octavo, que, en relación con la figura del grupo criminal, aclara: “el precepto no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan”.

¹⁰⁹³ La SAN 26/2006, de 27 de junio, FJ Séptimo, entiende acreditada la condición de miembros de “los tres procesados españoles, Ernesto, Fermín y José Enrique” en base, entre otros, a “los diversos medios de prueba practicados en el acto del juicio y en concreto: a) de las numerosas vigilancias que constataron las reuniones a que se hace referencia entre ellos y los miembros de la organización sudamericana ya sea en el hotel “Eurobuilding”, en algún restaurante, en viajes, en el domicilio de alguno de ellos o simplemente en la calle cuando iban a llamar por teléfono; b) del contenido de las intervenciones telefónicas en las que de forma evidente se constata la intensa relación y conocimiento de la operación por parte de Fermín tanto con la organización proveedora de la sustancia intervenida, a través de Gustavo, como de las circunstancias del traslado de la droga a José Enrique”.

Parecida es la argumentación de la STS 55/2007, 23 de enero, FJ Séptimo, en relación, en este caso, a la pertenencia a la organización de una de las acusadas: “Efectivamente, la ya aludida participación de Laura, colaborando en la contratación de la tripulación del Rapa Nui, asistiendo a reuniones trascendentales para la organización de la operación delictiva y, de modo muy especial, manteniendo la permanente comunicación entre los miembros de la organización que permanecieron en tierra y su esposo, José Pedro, patrón del referido barco, justifica absolutamente la aplicación de los preceptos designados, con relación a un delito que también por su concretas características, merece la apelación a los artículos 368 y 369.3ª y 6ª del Código Penal, al referirse a un tráfico de sustancia de las que causa grave daño a la salud, mediando organización”.

desarrolla en el seno de la organización criminal importantes funciones”¹⁰⁹⁴. A este respecto, CANCIO MELIÁ señala con acierto que será un factor indiciario más fuerte de cara a desvirtuar la presunción de inocencia que el mantenimiento de relaciones se haga con los miembros de la organización que ocupan la cúpula directiva¹⁰⁹⁵.

En los casos en que no se cuenta con la ayuda de conversaciones telefónicas intervenidas, el conocimiento de la existencia de relaciones familiares, o en su defecto, de amistad, entre el acusado y algunos de los integrantes acreditados en la organización puede utilizarse como criterio complementario a otros del que también inferir la condición de integrante del acusado. Este dato es, no obstante, menos claro que el anterior de cara a realizar la citada inferencia, por lo que habrá de acompañarse, con mayor razón, de indicios complementarios de la integración en la organización. Y, en defecto del conocimiento de dicho extremo, se viene atendiendo como dato indiciario del a su vez dato indiciario -valga la redundancia -de la relación con los integrantes del entramado al lugar de domicilio. Esto es, se entiende que residir cerca de los sujetos cuya integración en la organización está probada, o, si no, en las proximidades del lugar donde se vienen desarrollando las actividades delictivas de la agrupación, puede jugar a modo de indicio, si bien más lejano, de pertenencia a la misma. Todas estas circunstancias que comentamos se tienen en cuenta, por ejemplo, en la STS 1035/2013, de 9 de enero, en la que el Alto Tribunal concluye que “deben, sin duda ser considerados como pertenecientes al grupo a los acusados [...] dado su grado de intervención en los hechos, su integración en el grupo familiar y el hecho de que residieran en la calle donde se desarrollaba toda la conducta de venta de la droga”¹⁰⁹⁶. Como se ve, por sí solas ninguna de estas circunstancias sería suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del acusado. Son sólo la suma de varios de estos factores indiciarios los que pueden conseguir probar la pertenencia del acusado a la organización criminal.

a.2.3. La incautación de instrumentos o efectos propios de delitos objeto de la organización criminal como indicio de la pertenencia a la misma

También la incautación en el domicilio del acusado, cuya pertenencia a la organización criminal se sospecha, de instrumentos o efectos propios de delitos objeto de la susodicha organización ha sido empleada como indicio complementario de cara a afirmar su condición de miembro. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en la SAN 26/2006, de 27 de junio, en la que, junto a la asistencia a reuniones organizadas por la agrupación delictiva, y a las llamadas intervenidas entre los acusados y los integrantes de la misma,

¹⁰⁹⁴ STS 312/2017, 3 de mayo, FJ Primero.

¹⁰⁹⁵ CANCIO MELIÁ, M., “*El delito de pertenencia a una organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 1006, que, en referencia a la “posibilidad de amplios solapamientos entre [...] conductas de colaboración y de pertenencia”, estima que “puede ser un indicio que ayude a distinguir ambas situaciones la duración temporal de la relación con la organización y la jerarquía de las personas con las que se mantiene contacto”.

¹⁰⁹⁶ STS 1035/2013, de 9 de enero, FJ Cuarto.

se cita como dato complementario del que inferir el estatus de miembros de la organización dedicada a introducir cocaína en España “la documentación [...] incautada [...] tanto mediante el folio que contiene las fórmulas químicas ya mencionadas, como a los tres pasaportes intervenidos¹⁰⁹⁷”. En esta línea, la anterior STS 234/2001, de 3 de mayo, en sede de asociaciones ilícitas, cita entre los indicios de los que se sirvió la sala de instancia para condenar a los ahora recurrentes como miembros activos de la asociación, el dato de que en las viviendas en que se alojaban se encontraron numerosos efectos e instrumentos propios de la actividad que desarrollaba la organización delictiva, que era la sustracción de vehículos y su posterior venta en el extranjero, viéndose además entrar y salir de la misma vehículos con placas cambiadas¹⁰⁹⁸. En puridad, este dato indiciario sirve para acreditar la participación del sujeto en los delitos instrumentales o fin de la organización criminal, dato éste que, si continuado, puede erigirse en indicio importante de la integración en el entramado delictivo como vimos en la letra a.

a.2.4. Las características y el estilo de vida llevado por el sujeto hasta el momento como factor indiciario complementario del que deducir la pertenencia a una organización criminal

La sola lectura del enunciado pudiera ya hacer poner el grito en el cielo a cualquier penalista por sus posibles referencias a un derecho penal de autor, pues pareciera que se castiga por mantener unos ideales o forma de vida determinados. No obstante ello, cabe señalar que este dato es utilizado por los tribunales sólo como circunstancia con la que ratificar una inferencia ya realizada en base otros datos, mucho más significativos. Puede citarse, como ejemplo, la ya mencionada STS 413/2015, de 30 de junio, que se sirve de este dato para confirmar la inferencia ya obrante de la no vinculación del acusado con la organización delictiva, en base a la ausencia total de pruebas de su participación en delitos cometidos por el entramado delictivo, así como de su relación con los integrantes de éste. Así, como datos finales que vendrían aún más a avalar tal inferencia, cita el Alto Tribunal la circunstancia de que el sujeto “poseía una vida normal y tenía un trabajo estable como empleado del Deutsche Bank durante 40 años; tiene casa en propiedad e hipoteca, procediendo todo su patrimonio y saldos bancarios de una actividad lícita, cuál era su trabajo y el de su esposa”, añadiendo más adelante que “si formara parte de esa banda hubiera obtenido regularmente beneficios económicos de los masivos envíos de dinero aportados a la causa y parecería lógico que tuviese otro nivel de vida muy distinto al que llevaba, por no hablar de lo absurdo y temerario que sería utilizar su propio lugar de trabajo, rodeado de compañeros y clientes, además de su teléfono móvil personal, para perpetrar fraudes del calibre que se describen en la Sentencia, poniendo y arriesgando su nombre y trabajo (de hecho fue despedido por el Banco)”¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷SAN 26/2006, de 27 de junio, FJ Séptimo.

¹⁰⁹⁸STS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Tercero.

¹⁰⁹⁹STS 413/2015, de 30 de junio, FJ Décimo.

En lo que respecta a características del sujeto, tales como su nacionalidad o lugar de residencia, éstas también han sido utilizadas para ratificar una conclusión extraída de otros datos indiciarios sobre la pertenencia o no del sujeto a una agrupación delictiva, en el sentido de que si estas características del acusado coinciden con las de los integrantes de la organización, podría ello confirmar su pertenencia a la misma, mientras que, por el contrario, si difieren, podría tal circunstancia ratificar un juicio ya realizado sobre su condición de extraneus. Esto último es, concretamente, lo que sucede en la STS 413/2015, de 30 de junio, en la que como dato objetivo que vendría a ratificar la no pertenencia del acusado a la organización criminal se alude a la circunstancia de que el sujeto “es español de nacimiento y ha vivido toda la vida en España, al contrario del resto de los acusados, de nacionalidad nigeriana y angloparlantes”¹¹⁰⁰.

a.2.5. El modo de intervención del sujeto en la organización como factor indiciario de la pertenencia: La existencia o no de contraprestación a cambio de la aportación

Por último, entre los datos de que inferir la condición de intraneus o extraneus del acusado en relación a la organización criminal se encontrarían también las circunstancias en que, en su caso, se ha llevado a cabo la participación en las actividades delictivas del entramado delictivo. Concretamente, nos referimos aquí al dato de si la concreta aportación se ha llevado a cabo o no a cambio de una contraprestación económica, o mediando una relación contractual. En caso afirmativo, se habrá de pensar que se trata de una aportación puntual a las actividades delictivas de la organización, encuadrable en la conducta del extraneus; en caso negativo, la balanza se inclinará por el estatus de *intraneus* del sujeto. Un ejemplo de la utilización de este criterio, en este caso, para negar la condición de miembro del sujeto acusado, lo encontramos en la SAN 26/2006, de 27 de junio, como se extrae del siguiente fragmento: “según la declaración del capitán, él fue contratado, formalmente, para una determinada misión -transportar víveres a otra embarcación-, misión que aun no siendo cierta, permitió que él, a su vez, contratara al resto de la tripulación; por tanto, en modo alguno puede deducirse que cualquiera de ellos pertenezca a la organización, sino más bien lo que se extrae es que ésta, esto es, la organización los utilizó para la misión que iba a llevar a cabo”. En este caso, además, como se extrae del fragmento, el capitán y la tripulación por él contratada no sólo eran extraneus, sino que, según el tribunal, desconocían que su conducta estaba contribuyendo para con las actividades delictivas de la organización criminal, desconociendo incluso la existencia de ésta, por lo que sus conductas tampoco podrían subsumirse en el comportamiento típico de “cooperar” por concurrir en las mismas un error sobre los elementos objetivos del tipo, y ser atípica la comisión imprudente de las conductas que nos ocupan.

¹¹⁰⁰STS 413/2015, de 30 de junio, FJ Décimo.

b. Formar parte o integrar

Frente al art. 517.2º CP, en sede de asociaciones ilícitas, que hace exclusivamente referencia al “miembro activo”, y los textos internacionales, que sólo exigen a los Estados parte la inclusión en sus legislaciones nacionales de la conducta típica de “participar activamente”¹¹⁰¹, el legislador español, en su afán represivo en todo lo concerniente al fenómeno de la criminalidad organizada, contempla junto a “participar activamente” en la organización criminal la conducta del “formar parte”. En lo que respecta al grupo criminal, también se prevé el castigo de esta conducta, si bien bajo la fórmula “integrar” de significado equivalente. También se castiga la sola pertenencia en el 572.2 CP relativo a la organización y el grupo terrorista. A diferencia de lo que sucede en el ámbito de la criminalidad organizada común, donde el castigo de la integración supone una novedad en el Código penal de 1995, habida cuenta de que no se preveía en sede de asociaciones ilícitas, en el campo de la delincuencia organizada política esta conducta venía ya sancionándose en el hoy derogado art. 516 CP, que hacía a este respecto referencia genérica al sustantivo “integrantes”.

Ya vimos, con ocasión del análisis de la conducta de “participar activamente” como miembro que formar parte de una agrupación delictiva supone encontrarse vinculado de manera permanente a ésta como miembro conociendo y compartiendo sus fines delictivos, tener encomendada en la misma el desempeño de cierta función o cometido y estar sometido a la “voluntad social” como voluntad de la agrupación y al sistema normativo propio de la agrupación, en el caso de la organización criminal.

El solo castigo de este pertenecer sin el requerimiento de una contribución activa para con el grupo criminal o la organización criminal que contemplan los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP ha sido objeto de fuertes críticas de forma casi unánime en la doctrina¹¹⁰².

Los motivos de la crítica al castigo de la integración pasiva en la organización o grupo criminal son principalmente dos: la incompatibilidad de tal concepción con el principio

¹¹⁰¹ Véanse los arts. 2a D-M 2008/841/JAI del Consejo, de octubre de 2008 y 5.1.a.ii de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional de 2000.

¹¹⁰² Críticos se muestran, por ejemplo, MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 363, y QUINTERO OLIVARES, G., “Organizaciones y grupos criminales en el derecho penal de nuestro tiempo”, *op. cit.*, pág. 43. No obstante, decimos que la crítica es “casi unánime” porque algún autor avala el castigo de la integración pasiva. Tal es el caso de SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 590, si bien en relación al delito de organización terrorista, de mayor gravedad, que considera que “el hecho de pertenecer a agrupaciones terroristas no es cosa menor, sino que significa conflicto frontal entre la conducta del sujeto y el modelo de orientación aceptado pacíficamente por todos los ciudadanos. El hecho de pertenecer a una de estas bandas armadas significa que para el sujeto el mundo normativo configurado por los demás participantes sociales, carece de validez y no cumple con sus expectativas personales de conducción de vida, y por ello ha de buscar un nicho -aunque sea al margen de la ley - donde pueda desarrollarse”. Cabe señalar que en Argentina, cuyo tipo penal asociativo castiga el “tomar parte en una asociación”, la doctrina mayoritaria acepta, sin embargo, el castigo de la mera pertenencia. Así lo señala, aunque mostrando su crítica al respecto, ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

de responsabilidad por el hecho, y, por tanto, con el principio de ofensividad o lesividad, y la dificultad que entraña en la práctica la aplicación de este entendimiento de la conducta. En lo que respecta al primer aspecto, se ha señalado críticamente que castigar a alguien por el simple hecho de adherirse o integrarse en un colectivo, aún con fines delictivos, implicaría aplicar lo que se conoce como “Derecho penal de autor”¹¹⁰³. En cuanto al segundo aspecto, relativo a la dificultad que entraña en la práctica la prueba de dicha pertenencia, CANCIO MELIÁ¹¹⁰⁴ ha señalado que estamos ante organizaciones esencialmente clandestinas, en las que no hay como tal un acto formal de integración en las mismas, siendo, en consecuencia, muy difícil de probar la realización de la conducta “formar parte” si no es a través de la acreditación de una contribución activa para con la misma¹¹⁰⁵.

Ante esta insatisfacción generalizada que el castigo de la mera pertenencia provoca, algún autor ha tratado de dotar de un contenido ofensivo a la conducta “formar parte”. Tal es el caso de LLOBET ANGLÍ, que, en base a una interpretación restrictiva de “participar activamente” en la organización criminal como participar en los delitos-fin de la misma, entiende “formar parte” como realizar “tareas genéricas de modo continuado a favor de ésta” que “no se hallen vinculadas a ningún delito concreto”¹¹⁰⁶. Tal interpretación forzada de “formar parte”, a base de restringir el ámbito de aplicación de la conducta de “participar activamente” nos parece del todo innecesaria, siendo, en puridad, un intento desesperado por dotar de materialidad ofensiva a una conducta, cuyo significado carece de la misma.

Tampoco interpretar “formar parte” como “un “estar a disposición””, esto es, “un alistamiento con voluntad de colaborar activamente”, siguiendo a cierta doctrina

¹¹⁰³En este sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 919 (“entender la conducta que nos ocupa como una mera actitud de apoyo ideológico a la organización implicaría la aplicación de un peligroso Derecho penal de autor”), MARTÍNEZ GARAY, L., “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pág. 55 (“La mera afiliación pasiva a un grupo que no se traduce en ninguna actuación material a favor del mismo (siquiera sea de poca entidad) como organizar o coordinar reuniones, hacer proselitismo, etc.) no parece que contenga una potencialidad lesiva para bien jurídico alguno susceptible de justificar una pena de prisión...”), SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1403, al afirmar, respecto al “formar parte” pasivamente que, “si bien en su día se apreciaba en el marco de los delitos de asociaciones ilícitas, en la actualidad no es aceptable respecto a las mismas”, y ROPERÓ CARRASCO, J., “¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y ‘justo’ castigo de la delincuencia organizada?”, *op. cit.*, pág. 297.

¹¹⁰⁴CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 159 *in fine*.

¹¹⁰⁵También destacan este problema, si bien en relación a la conducta de “formar parte” del delito de organización terrorista, SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 591 (“Desde una perspectiva práctica, la pertenencia a una organización que se dedica a una actividad clandestina difícilmente habrá de constar en documentos u otros elementos”), y LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 25. Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 990 (“resultará muy difícil probar que se forma parte de una organización si no se demuestran hechos activos que lo acrediten”).

¹¹⁰⁶LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 681.

jurisprudencial en relación a la antigua figura del “integrante” de las organizaciones terroristas o bandas armadas, reflejada en la STS 230/2013, de 27 de febrero¹¹⁰⁷, resolvería el problema de legitimidad de esta conducta. Estar a disposición de la organización, aun manifestándolo verbalmente, no constituye una contribución o aporte material para con la creación, mantenimiento o fortalecimiento de su injusto sistémico.

Como se infiere, por tanto, a nuestro juicio el castigo de la pertenencia ha de considerarse ilegítimo. Si bien, como en su momento se explicó, entendemos que la sola realización de las conductas típicas “promover”, “constituir” o “participar activamente” no supone la lesión a la seguridad colectiva ni, en el caso de la organización criminal, la amenaza a las bases democráticas de los Estados, pues dicho injusto proviene de la existencia del grupo u organización criminal, es obvio que dicha institución es lo que es gracias a las aportaciones activas de sujetos a la misma. La suma de estas contribuciones activas conforma una institución portadora del injusto sistémico. Si bien es cierto que en abstracto la sola adhesión o pertenencia a la organización criminal puede contribuir a la formación de dinámicas de grupo, que motivan en general a los integrantes a delinquir, consideramos que dicha contribución es insuficiente en aras a su castigo atendiendo al principio de intervención mínima. Es necesario reclamar de una contribución activa, material para con la organización que contribuya de manera relevante, como decimos, a la creación, mantenimiento o reforzamiento del injusto sistémico. Por otra parte, y atendiendo a un punto de vista criminológico, no tiene mucho sentido el formar parte de manera pasiva de una organización criminal. A diferencia de las organizaciones y grupos terroristas, provistos de una ideología y pretensiones políticas, las organizaciones y grupos criminales se dedican a delinquir generalmente por el mero ánimo de lucro. Carece así de sentido práctico la sola pertenencia a las mismas, que sólo cobra sentido si es porque se va a colaborar o participar de alguna forma en su actividad delictiva, aun indirectamente¹¹⁰⁸. Coincidimos, por estos motivos, con la doctrina mayoritaria, en cuanto a la necesaria supresión del término “formar parte” de entre las conductas típicas del art. 570 bis.1

¹¹⁰⁷ STS 230/2013, de 27 de febrero, FJ Tercero: “Una exégesis correcta impone introducir ese criterio interpretativo que excluya de la sanción penal la mera adscripción “formal”, un simple “estar” sin “actuar” ni “empujar”. Eso ha llevado a la Sala de instancia con toda corrección a absolver a algunos de los procesados cuya pertenencia a SEGI se declara probada, pero sin aditamentos de acciones de colaboración más allá de la mera integración. No basta el estatus formal de afiliación, sino una incorporación militante, activa [...] se requiere esa participación no puramente pasiva pero no una posición de dirigente. Basta un “estar a disposición”, un alistamiento con voluntad de colaborar activamente [...] En abstracto quien se integra en la organización y es aceptado como tal y muestra su disposición a asumir cualquier tarea que le sea encomendada relacionada con esos fines terroristas, colma las exigencias típicas aunque su detención se produzca antes de que haya llevado a cabo actuación alguna. La conducta típica es la militancia activa. Las aportaciones concretas a la organización no forman parte de la tipicidad, aunque sí son la manifestación, la prueba, de que esa pertenencia no se detenía en una afiliación pasiva”.

¹¹⁰⁸ Parece hacer referencia a esta circunstancia CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 158 y 159 cuando afirma que “en la praxis de las organizaciones criminales no puede haber pertenencia sin actividad”.

CP¹¹⁰⁹. En lo que respecta al “integrar” del delito de grupo criminal, proponemos su modificación por “participar activamente”, siendo aconsejable, de realizarse una reforma, la ponderación de las penas en atención a la gravedad de las conductas, asignándosele a “participar activamente” una pena menor que a las conductas de primer nivel castigadas.

c. Cooperar económicamente o de cualquier modo o financiar

c.1. Consideraciones previas sobre la necesidad de una interpretación restrictiva de “cooperar de cualquier modo”

Entre los comportamientos de segundo nivel, junto a las conductas de “participar activamente” y “pertenecer”, el art. 570 bis.1.I CP castiga a quienes “cooperaren económicamente o de cualquier otro modo” con la organización criminal. En el tipo de grupo criminal, el castigo de esta conducta se restringe a la cooperación de tipo económico, empleándose a este respecto el verbo “financiar”. Sin duda, dicha restricción del ámbito de aplicación de la conducta en sede de grupos criminales ha de estar conectada con el menor injusto sistémico del grupo criminal en relación a la organización criminal reflejado en la menor consistencia y complejidad de su estructura, que no se encuentra dotada de un sistema normativo propio de obligado cumplimiento para sus miembros. La financiación de las actividades de la organización delictiva es precisamente una de las conductas a cuya incriminación obligaba expresamente la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea¹¹¹⁰. Junto a ella la norma internacional contemplaba también como conducta de colaboración a incriminar la “facilitación de información o de medios materiales”¹¹¹¹, que, si bien no aparece recogida expresamente en el art. 570 bis.1 CP, hay que entender comprendida en la amplia fórmula “cooperaren [...] de cualquier modo”.

¹¹⁰⁹ En esta línea la propuesta *de lege ferenda* elaborada por GARCÍA RIVAS, N., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., CANCIO MELIÁ, M., CUENCA GARCÍA, M.J., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., FARALDO CABANA, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., LAMARCA PÉREZ, C., BRANDARIZ GARCÍA, J.A., GARROCHO SALCEDO, A., “Delitos de organización: arts. 515 y 516, 570 bis y ss., 571 y ss. (Asociaciones ilícitas, organizaciones criminales y delitos de terrorismo)”, *op. cit.*, pág. 412.

¹¹¹⁰ Así lo señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Art. 570 bis”, *op. cit.*, pág. 564.

¹¹¹¹ El art. 2.a de la Decisión-Marco 2008/841/JAI venía reclamando a los Estados miembros de la Unión Europea la inclusión como tipo penal en sus legislaciones nacionales “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”. A nivel supra-europeo, ya venía antes reclamando tal tipificación la Convención de Naciones Unidas de 2000 contra la delincuencia transnacional, aunque de forma más genérica, refiriéndose en su art. 1.a.ii a “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”.

El castigo de la cooperación en el contexto de la criminalidad organizada común no es, en puridad, reciente, pues ya venía castigándose en nuestro Código penal con mucha anterioridad a la aprobación de los citados textos internacionales, en relación a la figura genérica del delito de asociación ilícita, cuyo art. 518 CP prevé un castigo a “los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515”. También en sede de terrorismo se castigaba y se castiga hoy expresamente la conducta de cooperación con organizaciones y grupos terroristas, previéndose tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio dicho comportamiento en el art. 572 CP de manera aislada respecto a las conductas de los integrantes de dichas agrupaciones delictivas, que se contienen en el art. 572 CP. La colaboración en sede de terrorismo constituye así un delito de terrorismo¹¹¹².

La amplia y abstracta redacción de la conducta de cooperar del art. 570 bis.1 CP - “cooperaren económicamente o de cualquier otro modo”¹¹¹³ -, objeto de críticas en la doctrina, hace necesaria una delimitación en sentido restrictivo del ámbito de aplicación del precepto para evitar, en atención a los principios de intervención mínima y proporcionalidad, que conductas que supongan una contribución nimia a la organización criminal sean castigadas con las considerables penas de prisión de dos a cinco años, si la organización tuviere como finalidad cometer delitos graves, o de uno a tres años en los demás casos. Y es que, la inclusión del concepto jurídico indeterminado “de cualquier otro modo” hace del precepto un peligroso cajón de sastre en el que poder insertar todas las conductas no subsumibles en el resto de conductas típicas que tengan alguna relación, aún remota, con la organización¹¹¹⁴. En este sentido, hubiera sido deseable que al menos el legislador hubiera requerido, aun de manera abstracta, cierta relevancia a la cooperación, como hizo en su momento en relación al tipo de asociación ilícita, reclamando en el art. 518 CP¹¹¹⁵ que la conducta fuese “en todo caso relevante” y que “favorezca la fundación, organización o actividad” de la asociación ilícita¹¹¹⁶.

¹¹¹² El art. 577 CP se encuentra ubicado dentro de la sección 2ª del capítulo VII del título XIX del CP, llevando por rúbrica dicha sección “De los delitos de terrorismo”.

¹¹¹³ La redacción se asemeja a la del art. 518 CP, que se refiere a la “cooperación económica o de cualquier otra clase”. Nótese que en ambos preceptos -art. 518 y 570 bis.1 CP- se hace referencia expresa a la financiación como único ejemplo de conducta prototípica de cooperación con la agrupación delictiva, además de utilizarse un concepto jurídico indeterminado para englobar al resto de modalidades posibles de conductas cooperativas.

¹¹¹⁴ Alerta sobre ello GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2162.

¹¹¹⁵ Art. 518 CP: “Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”.

¹¹¹⁶ Así, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1403: “el vigente texto legal amplía desorbitadamente la tipicidad de los supuestos delictivos en relación a las organizaciones criminales, rompiendo con el criterio hasta ahora mantenido en los delitos de asociación ilícita, en los que junto a la cooperación económica, se prevé también otras formas de colaboración, si bien exigiendo expresamente que dicha forma de colaboración sea “en todo caso relevante”.

De cara a esta labor de delimitar el ámbito de aplicación de la conducta de cooperar del art. 570 bis.1 CP, y habida cuenta de la nula existencia de sentencias al respecto, nos va a ser de una ayuda clave la abundante doctrina y jurisprudencia existentes en relación a conductas análogas de delitos de organización criminal existentes en otros países de nuestro entorno, así como respecto al tipo de colaboración con organizaciones y grupos terroristas del art. 572 de nuestro Código penal. Véase, además, que este mismo precepto, no obstante presentar también una descripción muy amplia, al hacer referencia al que “lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración”¹¹¹⁷, aporta una lista abierta ejemplificativa de actos concretos de colaboración. Así, dispone el legislador en el art. 572 CP que: “en particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas...”.

Mayor concreción aún se ha dado a la tipología de conductas que se subsumirían en la fórmula del art. 572 CP “cualquier acto de colaboración” en el célebre Auto de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001, que viene a realizar una síntesis de qué se entiende por conductas de colaboración de acuerdo con la jurisprudencia dictada hasta el momento por los tribunales. Concretamente, la Audiencia expone cuáles serían las “conductas inequívocas de colaboración”, clasificándolas en siete categorías o tipos¹¹¹⁸:

“(1) Realizar actividades propias de la infraestructura material de la organización terrorista, tales como alquilar pisos o locales para ser utilizados por los integrantes de la organización o alquilar o facilitar vehículos para el uso de la banda armada o de sus miembros.

(2) Realizar actividades propias de la infraestructura organizativa de la organización terrorista, tales como servir de “buzón”, transmitir mensajes e, incluso, reivindicar ante los medios de comunicación las acciones cometidas.

¹¹¹⁷En este sentido, CANCIO MELIÁ, M., “*Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*”, Colección de Derecho Penal, Reus, Madrid, 2010, pág. 243, se refiere a una redacción típica “vaporosa”. Conviene recalcar, no obstante, ante el empleo de los criterios legales y jurisprudenciales relativos al art. 577 CP a la sede de la organización criminal común que pretendemos realizar, que la conducta típica de colaboración en sede de terrorismo se encuentra redactada de forma más amplia que en el terreno que nos ocupa. Pues, si el art. 570 bis.1.I CP castiga el acto de “cooperar”, el art. 577 CP va más allá sancionando junto al “llevar a cabo” los actos de “recabar” y “facilitar” actos de colaboración. El respeto escrupuloso del principio de legalidad, y más concretamente, de taxatividad, ha de llevarnos a excluir estos últimos dos actos del ámbito de aplicación del art. 570 bis.1.I CP, en tanto no recogidos por la norma penal.

¹¹¹⁸ Tal clasificación se contiene en el FJ Sexto del Auto de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001.

(3) Realizar actividades propias de la infraestructura informativa de la organización terrorista, como sucede cuando se realizan observaciones y vigilancias sobre personas, edificios o instalaciones.

(4) Poner a disposición de la organización terrorista medios materiales o conocimientos técnicos, como se ha apreciado, por ejemplo, en las conductas de entregar copias de documentos de identidad, cartulinas o permisos de conducir en blanco, informar sobre matrículas¹¹¹⁹ y también en la construcción de un "zulo" o asesorar en materia de telecomunicaciones.

(5) Desarrollar actividades que fortalezcan la estructura delictiva de la organización terrorista, buscando o reclutando personas que se integran en la organización¹¹²⁰.

(6) Desarrollar actividades que favorezcan los fines que persigue la organización terrorista, como repartir propaganda política de la organización.

(7) Prestar cobijo¹¹²¹, asistencia u otros servicios a los miembros de la organización, acogiéndoles en el propio domicilio, trasladándoles a un lugar seguro¹¹²², facilitar su entrada o salida clandestina de España, proporcionarles dinero o avisar de la existencia de una acción policial en curso¹¹²³.

En puridad, y atendida la jurisprudencia existente sobre el art. 577 CP, podría, en nuestra opinión, añadirse a este listado de “conductas inequívocas de colaboración” un apartado 8º, que recogiera los comportamientos consistentes en “ocultar efectos o

¹¹¹⁹ Un ejemplo de esta tipología de conducta lo encontramos en la STS 797/2005, de 21 de junio, que condenó por el tipo de colaboración con organización terrorista a una funcionaria que, aprovechando su trabajo, facilitó a miembro de ETA información sobre matrículas de vehículos, algunos de los cuales correspondían a coches camuflados de la Policía.

¹¹²⁰ Un ejemplo concreto de este tipo de acto de colaboración en la jurisprudencia lo tenemos en la STS 800/2006, de 13 julio, que condena por el delito a una mujer por haber facilitado a la banda terrorista ETA los nombres de personas que ella entendía que podían ser captadas por la organización.

¹¹²¹ A este respecto, pueden traerse a colación la STS 1171/1992, de 26 mayo, FJ Tercero, que afirma: “La actuación de V., ofreciéndose a recibir en su casa a persona o personas relacionadas con la organización terrorista ETA, empleando un naípe que se divide en dos mitades y en cuya parte entregada había una nota con la indicación de su domicilio, conservando él la otra mitad, entra en la concepción amplia de los actores de colaboración a cuya sanción atiende el precepto”, y la STS 797/2005, de 21 de junio, que condena como autor de un delito de colaboración con organización terrorista a un sujeto que aloja a un miembro huido del «comando Barcelona» de ETA.

¹¹²² Véase, como ejemplo, la STS 2268/1993 de 18 octubre, FJ Segundo, que califica como delito de colaboración con organización terrorista la conducta probada de un sujeto que trasladó a un miembro de ETA en su automóvil hasta un lugar donde fue recogido por otro vehículo que lo llevó a un refugio seguro, siendo consciente de la militancia en la banda armada de la persona a la que trasladaba.

¹¹²³ Nótese que estas “conductas inequívocas de colaboración” coinciden con muchos de los ejemplos de comportamientos de apoyo (*Unterstützen*) puestos por la doctrina alemana, en relación a la conducta de apoyo a una organización criminal (*kriminelle Vereinigung*) del “§ 129 StGB. Así, TRÖNDLE, H. y FISCHER, T., “§ 129 StGB”, en *Beck'sche Kurzkommentare. Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C.H.Beck, München, 53. Auflage, 2006, pág. 842, señala como comportamientos calificados por la doctrina como de apoyo al aprovisionamiento de información, material o herramientas, que supongan una ventaja para la organización, el envío de mensajes, la provisión de inmuebles, automóviles o medios de comunicación, el hospedaje de personas que deban cometer delitos para la organización y su asesoramiento para su preparación, espiar las conductas de las víctimas, la realización de manifestaciones violentas o la participación en medidas de lucha de gran efectividad publicitaria para el fortalecimiento de la estructura de la organización y el fomento de sus fines criminales.

instrumentos de la organización, cuya posesión no constituya ya una conducta delictiva”¹¹²⁴.

c.2. Exigencias a reclamara las conductas de colaboración para su consideración como típicas. Especial atención a la problemática de las conductas neutrales.

Si bien el listado de conductas de colaboración con organizaciones y grupos terroristas del art. 572 CP, y, sobre todo, del Auto de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001, nos sirve de indubitada ayuda para aplicar la conducta de colaboración, es necesario del establecimiento de requisitos generales de cara a la consideración de una conducta como comportamiento típico de colaboración. Y es que, algunas de las conductas concretas contempladas en esas listas pudieran en el caso concreto suponer una contribución ineficaz o irrelevante a la organización criminal, siendo en tales casos innecesario su castigo. Insta, por ello, en atención a los principios de intervención mínima, lesividad y proporcionalidad, teniendo presentes las penas de prisión aparejadas a la conducta, que se equiparan a las del partícipe activo, establecer un nivel mínimo de relevancia a estas conductas de colaboración. Esta restricción, por otra parte, es ampliamente apoyada en sede de terrorismo, donde la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo la concurrencia de unas características determinadas en las conductas de colaboración para su consideración como típicas. En sede de criminalidad organizada común, dicho debate o consenso no se ha producido en España, pero ello responde sin duda a la nula aplicación hasta el momento por parte de los tribunales de la conducta de cooperar, ya sea del art. 518 CP, ya sea del art. 570 bis.1 CP. Dicha inaplicación, sin embargo, no debe frenarnos de cara a la realización de esta concreción de los caracteres mínimos a reunir por las conductas de colaboración, pues, estando por ley castigadas nada obsta a la posible existencia de condenas en el futuro.

c.2.1. La condición de extraneus del sujeto activo de colaborar o financiar

A este respecto, por lo dicho hasta el presente momento, hay una serie de caracteres de “cooperar” que resultan obvios. Tal es el caso del sujeto activo de la conducta, que ha de ser un extraño a la organización criminal, esto es, una persona que no sea integrante de la misma con lo que ello supone. El “cooperador”, por tanto, no se encontrará vinculado, o, si se prefiere, sometido, de forma permanente a la voluntad

¹¹²⁴ A este respecto, véase, por ejemplo, la STS 785/2003, de 29 mayo, que condena como colaborador con organización terrorista a un sujeto por haber llevado a cabo la custodia de herramientas u otros objetos, diversos de armas y explosivos, que le fueron entregados por miembros de la banda ETA, circunstancia ésta última conocida por el sujeto. FJ Tercero: “el coimputado [...] en su primera declaración reconoce que «...por su cuenta...» contacta con Iratxe. Junto con esta decisión autónoma del coimputado, desde el primer momento queda fijado el ámbito de la colaboración en la custodia de herramientas u otros objetos, como único acto aislado que materializa y agota tal colaboración y que se patentiza en la ocupación de la larga relación de efectos ninguno de los cuales por sí mismo constituye ilícito penal [...] la ayuda externa voluntariamente prestada se ha limitado a ocultar tales efectos [...] En esta situación, es claro que la acción enjuiciada merece la calificación de colaboración con banda armada”.

grupales de la organización, y, por ende, a su disciplina y normas¹¹²⁵, ni asumirá rol o función estable alguno dentro del organigrama de la agrupación delictiva¹¹²⁶. No obstante, para realizar la conducta típica deberá conocer a ciencia cierta -dolo directo -, o, al menos, sospechar -dolo eventual -acerca de los objetivos criminales de la organización criminal con la que coopera, o del grupo criminal al que financia, pues, en caso contrario se produciría un error de tipo sobre un elemento esencial del tipo objetivo que derivaría en la atipicidad de la conducta. Dicho conocimiento de la finalidad delictiva de la organización o grupo criminal no implica, sin embargo, que el sujeto la comparta, pues bien pudiera suceder que el cooperador no aprobase la comisión de delitos, pero, ante acuciantes necesidades económicas o por ser víctima de amenazas, se viera obligado a colaborar con la agrupación delictiva. Esta interpretación del sujeto activo de la conducta de cooperar o financiar como sujeto extraño a la organización criminal o al grupo criminal es notoriamente mayoritaria tanto en la jurisprudencia y doctrina españolas¹¹²⁷ como en las extranjeras¹¹²⁸. Se identifica, no obstante, alguna voz

¹¹²⁵ Así lo señala FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 284 y 285.

¹¹²⁶ Así, si bien en sede de terrorismo, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 337 y 473, según la cual la clave para marcar “la zona limítrofe” de la cooperación con la integración en una organización está en atender a si el sujeto asume o no un rol estable en la misma.

¹¹²⁷ Así, por ejemplo, ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 800, o LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 681. Además, esta interpretación no se restringe a la conducta del cooperador con la organización criminal *ex art.* 570.1.I bis CP, sino que se extiende también a las conductas de colaboración con organización terrorista del art. 577 CP, y de cooperación con asociación ilícita del art. 517 CP. Véase, en sede de terrorismo, LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 25. Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 997, CORTÉS BECHIARELLI, E., “Lección XXXII. Organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial, Vol. II*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 681, y sentencias como la STS 480/2009, de 22 de mayo, FJ Preliminar, apartado 4: “el delito de colaboración [...] es la puesta a disposición de la banda de [...] ayuda externavoluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquéllas, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva”. En relación a la cooperación con asociación ilícita, puede verse GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 195 y 197, o GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 271 y 271, destacando, a este respecto, este último el “carácter subsidiario” del tipo en tanto -afirma- “persigue fundamentar la responsabilidad de quien, participando en la asociación, no puede realizar el injusto del mero “individuo”, del “miembro activo” o del “presidente”, “director” o “fundador”, precisamente por no pertenecer a la asociación”.

¹¹²⁸ Así sucede, por ejemplo, en los dos países que hemos tomado como referencia a nivel de derecho comparado: Alemania e Italia. En Alemania, que prevé expresamente el castigo de la conducta de apoyo (unterstützen) a la agrupación criminal, mantienen, entre otros muchos, el necesario carácter de *extraneus* del sujeto activo de la misma MALJEVIC, A., “‘Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’. Different Legal Models Against Criminal Collectives”, *op. cit.*, pág. 46, TRÖNDLE, H. y FISCHER, T., “§ 129 StGB”, *op. cit.*, pág. 842, y LOHSE, K., “§ 129 StGB”, *op. cit.*, pág. 930, habiéndolo afirmado también la jurisprudencia en la BGHSt 32, 243. En Italia, si bien no se contempla entre las conductas típicas la de colaboración, la jurisprudencia y doctrinas mayoritarias admiten su castigo bajo la figura del “concorso eventuale” del art. 110 CP en el delito de asociación para delinquir del art. 416 CP o asociación mafiosa del art. 416 bis CP, exigiendo la condición de no miembro del “concorrente esterno”. Véase ROMBO, V., “Concorso eventuale nell’associazione mafiosa: la formazione del diritto vivente e la praticabilità e processuale delle soluzioni applicative”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. IV, n.1, 2012, pág. 112, y Sezione unite 5 ottobre 1994, Demitry, Cass. Pen. 1995, 842 (“sentenza Dimitry”).

minoritaria a este respecto, como las de los alemanes RUDOLPHI y STEIN, que entienden que una conducta de un miembro de la organización que fuera más allá de los comportamientos habituales y propios de los integrantes, como, por ejemplo la entrega de un exceso de dinero por encima de la cuota de socio acordada, podría ser constitutiva de apoyar o colaborar con una organización criminal¹¹²⁹. No compartimos, sin embargo, esta postura. Las altas penas previstas de manera general para las conductas de participación como miembro en una organización criminal nos parecen suficientes para castigar la contribución del sujeto al injusto sistémico aun en los casos citados por estos autores. En puridad, en el ejemplo que traen a colación del miembro que entrega una cuantiosa cantidad de dinero a la organización, la conducta a aplicar en la legislación española no sería la del simple partícipe activo, sino que trascendería, por razón de dicha donación económica, a la de promover la organización ya existente, valorándose así dicha contribución de manera más severa. No sería, por tanto, necesario el castigo adicional del sujeto como autor de la conducta de colaborar, debiendo reservarse ésta a los comportamientos realizados por extraños a la organización, como defiende la doctrina mayoritaria¹¹³⁰.

Teniendo en cuenta la falta de vinculación permanente con la agrupación criminal, el no sometimiento a la voluntad común y a la disciplina de la organización, así como la no asunción de un rol estable en la misma, que caracterizan al “cooperador” con la organización, en cuanto *extraneus*, se explican, con razón, las muchas críticas que ha suscitado entre la doctrina la equiparación legal a nivel de penas realizada entre las conductas de “participar activamente” y “cooperar”¹¹³¹, y la necesidad *supra* referida

¹¹²⁹ RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, *op. cit.*, pág. 20. En España pareciera ser de esta opinión VERA SÁNCHEZ, J.S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1719, que, en referencia a lo que él llama “conductas típicas atenuadas”, esto es, las de “participación activa”, “formar parte” y “cooperar”, afirma: “en estos supuestos se castigan comportamientos de miembros o integrantes de la asociación que se sitúan en la mitad inferior de la estructura de la organización”.

¹¹³⁰ Sostiene expresamente esta opinión FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 303.

¹¹³¹ Se han mostrado críticos, en este sentido, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 653 y 654, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pp. 960 *in fine* y 961, y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal”, *op. cit.*, pág. 281, señalando que el colaborador externo debe tener una pena inferior. Más llamativo aún es lo que sucede en sede de asociaciones ilícitas, donde los cooperadores son castigados más gravemente que los miembros activos. Si las penas de prisión y de multa son equivalentes para ambos, para los cooperadores se prevé una pena complementaria frente a los miembros activos: la inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años. No obstante, cabe reseñar, que, si generalizada, la crítica en este sentido no llega a ser unánime. Y es que no todo el mundo opina que es relevante la distinción *intraneus* y *extraneus*. Véase si no SANTA RITA TAMÉS, G., “El delito de organización terrorista”, *op. cit.*, pág. 601, que, al menos para el ámbito de las organizaciones terroristas, entiende que “no existe, en realidad, una diferencia entre *intraneus* y *extraneus*”, pues -señala- “el hecho de participar aunque fuera accesoriamente con la banda [...] forzosamente, genera una vinculación”, concluyendo que “cualquier persona que participe con la agrupación queda automáticamente comprometida y formará parte de la misma”. Siguiendo un discurso funcionalista, el autor arguye que tanto miembros como no

de interpretar restrictivamente la conducta de colaboración, que es la tarea que aquí pretendemos realizar.

c.2.2. La colaboración como acto material físico. La exclusión de la mera adhesión ideológica. Consideración específica al apoyo psicológico.

En lo que respecta a la naturaleza de la conducta de colaboración, se ha subrayado reiteradamente, si bien en sede de terrorismo, tanto por doctrina¹¹³² como por jurisprudencia, que el comportamiento para ser típico *ex art. 577 CP* ha de ir más allá del apoyo ideológico, exigiéndose a tal efecto “actos concretos y positivos de colaboración”¹¹³³. Algo que, por otro lado, ya se venía reclamando respecto a la conducta del *intraneus* de “participar activamente”, al afirmarse la atipicidad de la mera adhesión ideológica¹¹³⁴. No obstante, cuando la adhesión ideológica se materializa en conductas concretas objetivas, se rompe el acuerdo en cuanto a la negación de la tipicidad del comportamiento. Un ejemplo claro de ello lo tenemos en la STS 2/1997, de 29 de noviembre, que condenó a miembros de la mesa nacional de Herri Batasuna por colaboración con organización terrorista por pretender hacer uso de los espacios destinados a la campaña electoral para difundir un comunicado de ETA, y en la posteriores críticas doctrinales surgidas contra la sentencia por castigar un acto de mera colaboración ideológica¹¹³⁵.

En el terreno que nos ocupa, de la criminalidad organizada común, dado el carácter generalmente apolítico de las organizaciones criminales este tipo de conductas apenas concurrirán en la práctica. No obstante, sí es cierto que pudiera encontrarse en algún caso una organización criminal dotada de cierto componente ideológico, siempre que los delitos que constituyeran su objeto no persiguieran ninguna de las finalidades del art. 573.1 CP, pues en ese caso conformaría una organización terrorista. En tal caso abogamos por considerar atípica toda muestra externa de adhesión ideológica a la

miembros defraudan su rol social al tomar contacto, sea más o menos permanentemente, con una organización terrorista.

¹¹³² Véanse, por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 25. Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 997 (“debe estar excluido el mero apoyo o respaldo moral o ideológico”), y LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 474.

¹¹³³ LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 474: “la pertenencia y colaboración ideológicas son supuestos impunes [...] tienen que existir actos concretos y positivos de colaboración”.

¹¹³⁴ A este respecto, resulta muy ilustrativo el siguiente fragmento del Autode la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001, FJ Sexto: “La colaboración, desde el punto de vista objetivo, supone la realización de actos concretos de favorecimiento con las actividades de la banda armada o de sus miembros. Según la jurisprudencia, ha de tratarse de favorecer la comisión de delitos (STS 3 de junio de 1983) o ayudar a los miembros de la organización terrorista para los fines ilícitos perseguidos (STS 17 de marzo de 1983) o favorecer las actividades y fines de la banda armada (STS 26 de mayo de 1992), en todo caso, algo más que la mera afinidad ideológica (STS 9 de Audiencia Nacional 21 de febrero de 2018, 5 marzo de 1990), pues lo que no se incrimina es un mero proyecto político (STS 28 de junio de 1995)”.

¹¹³⁵ Véase, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, M., “Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto”, *op. cit.*, pp. 250 y ss.

misma¹¹³⁶. Por otro lado, dicha manifestación en muchos casos - cuando la ideología o el pensamiento profesado por la organización criminal sea discriminatorio - podrá resultar ya subsumible en alguno de los denominados delitos de odio, y, como más adelante se verá, el delito de colaboración con organización criminal ostenta un carácter subsidiario respecto a los restantes tipos penales.

Para concluir insta señalar que podrían ser imaginables actos de apoyo psicológico en relación a la totalidad de las organizaciones y grupos criminales, ya presenten o no cierto tinte ideológico. A diferencia de España, donde esta cuestión no ha sido discutida en sede de organizaciones criminales, en Alemania sí ha sido planteada, habiéndose admitido por la doctrina mayoritaria la posibilidad excepcional de que el acto típico de apoyo del *extraneus* consista en una colaboración psicológica, siempre que la misma resulte eficaz de cara a incrementar la predisposición de los miembros de la organización a participar en las actividades delictivas o a fortalecer los vínculos entre los miembros de la organización¹¹³⁷. A este respecto, pudiera pensarse ciertamente en actos de adoctrinamiento, a los que ya aludimos al hilo del análisis de la conducta de “promover” la organización criminal, pero cometidos por personas extrañas a la organización. A nuestro juicio para que tales actos fueran típicos habrían de tener un efecto importante y directo de cara al favorecimiento de la organización criminal, debiendo constituir el adoctrinamiento una forma de inducción directa a integrar una organización criminal. Para calificar la conducta como típica habría de atenderse, también, a factores como el número de personas a las que se le ha inducido, y el grado concreto de influjo ejercido sobre ellas para que lleven a cabo el ingreso a la organización, de modo que habrían de quedar extramuros del tipo por no suponer una contribución importante para con la organización criminal la inducción a una sola persona a formar parte de la organización, o la sola manifestación abstracta de apoyo a la manifestación.

c.2.3. Colaboración con la organización criminal. La exclusión de las acciones *intuitu personae*

¹¹³⁶ Señálese que en Alemania sí se han castigado ciertas conductas externas de muestra de apoyo ideológico a organizaciones a través del §129 StGB. Nótese que una de las conductas típicas que se incriminan en este precepto es “werben”, traducible al español como hacer propaganda o publicidad de la organización. Así, el BGHSt 28,26 condenó como autor de esta conducta a un sujeto que participó en la colocación de consignas como “Larga vida a la RAF” en el muro del Palacio de Justicia de Munich. La RAF (*Rote Armee Fraktion*) o Facción del Ejército Rojo era una organización revolucionaria de extrema izquierda de la Alemania Occidental, dedicada a la realización de acciones armadas violentas contra sectores fascistas y capitalistas.

¹¹³⁷ LOHSE, K., “§ 129 StGB”, *op. cit.*, pág. 930, MALJEVIC, A., “‘Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’. Different Legal Models Against Criminal Collectives”, *op. cit.*, pág. 46, y STEIN, R., “Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§129, 129a StGB)”, *op. cit.*, pág. 225, que hace referencia como acto de apoyo a la conducta que fortalece la decisión de los miembros de delinquir o formar parte de la agrupación delictiva.

Si bien puede resultar obvio atendiendo a la propia letra del art. 570 bis.1.I CP que se refiere a cooperar con la organización, o de su homólogo en sede de terrorismo, el art. 577 CP, que hace alusión a “acto de colaboración con las actividades o finalidades de una organización”, no está, aun así, de más subrayar que el beneficiario de la cooperación ha de ser la agrupación criminal. A este respecto, hay unanimidad en la doctrina y jurisprudencia tanto españolas, como extranjeras, en considerar atípicas las conductas de colaboración con personas concretas integrantes de la organización criminal que no supongan un beneficio para la entidad delictiva¹¹³⁸. Como ejemplo de la aplicación práctica de ello, la STS 326/2010, de 13 de abril, absuelve a un sujeto, tanto del tipo de pertenencia como del de cooperación con asociación ilícita, dedicada a la comisión de delitos de prostitución y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en atención a que su colaboración se circunscribió al ámbito de las actividades de uno de los integrantes de la organización, sin extenderse a las “actividades propias de la organización”¹¹³⁹. Tal conclusión responde a la aplicación práctica a las conductas que nos ocupan del principio de ofensividad. Las conductas típicas en relación a la organización y el grupo criminal se castigan precisamente por contribuir al injusto sistémico, conformado por la lesión a la seguridad colectiva y, también en el caso de la organización, la amenaza al buen funcionamiento de los mercados e instituciones estatales, y, con ello, a la calidad democrática de los países. Si la colaboración no tiene ningún efecto para con la organización o el grupo criminal, no favorece dicho injusto sistémico, y, por tanto, no contribuye en modo alguno a la afectación al bien jurídico protegido, por lo que ha de quedar “extramuros” del tipo. Por otro lado, como hemos visto, la propia ley excluye de su tenor literal estas conductas al precisar expresamente que el beneficiario ha de ser la agrupación delictiva.

Caso particular es aquél en que la conducta de colaboración dirigida directamente a un sujeto integrante de la agrupación delictiva redunde indirectamente en un beneficio para la organización criminal. En este supuesto, y siempre que el efecto indirecto para con la organización sea relevante y eficaz para su mantenimiento o reforzamiento -pues caso contrario, será atípica la conducta -, habrá de atenderse al conocimiento y voluntad del sujeto al realizar el comportamiento. Así, de conocer o, al menos sospechar, que su contribución redundaría o podría redundar en un beneficio

¹¹³⁸ En España, véase, si bien en relación al delito de asociación ilícita, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 272 (“todo favorecimiento a estas personas que no redunde directamente en la [...] asociación [...] es atípico”), y GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 195. En Alemania, véase en la jurisprudencia, BGHSt 20,90, y, en la doctrina, LOHSE, K., “§ 129 StGB”, *op. cit.*, pág. 930, y RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, pág. 20.

¹¹³⁹ STS 326/2010, de 13 de abril, FJ Décimo-tercero, apartado 4: “En cuanto al recurrente Daniel, de los hechos probados se desprende su colaboración con Juan Alberto en las actividades que se desarrollaban en el club que éste dirigía. Sin embargo, se trata de actos reducidos a esa esfera de actuación, que, aunque se sancionan como constitutivos de colaboración a la determinación coactiva de otras personas al ejercicio de la prostitución, por sí mismos no bastan para afirmar la pertenencia o integración de forma activa en una organización delictiva dedicada a la explotación coactiva de la prostitución. Dicho de otra forma, su colaboración se reduce al ámbito de las actividades de Juan Alberto, pero no se extiende a las actividades propias de la organización. En consecuencia, deberá ser igualmente absuelto”.

para el conjunto de la organización criminal a la que pertenece el sujeto beneficiado, la conducta habrá de considerarse típica; sin embargo, si el sujeto no conocía ni sospechaba la consecuencia de su conducta en cuanto al beneficio para la organización, habrá de reputarse atípica por ausencia de dolo¹¹⁴⁰.

c.2.4. Colaboración idónea y potencialmente eficaz para favorecer las actividades y fines delictivos de la organización desde una perspectiva *ex ante*

Habida cuenta de la amplitud con que el legislador contempla en el Código Penal las conductas de cooperación con una organización criminal, que, como en su momento alertaba GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, podría convertir al tipo en “un peligroso cajón de sastre”, donde podrían subsumirse todos los comportamientos de algún modo relacionados con la asociación que no se llevaran a cabo por los miembros y directivos de ésta¹¹⁴¹, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han venido realizando una interpretación restrictiva del mismo, exigiendo que la conducta para ser típica posea “como mínimo [...] una entidad o potencial suficiente para que la organización sea o continúe operativa a los fines que persigue¹¹⁴²”. En este sentido, la Fiscalía General del Estado en su famosa Circular 2/2011 define las conductas de cooperación con organización como “actuaciones que contribuyen causalmente al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la organización criminal”, citando como ejemplos el “facilitar y distribuir información o medios materiales, formar o captar a nuevos participantes o financiar sus actividades”¹¹⁴³. Si bien carecemos de pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido en relación al tipo que nos ocupa por su nula aplicación hasta el momento, sí contamos con numeroso material sobre el art. 577 CP, tajante a este respecto. Así, por ejemplo, la STS 1171/1992, de 26 de mayo, que requiere la “idoneidad y potencial eficacia de los actos - de colaboración, entiéndase – para el favorecimiento de las actividades y fines de la banda armada o de los elementos terroristas, en conexión con los cuales aparece la

¹¹⁴⁰ No resulta claro a este respecto el parecer de la jurisprudencia en sentencias como la STS 1171/1992, de 26 mayo, FJ Segundo, que, en relación a los actos de colaboración del art. 577 CP, exige que “se dirijan al favorecimiento de las previsibles acciones del grupo, y no traigan causa de las normales consecuencias de las acciones *intuitu personae*”.

¹¹⁴¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 274, si bien en relación a la conducta contemplada en el entonces Código Penal vigente, el CP de 1944.

¹¹⁴² Así, en relación a la conducta del art. 570 bis.1.I CP que nos ocupa, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 961. También CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1115, se decantan por un entendimiento restrictivo de la conducta, sosteniendo que por “cualquier modo” ha de interpretarse cualquier “modo que sea funcional al quehacer criminal de la organización”. En sede de terrorismo, véase CANCIO MELIÁ, M., “Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto”, *op. cit.*, pág. 243: “Precisamente ante una redacción típica tan vaporosa, la cuestión esencial en la interpretación de la infracción está en la necesidad de que la conducta sea realmente idónea para servir de apoyo material a la organización. Esto, es decir, que se trate de una aportación material relevante”, aclarando, a continuación, en el mismo sentido que hace la jurisprudencia, que el “que se trate de una aportación material relevante no implica que necesariamente haya sido efectiva, exitosa realmente *ex post*”.

¹¹⁴³ Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 15.

coadyuvante disposición del colaborador”¹¹⁴⁴. En línea con estos requerimientos, el Auto de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001 antes mencionado por contener un listado de “conductas inequívocas de colaboración” con organización terrorista, prevé un “catálogo paralelo”¹¹⁴⁵ de conductas consideradas atípicas por los tribunales, en el que incluye:“(1) El mero conocimiento o trato con personas integradas en el grupo armado (S 29/1984, sección 2ª), (2) La realización de actos de asistencia ejecutados en cumplimiento de un deber profesional (S. 65/1985, sección 1ª), (3) Visitar a un militante huido, facilitándole comida y alimentos (S 43/1985, sección 2ª), y (4) Corroborar las informaciones que ya poseía la organización (S 13/1986, sección 3ª)”¹¹⁴⁶. Como se ve, algunas de ellas son ejemplos claros de conductas a las que falta esa idoneidad y potencial eficacia para favorecer las actividades y fines de la organización. A este respecto, también habría de incluirse entre ejemplos de conductas atípicas, aunque su atipicidad pueda resultar más obvia, las conductas de colaboración con fines lícitos de la organización criminal que no afecten siquiera indirectamente a la entidad como agrupación dedicada a delinquir. Ya vimos que pudiera darse el caso de una organización criminal que, junto a su objeto delictivo, ostente otras finalidades lícitas, siempre y cuando el primero orienta decisivamente su estructura. Así, de favorecerse sólo dichos fines lícitos, sin repercusión en la estructura delictiva de la organización, la conducta habrá de considerarse atípica por faltarle esa idoneidad o potencialidad para contribuir al mantenimiento o desarrollo de la organización criminal¹¹⁴⁷.

Como vemos, se requiere la potencialidad de los actos de colaboración para favorecer a la organización criminal, en el sentido de contribuir a su mantenimiento y desarrollo. Cabe entonces plantearse la hipótesis de que esos actos de colaboración aptos desde una perspectiva *ex ante* para dicho fin, por circunstancias sobrevenidas del tipo que sea resulten, sin embargo, *ex post* ineficaces para la organización. ¿Qué pasaría entonces?, ¿se aplica en tales casos el tipo de colaboración? La STS 800/2006, de 13 julio se pronuncia al respecto, al abordar en materia de terrorismo un supuesto como el que planteamos. Concretamente en el caso enjuiciado una mujer, considerada como *extraneus*, lleva a cabo un acto de colaboración con ETA consistente en “facilitar los nombres de personas que ella entendía que podían ser captadas por la banda de delincuentes”; no obstante ello, la sala de instancia ignora “sus identidades por lo que no consta si la ayuda fue eficaz”, “no se ha sabido si ETA se dirigió a esas personas”. En su recurso ante el Alto Tribunal, la mujer, condenada en primera instancia por colaborar con organización terrorista, cuestiona que los actos de colaboración realizados “tengan el contenido suficiente como para llenar el tipo aplicado” a falta de dicha acreditación. El Tribunal Supremo, sin embargo, desestima su recurso, afirmando

¹¹⁴⁴ STS 1171/1992, de 26 de mayo, FJ Segundo.

¹¹⁴⁵ Expresión la del entrecorillado de CANCIO MELIÁ, M., “*Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*”, *op. cit.*, pág. 246.

¹¹⁴⁶ Auto de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001, FJ Sexto.

¹¹⁴⁷ Así lo señalan FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, *op. cit.*, pág. 286, y RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, *op. cit.*, pág. 21.

tajantemente que: “el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz. En el caso, la conducta de la recurrente consistió en facilitar los nombres de personas que ella entendía que podían ser captadas por la banda de delincuentes, sin que el éxito eventual de esa labor de captación, o su ausencia, suponga la atipicidad de la conducta o influya en su responsabilidad penal, concretada a los actos que le son imputables¹¹⁴⁸”. La doctrina mayoritaria también secunda esta interpretación, pudiéndose citar, como ejemplo, a LLOBET ANGLÍ¹¹⁴⁹ o al mismo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, que ya en su momento venía afirmando al analizar las conductas de cooperación con asociación ilícita, en el entonces vigente Código Penal de 1944, que: “debe exigirse una cierta relevancia o idoneidad objetiva de la misma, cierta eficacia; [...] con independencia del problema -distinto -de si lo fue, o no, en el caso concreto¹¹⁵⁰”. También es ésta la interpretación mayoritaria a nivel de derecho comparado, donde se considera suficiente para la aplicación de la conducta la efectividad e idoneidad *ex ante* del acto para el reforzamiento, o al menos, el mantenimiento de la organización criminal¹¹⁵¹. Al éxito de esta interpretación contribuye seguramente de manera clave la circunstancia de la dificultad probatoria que entraña acreditar la relación de causalidad entre el aporte del colaborador y el reforzamiento o contribución al mantenimiento de la organización criminal. Ello precisamente se puso de manifiesto en la STS 800/2006, de 13 julio antes referida, en la que se desconocían los nombres facilitados por la acusada, *extraneus*, a la organización, y, por tanto si la agrupación finalmente contactó con esas personas, y las reclutó como integrantes. Por otra parte, es difícil medir la contribución concreta de un aporte para con el desarrollo de la organización criminal. Ante estas circunstancias, resulta conveniente adoptar como requisito la sola idoneidad *ex ante* de la contribución para fortalecer o favorecer la existencia de la organización criminal. No obstante, aquí de hacerse alguna puntualización. Nos referimos a la necesidad de reclamar al menos el peligro concreto de que la contribución favorezca a la organización criminal. A este respecto, piénsese por ejemplo en los supuestos de envío frustrado de armas o dinero a la organización. Un sujeto no integrante acuerda enviar una cuantiosa cantidad de dinero o un importante cargamento de armas a la organización, realizando dicho envío, que, sin embargo, por causas ajenas a su voluntad, no llega a su destinatario. En estos

¹¹⁴⁸ STS 800/2006 de 13 julio, FJ Noveno.

¹¹⁴⁹ LLOBET ANGLÍ, M., “Terrorismo”, *op. cit.*, pág. 602.

¹¹⁵⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 274.

¹¹⁵¹ Así, en Italia, en relación al “concorso eventuale” en los delitos de asociación para delinquir y asociación mafiosa, ROMBO, V., “Concorso eventuale nell’associazione mafiosa: la formazione del diritto vivente e la praticabilità e processuale delle soluzioni applicative”, *op. cit.*, pág. 112, y la célebre Sentencia Carnevale (Sez. Un. 30 octubre 2002, Carnevale, Cass. Pen. 2003, p. 3276). En Alemania, puede citarse en esta línea a OSTENDORF, H., “§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, *op. cit.*, pág. 657, y TRÖNDLE, H. y FISCHER, T., “§ 129 StGB”, *op. cit.*, pág. 842: “La ofensividad del hecho consiste en una acción que en abstracto es efectiva para promover, fortalecer o salvaguardar el peligro potencial específico de la organización criminal y que beneficia a la organización, independientemente de si realmente se la beneficia o no”. En la jurisprudencia, entre otras, la BGHSt 20, 90 establece que: “es suficiente si la ayuda en sí es efectiva y de alguna manera beneficiosa para la organización”.

casos aunque la conducta sería en abstracto suficiente para fortalecer a la organización criminal, o, desde luego, contribuir a su desarrollo, en el supuesto concreto, al no haberse recibido por la agrupación el cargamento o el dinero, no habiendo un peligro concreto de su efectivo empleo por la organización, la conducta habría de considerarse atípica en atención al principio de ofensividad¹¹⁵². Ha de reclamarse, por tanto, en nuestra opinión, que la contribución haya sido efectivamente recibida por la organización o grupo criminal, siendo -eso sí- irrelevante por los mentados problemas probatorios el uso que de la misma haya hecho la agrupación, esto es, en el ejemplo, si efectivamente empleó el dinero o las armas en las actividades delictivas o en el desarrollo de la agrupación.

c.2.5. La colaboración como acto genérico de ayuda a la organización. La naturaleza subsidiaria del delito de colaboración o financiación de organización o grupo criminal

Es también mayoritario en el ámbito de los delitos de terrorismo la interpretación de las conductas de colaboración como comportamientos necesariamente genéricos de apoyo externo a la organización. Se entiende que, de cara a la aplicación del art. 577 CP, los actos de colaboración no han de materializarse en un delito específico pues en tal caso sería de aplicación preferente este último. Como bien explica LLOBET ANGLÍ: “la característica principal del delito de colaboración [...] es que las conductas no guarden relación de autoría o participación con los concretos delitos ejecutados, ni formen parte de su <<iter criminis>> punible. [...] En definitiva, se castigan aportaciones que no se materializan en un delito específico, porque no se inició su ejecución, ni son punibles como conspiración, proposición o provocación”¹¹⁵³. También la jurisprudencia ha sido clara en este sentido, afirmando, por

¹¹⁵² Así, RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, *op. cit.*, pág. 20: “Con respecto al éxito de la conducta de apoyo, no es suficiente, cuando, aunque el acto de soporte es objetivamente adecuado para la promoción, no se produce el resultado del aumento en el riesgo, por ejemplo, porque una carta con contenido que promueve la organización no llega a los miembros de la asociación. El intento fallido de obtener material o un viaje de mensajería es, en el mejor de los casos, un apoyo perfecto, si ya la sola aceptación y el comienzo de esta actividad aumenta la disposición de los miembros de la asociación a actuar, lo cual no sucede en la mayoría de los casos”.

¹¹⁵³ LLOBET ANGLÍ, M., “Terrorismo”, *op. cit.*, pp. 600, y 416 y ss., que se refiere a este respecto al delito de colaboración como “delito residual, esto es, de segundo grado o subsidiario”. No obstante, cabe señalar alguna voz discordante en este sentido, que parece admitir la posibilidad de que una conducta de participación en un delito cometido en el marco de la organización terrorista constituya a su vez acto de colaboración *ex art. 577 CP*. Tal parece ser la opinión de MIRÓ LLINARES, F., “Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)”, en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 323, cuando en referencia al famoso caso jurisprudencial de la mujer que lavaba la ropa de un empresario secuestrado por ETA, afirma que: “si su colaboración con la banda terrorista tiene que ver específicamente con un delito en concreto que además, ella conoce, entonces también podría atribuirse responsabilidad por la participación”.

Este caso fue enjuiciado por la STS 185/2005, de 21 de febrero, que absolvió a la mujer por participación en el delito de secuestro. El Alto Tribunal no se planteó, sin embargo, la posible calificación jurídica de su conducta como colaboración con organización terrorista ya que la parte de la acusación no trajo la misma a su consideración.

ejemplo¹¹⁵⁴, la STS 480/2009, de 22 de mayo en relación al tipo de colaboración que “se trata [...] de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos [...] si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito -nuclear o periférico -pero no en el de la colaboración¹¹⁵⁵”.

Este carácter subsidiario del art. 577 CP en relación a los tipos penales en que, en su caso, se subsuman los delitos-fin o delitos instrumentales preparados o ejecutados en el seno de la organización, si bien no se proclama como tal de forma expresa en el precepto, se infiere, según cierta jurisprudencia y doctrina, del último párrafo de su apartado primero, que establece que: “cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado en su mitad superior. Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos”. No obstante, como se ve, en realidad el legislador restringe la aplicación del concurso de leyes a los actos de colaboración que consistan en la información y vigilancia de personas¹¹⁵⁶, y, además, limitando esta posibilidad a que los resultados lesivos sean a unos bienes jurídicos determinados. La doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, en una aplicación analógica de la ley *in bonam partem* extiende dicha regla a la totalidad de conductas de colaboración, sosteniendo así cuando el acto de colaboración pueda vincularse con un delito específico cualquiera, se producirá en todo caso un concurso de normas a favor de este último precepto. La conducta concreta sería así susceptible de ser calificada con arreglo a dos preceptos distintos: el art. 577 CP y el tipo penal específico del delito-fin o delito instrumental de que se trate, solventándose dicho conflicto *ex art.* 8.2º CP¹¹⁵⁷ con la aplicación del precepto principal - en este caso éste último - en defecto del subsidiario, constituido según la doctrina mayoritaria por el art. 577 CP.

¹¹⁵⁴ Pueden citarse también, si bien referidas al Código Penal de 1944, las SSTs 1171/1992, de 26 mayo, FJ Segundo: “los hechos atribuidos a José Manuel V. constituyen un delito de colaboración con grupo organizado y armado, previsto y penado [...] en el art. 174 bis a) del CP, donde se tipifican y sancionan aquellos actos de cooperación «in genere» del «straneus» a la organización ilícita que, sin estar causalmente conectados a la producción de un resultado concreto, por tratarse de una figura delictiva de simple actividad, se dirijan al favorecimiento de las previsibles acciones del grupo”, y 2268/1993, de 18 octubre, FJ Segundo: Se trata [...] de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos”, y más tarde, “si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito -nuclear o periférico -pero no en el de la colaboración”.

¹¹⁵⁵ STS 480/2009, de 22 de mayo (caso Ekin), FJ Preliminar, apartado 4.

¹¹⁵⁶ Así lo señala LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pp. 417-419, cuando refiere que, en puridad, el último párrafo del apartado primero del art. 577 CP no se refiere a todo acto de colaboración, sino a los actos de colaboración consistentes en informar o vigilar a personas, pudiéndose de ello extraer que la subsidiariedad sólo se aplica a esta modalidad de actos. Sin embargo, aun señalando esta circunstancia, la autora acaba situándose, como adelantamos, con la doctrina mayoritaria, estimando que es más acertado extender la subsidiariedad a todo acto de colaboración con organización terrorista.

¹¹⁵⁷ Art. 8.2º CP: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: [...] El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible”.

¿Sería trasladable esta regla a la conducta de colaboración con organización criminal del art. 570 bis.1 CP o de financiación de grupo criminal del art. 570 ter.1 CP? GARCÍA ALBERO parece entender que sí al afirmar en este ámbito que “el criterio político-criminal básico en este ámbito es [...] el de no vincular la incriminación, adicionalmente, a la participación en los delitos que constituyen el propósito de la organización¹¹⁵⁸”, pero lo cierto es que la doctrina española apenas se ha pronunciado a este respecto¹¹⁵⁹, lo que trae causa seguramente de esta nula aplicación jurisprudencial de estas conductas hasta el momento. En nuestra opinión, sería acertado extrapolar la consideración de norma subsidiaria que viene haciendo doctrina y jurisprudencia en relación al art. 577 CP al ámbito de la delincuencia organizada común. Y es que, si se aplica tal concepción en materia de terrorismo –fenómeno más grave que el que nos ocupa por sus connotaciones políticas de atentar contra las bases del Estado democrático, ausentes en el crimen organizado común –, con mayor razón habrá de hacerse en relación a los actos de colaboración con organización criminal del art. 570 bis.1.I CP.

c.2.6. El delito de colaboración como tipo de “tracto sucesivo”

Otro de los rasgos por los que se ha venido caracterizando al tipo de colaboración con organización terrorista por la jurisprudencia ha sido el de su naturaleza de “delito de tracto sucesivo”, afirmada expresamente por la STS 778/2016 de 19 octubre¹¹⁶⁰.

Y es que, al igual que sucede con el tipo de tráfico de drogas del art. 368 CP, que sería hoy día el delito de “tracto sucesivo” por excelencia, en el delito de colaboración con organización, ya sea terrorista, ya sea criminal, el legislador “utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del

¹¹⁵⁸ GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2162.

¹¹⁵⁹ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 961, que no considera tal posibilidad, señala: “Tengo la fundada sospecha de que la expresión <<o de cualquier modo>> constituirá la cobertura jurídico-penal para los principales destinatarios <<reales>> de la regulación: <<las mulas>> que traen en su organismo o en su equipaje los estupefacientes a España para su distribución, respecto de los cuales no logro imaginar cómo se podría probar que son <<miembros activos>> o que <<formar parte>> de la organización”. No obstante, de acuerdo con un entendimiento del art. 570 bis.1.I CP como norma subsidiaria, a imagen y semejanza del art. 577 CP, el precepto a aplicar a dichas “mulas” sería el relativo al tipo de tráfico de drogas, y no el de colaboración con organización criminal.

¹¹⁶⁰ STS 778/2016, de 19 octubre, FJ Segundo, que, cuando hace mención a “otros delitos que también la jurisprudencia ha definido como de tracto sucesivo”, cita el de colaboración con organización terrorista, haciendo referencia a la STS 826/2015, de 22 de diciembre.

mismo tenor”. Así, si en el art. 368 CP el legislador se refiere a "actos de cultivo, elaboración o tráfico" en relación con sustancias estupefacientes, en el art. 577 CP se habla de "llevar a cabo cualquier acto de colaboración". Esta naturaleza tiene importantes repercusiones de cara a tratar la cuestión del iter criminis, y sobre todo, de los concursos delictivos. En este sentido viene diciendo la jurisprudencia que la misma "obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyan, no un delito continuado, sino una sola infracción penal(SSTS 519/2002 de 22 de marzo (RJ 2002, 4024); 986/2004 de 13 de septiembre (RJ 2004, 6241))", esto es, "el número de aquéllas es indiferente para la consumación del delito y de su unidad¹¹⁶¹". No obstante ello, la jurisprudencia ha afirmado la posibilidad de establecer en ciertos casos un corte temporal, y apreciar distintos delitos del mismo tipo penal, poniendo como ejemplo el caso de cese de la actividad por la detención del sujeto por las autoridades. Si el sujeto continúa, tras la detención, realizando la conducta típica, habrá de apreciarse un nuevo delito¹¹⁶². No obstante, ésta es una cuestión que trataremos con el detenimiento que requiere en el capítulo relativo a iter criminis y concursos delictivos.

En lo que aquí respecta, que es la conducta de colaboración con organizaciones criminales o la de financiar a grupos criminales, han de ser aplicables también a este ámbito las consideraciones realizadas en sede de terrorismo. El art. 570 bis.1.I C que castiga a los que "cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma", comprende tanto una como varias conductas de colaboración. Lo mismo sería aplicable a la financiación, de forma que diversas entregas de dinero realizadas en diversas fechas se englobarían en una sola unidad de acción. Este entendimiento de la cuestión es, además, consecuente con los principios de proporcionalidad e intervención mínima. Piénsese que por sí la conducta de colaborar no ostenta injusto alguno, sino que contribuye a la existencia o fortalecimiento del injusto sistémico, por lo que ha de interpretarse la conducta en la medida de lo posible restrictivamente. Por otra parte, la exigencia de que el aporte sea relevante en tanto idóneo para el desarrollo o mantenimiento de la organización o el grupo criminal supondrá que en muchas ocasiones un acto aislado de colaboración resulte insuficiente a tal fin, siendo necesaria la consideración conjunta de todos los aportes realizados en distintas fechas a la agrupación delictiva para considerar la contribución suficiente.

c.2.7. La necesidad de dejar extramuros del tipo a las denominadas "conductas neutrales"

1. Presentación del problema de las "conductas neutrales" como posibles conductas de colaboración con organización criminal en grado de autoría

¹¹⁶¹STS 778/2016, de 19 octubre, FJ Segundo.

¹¹⁶²STS 778/2016, de 19 octubre, FJ Segundo.

La abstracta definición de la conducta de colaborar con una organización criminal, que provoca, como vimos, una gran inseguridad jurídica, hace conveniente dedicar un apartado específico de este capítulo al problema del castigo *ex art. 570 bis.1 CP* de lo que la doctrina comúnmente viene denominando como “conductas neutrales”¹¹⁶³ o “conductas social o profesionalmente adecuadas”¹¹⁶⁴, esto es, comportamientos delictivos que observados desde una perspectiva estrictamente objetiva resultan socialmente adecuados o intachables por cuanto responden a la realización de un rol o estándar social¹¹⁶⁵. La redacción del comportamiento, con el uso de la fórmula “cooperaren [...] de cualquier modo con la organización”, hace, desde luego, factible “con la ley en la mano” el castigo como conductas de autoría en el delito de colaboración con organización criminal¹¹⁶⁶ del propietario de una inmobiliaria que vende varios automóviles a miembros de una organización, del taxista que transporta al jefe de la banda en su huida de agentes policiales, o del trabajador de la inmobiliaria, en tanto intermediario en el arrendamiento de un piso utilizado por la organización o el grupo para traficar con drogas¹¹⁶⁷. Eso sí, nótese que para ser problemáticos estos ejemplos, esto es, para dar lugar al cuestionamiento de la responsabilidad del vendedor de coches o agente de la inmobiliaria, el *extraneus* ha de conocer o sospechar la condición de integrante de la organización del sujeto con el que interactúa, así como el hecho de que su aportación pueda redundar en un beneficio para con la organización, pues, caso contrario, estaremos ante un claro error de tipo, que tendrá como

¹¹⁶³ En traducción literal del término alemán *Neutrale Handlungen* empleado para referirse a este tipo de conductas. Nótese que fue en Alemania donde surgió originariamente la discusión sobre la calificación jurídico-penal de estas conductas. Véase MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 63-65.

¹¹⁶⁴ Otras denominaciones que se vienen empleando en referencia a este tipo de comportamientos son “conductas cotidianas” o “estándar”, o “acciones conforme al ordenamiento jurídico”. Véase ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, pág. 31.

¹¹⁶⁵ Alerta de este peligro, abogando por la exclusión del tipo de estas conductas, GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2161: “Junto a la mera participación, el tipo incrimina a quienes simplemente cooperen económicamente o <<de cualquier otro modo con la organización>>. Tamaña apertura a formas innominadas de simple complicidad exigirá de mucho cuidado a la hora de excluir del tipo simples conductas que quepa calificar de <<neutrales>> o <<estandarizadas>>, por mucho que el sujeto conozca que el servicio o la prestación del bien, se efectúa a la organización, siempre que además se trate de actos cotidianos de escasa trascendencia”.

¹¹⁶⁶ Si bien la cuestión de las “conductas neutrales” ha sido tratada fundamentalmente en el ámbito de la participación delictiva, como conductas que coadyuvan indirectamente al resultado delictivo causado directamente por otro sujeto -el autor del delito-, en lo que aquí nos ocupa el problema se plantearía en relación a conductas de autoría propiamente dichas: las conductas de colaboración con organización criminal. Señala el enfoque principal del estudio de estas conductas como conductas de participación en el delito, ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pp. 39 y 40: “la doctrina que se ha ocupado de la relevancia penal de las conductas neutrales ha limitado su estudio al campo de la causación indirecta del resultado delictivo. Así, se habla, más concretamente, de conductas neutrales de complicidad o de participación, de causación mediata del resultado [...] En cambio, la cuestión no se ha planteado con la misma intensidad en el ámbito de la causación directa del resultado”.

¹¹⁶⁷ Así, si bien en relación al tipo de colaboración con organización terrorista, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 182 y 183, que cita como ejemplos al “vendedor de automóviles que vende un coche a un miembro de un organización terrorista”, o el de “quien vende un piso” a un integrante de la banda que será utilizado para las actividades terroristas.

consecuencia en todo caso, sea vencible o invencible, la atipicidad de la conducta en tanto la conducta de colaboración con organización criminal del art. 570bis.1.I CP ha de ser, para su punición, necesariamente dolosa¹¹⁶⁸. El tratamiento, por tanto, de estos supuestos problemáticos se restringe aquí a aquellos en que el sujeto actuando en el ejercicio de labores cotidianas colabora con la organización o grupo criminal sabiéndolo, ya directamente, ya sospechándolo.

¿Qué hacemos, así, con conductas que resultan *ex ante* idóneas para favorecer las actividades y fines de la organización criminal, pero respecto a las que su castigo generalizado pudiera entrañar, en tanto comportamientos cotidianos, una indeseable alteración del “normal desenvolvimiento de la actividad social”¹¹⁶⁹? ¿están obligados los ciudadanos en la realización de sus tareas cotidianas a estar alertas en su ejecución, cuidando de que las mismas no puedan favorecer la comisión de un delito, o, en nuestro caso, constituir *per se* una conducta de autoría en el delito del art. 570 bis.1 CP ó 577 CP por resultar idóneas para favorecer las actividades y fines de una organización criminal?

Podemos decir que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias española y extranjera¹¹⁷⁰ opina que no, abogando en principio por la impunidad de este tipo de conductas por cuanto, a pesar de entrañar una actividad peligrosa, son socialmente útiles. Si bien la cuestión se ha planteado esencialmente en sede de participación delictiva, y no de autoría¹¹⁷¹, pensamos que los resultados arrojados en ese debate son trasladables al ámbito de las conductas neutrales como conductas de autoría¹¹⁷², por lo que nos

¹¹⁶⁸ Lo mismo sucede en sede de asociaciones ilícitas, pues el art. 518 CP sólo prevé el castigo de las conductas de colaboración realizadas con dolo, al no contemplar expresamente la imprudencia *ex art.* 12 CP. Sin embargo, la calificación sería distinta si la conducta de colaboración se refiriese a una organización terrorista, y no a una criminal común, ya que el art. 577 CP sí prevé expresamente, en su apartado 3, el castigo de los actos de colaboración realizados con imprudencia, si bien reclamando que ésta sea grave.

¹¹⁶⁹ Expresión la del entrecomillado utilizada por LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 255, cuando refiere, en relación con las “conductas neutrales”, si bien de participación en el delito, que: “Nos encontramos [...] con el problema de conductas idóneas para facilitar, asegurar, acelerar o intensificar el resultado principal, y que, sin embargo, no pueden ser prohibidas sin alterar el normal desenvolvimiento de la actividad social”.

¹¹⁷⁰ Así, por ejemplo en Alemania, en relación al abogado que colabora con una organización criminal en ejercicio de las tareas propias de su profesión, abogan por la consideración de la conducta como atípica, OSTENDORF, H., “§§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, *op. cit.*, pág. 658, y RUDOLPHI, H.-J., y STEIN, U., “§129 StGB”, pág. 21: “Una conducta de apoyo no entra en el tipo cuando, pese a ser apta para aumentar el peligro potencial de la organización, el ordenamiento jurídico la permite, a pesar de esta idoneidad. Esto incluye en particular a comportamientos de defensa en juicio permitidos procesalmente, o sea, independientemente de qué objetivos subjetivos persiga el abogado con su actividad procesal de defensa permitida”. En la jurisprudencia, véase BGHSt 3.10.1979, NJW 1980, 64.

¹¹⁷¹ Lo señala ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

¹¹⁷² NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 184, que aplica las tesis sostenidas a nivel doctrinal en relación a las conductas neutrales como conductas de participación delictiva al ámbito del delito de colaboración con organización terrorista: “Esto es plenamente aplicable en los casos de colaboración con los fines y actividades de una organización terrorista, como sería el caso de los ejemplos que citamos. Efectivamente, este tipo de comportamientos constituyen un intercambio de bienes y servicios, cotidiano y, en principio, totalmente legal y en los que, independientemente del grado de conocimiento que se tenga de la condición de

hacemos aquí eco de esas distintas posturas en pro de la impunidad de los actos neutrales, trasladándolas al ámbito que nos ocupa.

2. Breve examen de las distintas tesis doctrinales propuestas para dotar de impunidad a las “conductas neutrales”

Si hay prácticamente unanimidad en cuanto a la necesidad de no castigar, al menos de forma generalizada, las llamadas “conductas neutrales”, a la hora de hallar el modo de conseguir tal impunidad, las opiniones difieren¹¹⁷³, aunque sí puede identificarse una tesis mayoritaria en este sentido, que sería la que niega, ya de entrada, el carácter típico de las mismas¹¹⁷⁴. Las “conductas neutrales”, o “social o profesionalmente adecuadas” constituirían actos atípicos. Antes de profundizar en los fundamentos últimos que explicarían esta atipicidad, conviene, al menos, siguiendo a ROBLES PLANAS¹¹⁷⁵, apuntar cuáles serían las otras posibilidades de cara a eximir de castigo a estas conductas, si bien no sostenidas por muchos autores. Pues bien, si no en sede de tipicidad, las otras opciones abordan la cuestión en fases posteriores del delito, concretamente en el ámbito de la antijuridicidad, mediante la causa de justificación del art. 20.7º CP relativa al ejercicio legítimo de un oficio o cargo, o en sede de punibilidad, mediante el recurso a los criterios político-criminales de la “adecuación social” o al principio de “insignificancia” o “bagatela”.

De acuerdo con la primera de las tesis alternativas a la mayoritaria, la conducta neutral sería una conducta típica pero no antijurídica por cuanto le sería de aplicación una “norma facultativa”, concretamente el apartado 7º del art. 20 CP¹¹⁷⁶, que permitiría realizar la conducta de colaboración en tales casos en cuanto que se estaría actuando en el ejercicio legítimo de un cargo u oficio. ROBLES PLANAS señala que, si bien ésta es una posición minoritaria en el tratamiento de los “comportamientos neutrales”, la misma “ha ido ganando terreno sobre todo en el ámbito de la actividad profesional de los abogados”, poniendo a este respecto como ejemplo paradigmático de conducta neutral, si bien de participación, el caso de “la prestación de información jurídica al cliente con conocimiento de que será utilizada para la comisión de un delito”¹¹⁷⁷.

miembro de la organización terrorista del otro sujeto o de la existencia o no de un plan delictivo, el colaborador no tiene otra invalidez que la de realizar la actividad que le es propia, esto es, venta de vehículos, venta de pisos, servicio de comidas, etc.”.

¹¹⁷³ Así lo indican ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pp. 52 y ss., y LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., “*La complicidad en el delito*”, *op. cit.*, pág. 256, afirmando ésta última que: “La mayoría de los autores que han analizado casos parecidos a los ejemplos propuestos han coincidido en la necesidad de que todos, o al menos una gran parte de ellos, queden impunes. Sin embargo, las formas en que se ha querido justificar dicha impunidad han sido variadas”.

¹¹⁷⁴ Así lo señala ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pág. 56: “La postura de la doctrina dominante es el análisis de las conductas neutrales de complicidad en el seno de la tipicidad”.

¹¹⁷⁵ ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

¹¹⁷⁶ Establece el art. 20.7º CP que: “Están exentos de responsabilidad criminal [...] el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

¹¹⁷⁷ ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pág. 54.

Llevado al terreno de la autoría, y concretamente de las conductas que nos ocupan, podría imaginarse el caso del abogado que presta información jurídica a un cliente, miembro de una organización criminal, sabiendo que la misma favorecerá las actividades y fines de la banda.

La otra opción imaginable¹¹⁷⁸, ya adelantada, si bien absolutamente minoritaria, sería abordar la impunidad de las conductas neutrales en la última fase delictiva, esto es, en sede de punibilidad. Partiendo, en palabras de ROBLES PLANAS, de “una concepción extensiva del castigo de las conductas neutrales”, cabría como último recurso en pro de su impunidad, o si no, de la atenuación del castigo, recurrir a “su contenido de adecuación social o a su carácter de insignificancia [...] en el ámbito de la determinación de la pena”. Esta opción presenta como ventaja frente a las anteriores el posibilitar el castigo de posibles partícipes en el delito en el caso de conductas neutrales de autoría como la que nos ocupa. Y es que, de acuerdo con la tesis de la accesoriedad limitada de la participación, que es la tesis dominante en España por inferirse la misma de los arts. 28 y 29 CP¹¹⁷⁹, para hablar de participación delictiva propiamente dicha es necesaria la existencia de un hecho típico y antijurídico cometido por alguien en calidad de autor. De esta forma, las tesis que niegan el castigo de las conductas neutrales de autoría ya en sede de tipicidad o de antijuridicidad supondrían la imposibilidad de la punición de sujetos que participen en la conducta sin que su aporte se considere socialmente adecuado, lo que podría ser reprochable desde un punto de vista político-criminal. No obstante, en la conducta concreta que nos ocupa tal circunstancia no supondría problema alguno ya que la doctrina mayoritaria, con la que nos posicionamos, niega el castigo de la participación en el delito de colaboración con organización por cuanto resulta excesivo punir al cooperador “extraneus” del cooperador “extraneus” con el entramado delictivo, admitiéndose sólo conductas de autoría.

Vistos los caminos posibles para fundamentar la impunidad de las conductas neutrales, centrémonos en la que es la vía utilizada por la doctrina y jurisprudencia española mayoritarias a este respecto: la negación del carácter típico de los comportamientos socialmente adecuados. No obstante, dentro de esta vía mayoritaria podrían distinguirse a su vez dos caminos diversos: uno más “corto”, que atajaría el

¹¹⁷⁸ Nótese que es difícil fundamentar la impunidad de las conductas neutrales en sede de culpabilidad habida cuenta de que este elemento del delito atiende en abstracto a la capacidad del sujeto para sentirse motivado por la norma. Pudiera ser que en el caso concreto el sujeto que realiza la conducta neutral delictiva fuese inimputable por ser menor de edd o sufrir una anomalía psíquica, o bien desconociese la antijuridicidad de su conducta, siendo su conducta no culpable, pero tal inimputabilidad respondería a circunstancias “subjetivas”, o propias del sujeto, y no al hecho de que la conducta en sí sea adecuadamente social por realizarse en el ejercicio de una tarea habitual de carácter abstractamente no delictivo. Dicho de otra forma, el carácter social o profesionalmente adecuado de la conducta realizada no puede valorarse o considerarse en sede de culpabilidad.

¹¹⁷⁹ ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pág. 171 señala, en este sentido, que el término “hecho” contenido en los arts. 28 y 29 CP se emplean en la ley habitualmente como sinónimos e “hecho antijurídico”.

problema ya en el tipo objetivo, normalmente negando, en aplicación de la teoría de la imputación objetiva, que la conducta sea creadora de un riesgo jurídico-penalmente relevante, y, otro, más “largo”, que negaría la tipicidad de la conducta en base a elementos subjetivos del tipo. En puridad, podría distinguirse también una vía “intermedia” entre ambas, que sería aquella que mezclaría elementos objetivos y subjetivos para negar la tipicidad de la conducta neutral. Esta última vía viene siendo, como veremos, muy criticada por gran parte de la doctrina que la tacha de disfrazar de “objetividad” argumentos intrínsecamente subjetivos. Dicho de otra forma, se quiere negar ya la tipicidad objetiva de la conducta neutral fundamentando, sin embargo, su impunidad en los conocimientos específicos con que cuenta el sujeto que la realiza, conocimientos estos que -se critica- habrían de tenerse en cuenta posteriormente, por pertenecer a los elementos subjetivos del tipo.

A día de hoy podemos decir que la tesis mayoritaria, tanto en el terreno doctrinal¹¹⁸⁰, como en el jurisprudencial¹¹⁸¹, es la que fundamenta la impunidad de la conducta recurriendo a la teoría de la imputación objetiva, y afirmando que los comportamientos neutrales en cuanto “socialmente adecuados” realizan un riesgo jurídico-penalmente permitido¹¹⁸². Los dos autores que con mayor repercusión han tratado desde este punto de vista la cuestión de las conductas neutrales -al menos en teoría, como ya veremos¹¹⁸³ -, si bien de participación en el delito, sean quizás ROXIN y JAKOBS, si bien con base a argumentos muy distintos amén de las diversas escuelas dogmáticas que representan.

¹¹⁸⁰ Señala la prevalencia de esta fundamentación de la impunidad de las conductas neutrales en la doctrina LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., “*La complicidad en el delito*”, *op. cit.*, pág. 253. Como ejemplo de autores que tratan en España en sede de tipicidad objetiva la problemática de estas conductas podemos citar, además de a esta autora, a MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 262 (“Tampoco cabe imputar la conducta cuando, pese a suponer un riesgo no despreciable, el mismo carece por su utilidad social de relevancia típica jurídico-penal”), NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 184 y 185, LÓPEZ PEREGRÍN, MIRÓ LLINARES o ROBLES PLANAS. Éstos últimos serán citados reiteradamente *infra*, por lo que nos remitimos a dichas notas a pie de página para las citas de sus obras.

¹¹⁸¹ Así lo señala NAVARRO MASSIP, J., “Las denominadas conductas neutrales: supuestos de intervenciones atípicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 5, 2010, pág. 51: “la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por una concepción claramente objetivista de las conductas neutrales”.

¹¹⁸² Si bien es cierto que el ámbito de aplicación originario de la teoría de la imputación es el de los delitos de resultado en el sentido de que la misma nació con el fin de aportar criterios normativos (creación del riesgo no permitido, realización de ese peligro en el resultado y producción del resultado dentro del fin de protección de la norma violada) para discriminar cuando una acción, pese a ser naturalmente causal para con un resultado típico, no ha de ser típica, no hay impedimento alguno para aplicarla también a los delitos de mera actividad como el de colaboración con organización criminal que aquí nos ocupa. Y es que, como señala, a este respecto, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 263 y 264: “si en los delitos de resultado la efectiva causación de éste no basta [...], sería incoherente admitir que en los delitos de mera actividad baste la efectiva realización material de la conducta cuando no fuese previsible que los actos practicados resultaran constituir tal conducta”.

¹¹⁸³ Hacemos esta matización porque como se verá ROXIN, pese a defender la impunidad de ciertas conductas neutrales en aplicación de la teoría de la imputación objetiva, emplea argumentos subjetivos a tal fin.

Habida cuenta de que para el funcionalismo el fin del Derecho penal no reside en la protección de bienes jurídicos, sino en la preservación de la vigencia de las normas, garantizando la interacción pacífica entre los ciudadanos, para JAKOBS las conductas que, aun poseyendo tintes delictivos, se realicen en ejecución de un “rol social” de ciudadano habrían de considerarse atípicas por no superar el riesgo permitido, incluso cuando el sujeto que las realice conozca y quiera participar del delito¹¹⁸⁴. Así, en el célebre ejemplo del camarero con conocimientos de biología que sirve al comensal un plato de setas a pesar de conocer, por sus estudios, que son de tipo venenoso, habría de concluirse, de acuerdo con JAKOBS, que su conducta es atípica por cuanto ha actuado correctamente en ejecución del rol social de camarero, consistente en servir platos a los comensales, estando, por el contrario, latente en ese momento su rol de estudiante de biología. Se ha creado, en suma, un riesgo no relevante penalmente¹¹⁸⁵. De acuerdo con CARO JOHN, también funcionalista, y seguidor de JAKOBS en su posición atinente a las “conductas neutrales”, “el titular de ese rol no está obligado a informarse sobre los desenlaces posteriores de su prestación, ni tampoco a evitarlo”. Así, y siguiendo con otro de los recurrentes ejemplos puestos en este ámbito, el tendero que vende un matarratas sabiendo que el comprador lo utilizará para envenenar a su mujer, no cometería conducta típica de participación porque -citando a CARO JOHN – “lo que el autor lleve a cabo con la aportación adecuada a un rol no es asunto del titular del rol: “no todo es asunto de todos¹¹⁸⁶”.

Para ROXIN, que no maneja los conceptos funcionalistas de “rol” o “competencia”, el criterio para calificar, a este respecto, una conducta de atípica por entrar dentro del ámbito del riesgo permitido reside en la dirección a que se dirija la acción, o dicho de otra manera, en la finalidad de la acción objetivamente causal para con el resultado típico. ROXIN distingue en este sentido, a grandes rasgos, dos supuestos diversos, a los que da diversa calificación jurídica en atención a los conocimientos especiales con que cuenta el “ejecutor” de la conducta cotidiana: el caso

¹¹⁸⁴ JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 157, y pág. 145, donde afirma que “la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol”.

¹¹⁸⁵ JAKOBS, G., “*La imputación objetiva en Derecho penal*”, *op. cit.*, pp. 157 y 158, ilustra, en concreto, su tesis con estos ejemplos: “el comerciante de alimentos que vende buen género no responde como partícipe de un homicidio en caso de que sepa que el adquirente piensa manipular el género para cometer un asesinato por medio de veneno. [...] El taxista no responde del delito que cometa su cliente una vez llegado al punto de destino, aunque éste se lo haya anunciado durante el trayecto”, concluyendo que “nadie responde de las consecuencias que deriven del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales”.

¹¹⁸⁶ CARO JOHN, J.A., “La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal”, *Nueva doctrina penal*, nº 2, 2005, pág. 450. También trata en esta línea el problema de las conductas neutrales SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 610 al afirmar que “estas conductas por mayores tintes delictivos que pudieran poseer, siguen estando dentro del ámbito de organización del rol y por ende no han de ser consideradas delictivas”, señalando más adelante que “el rol es una institución objetiva. El tema de las conductas neutrales así como la del peligro, han de ser estudiadas en el tipo objetivo”. Este autor además trata la cuestión al hilo del análisis de las conductas de autoría de colaboración con organización, que aquí nos ocupan, si bien refiriéndose a las organizaciones de tipo terrorista.

en que el sujeto que lleva a cabo la aportación conoce las intenciones delictivas del autor, actuando así con una especie de “dolo directo”, y el caso en que no lo conoce a ciencia cierta, pero se lo plantea como posible, hipótesis reconducible a la participación delictiva con dolo eventual. Pues bien, en esta última hipótesis, ROXIN aboga por calificar de atípica la conducta del partícipe en base al principio de confianza, dejando la calificación de la segunda hipótesis a instancias del criterio del “sentido de la aportación”, de manera que si, aparte de la contribución al delito, la conducta pueda ostentar otra función para el autor, será atípica, mientras que si sólo posee un sentido delictivo para éste, será típica¹¹⁸⁷.

Mucho se ha criticado la postura de ROXIN entre la doctrina. En este sentido, se le ha tachado de introducir elementos propios del tipo subjetivo en el juicio objetivo sobre la aprobación o desaprobación jurídica del riesgo creado realizado en sede de imputación objetiva. En este sentido, LÓPEZ PEREGRÍN señala que ROXIN “está teniendo en cuenta elementos subjetivos [...] para decidir la correspondencia entre la conducta y el tipo objetivo de complicidad”, cuando -señala- “la imputación objetiva debe ser [...] entendida como un presupuesto previo al análisis del tipo subjetivo”¹¹⁸⁸. En la misma línea, MIRÓ LLINARES advierte que posturas como la del autor alemán lo que hacen es servirse subrepticamente de criterios subjetivos “bajo la apariencia de [...] criterios de tipo objetivo”, pues -argumenta- “aunque ROXIN diga partir de la teoría de la imputación objetiva para solucionar la cuestión de los límites de la participación punible, de donde parte, a la hora de diferenciar los criterios exigibles a las conductas, es de si la conducta es dolosa directa o dolosa eventual”¹¹⁸⁹. Tal es así que algún autor, como REQUENA JULIANI¹¹⁹⁰, al abordar las distintas tesis atinentes al tratamiento jurídico-penal de las conductas neutrales, sitúa directamente la de ROXIN entre las llamadas “teorías subjetivas”, esto es, entre las tesis que ubican en el tipo subjetivo el tratamiento de estos comportamientos, tomando el dolo como criterio de referencia en la decisión sobre su carácter típico.

En sede de imputación objetiva trata también el problema una tercera tesis, alternativa a la de JAKOBS y ROXIN, aunque, como veremos, con muchas similitudes con la del primero, que podríamos tildar, por llamarla de alguna manera, como tesis del

¹¹⁸⁷ Véase el resumen de la postura del autor que realiza LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., “*La complicidad en el delito*”, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

¹¹⁸⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., “*La complicidad en el delito*”, *op. cit.*, pp. 270 y 271, que concluye en su crítica: “si el fundamento del riesgo permitido es la utilidad social de ciertas conductas peligrosas, la utilización dolosa de estas conductas, siempre que se realice dentro del ámbito de lo tolerado, no influye en su conformidad a Derecho”. En la misma dirección van las críticas de BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, pág. 74.

¹¹⁸⁹ MIRÓ LLINARES, F., “*Conocimiento e imputación en la participación delictiva*”, *op. cit.*, pág. 74. Alerta también, si bien de forma genérica, sobre esta circunstancia como tendencia doctrinal, ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pág. 74: “bajo el rótulo de “soluciones basadas en la teoría de la imputación objetiva” se suelen englobar propuestas tras las que, en realidad, se hallan puntos de vista esencialmente subjetivos”.

¹¹⁹⁰ REQUENA JULIANI, J., “*Actividad profesional: conductas neutrales y participación delictiva*”, *Revista atlántica del derecho, la historia y la cultura*, nº 2, 2009, pp. 48 y 49.

“sentido intrínseco del acto”, por cuanto que se sirve como criterio clave para calificar en sede de imputación objetiva de típica a una conducta del sentido delictivo o no del acto en sí, independientemente de los conocimientos con que cuente el sujeto que lo realice. Se viene así a sustituir el concepto funcionalista de “rol” o “competencia” por el del “sentido delictivo o social del acto”. En palabras de LÓPEZ PEREGRÍN, una de las representantes de esta tesis en España, “las acciones que pueden ser calificadas desde el punto de vista del sujeto que realiza la aportación como actos cotidianos, con sentido en sí mismos, no podrán constituir complicidad en el delito cometido por quien la recibe, independientemente del grado de conocimiento que se tenga del plan delictivo¹¹⁹¹”. Por el contrario, cuando el acto realizado no tenga un sentido o utilidad social en sí mismo, teniendo sólo la función de contribución a un delito ajeno habrá de concluirse que el mismo realiza o contribuye de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado, siendo objetivamente típico. Para ilustrar los lineamientos de esta tesis podemos traer a colación el ejemplo propuesto por la misma autora, relativo a la conducta del tendero que vende insecticidas o venenos para animales. Pues bien, según esta postura, es irrelevante que el tendero sospeche, o incluso, que sepa a ciencia cierta, que el comprador al que vende el matarratas tiene la intención de echarlo en la sopa de su mujer, harto ya de sus continuos reproches. Y es que, su conducta de entregar un producto, en este caso, un matarratas, a cambio de precio y cumpliendo los requisitos legales de su actividad profesional es una conducta socialmente útil desde un punto de vista objetivo, debiendo, por ello, de constituir siempre un riesgo permitido. Señala la autora, con acierto, que un entendimiento contrario de la cuestión supondría convertir “a los vendedores en garantes de la legalidad, obligados a verificar las intenciones de cada cliente antes de realizar cualquier intercambio comercial¹¹⁹²”. También dentro de esta tesis podríamos situar a ROBLES PLANAS, que estima que, de cara a calificar una conducta como de participación delictiva, es necesario interpretar el sentido de la misma, señalando que sólo cuando ésta tenga el sentido de “conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho (delictivo) que va a ser cometido”¹¹⁹³ podrá considerarse como típica. A continuación el autor propone dos criterios para interpretar el sentido de la acción de favorecimiento: la relación espacio-temporal con el hecho del autor y la disponibilidad de la aportación, considerando que a mayor cercanía espacio-temporal y menor ubicuidad del tipo de favorecimiento, en el sentido de mayor dificultad del autor para encontrar tal contribución a su hecho delictivo, mayor el sentido delictivo de la conducta de favorecimiento. Así, en el caso de las “conductas profesionalmente adecuadas”, caracterizadas por su ubicuidad al ser “conductas estereotipadas [...] a disposición de cualquiera”, ROBLES PLANAS aboga por considerarlas de forma general atípicas¹¹⁹⁴. No obstante, el autor hace una importante

¹¹⁹¹ LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., “*La complicidad en el delito*”, *op. cit.*, pág. 273.

¹¹⁹² LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., “*La complicidad en el delito*”, *op. cit.*, pp. 272 y 273.

¹¹⁹³ ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pág. 315.

¹¹⁹⁴ ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pág. 315: “el contenido de la aportación de una conducta neutral de participación presenta la característica de que entodo momento y cualquier persona puede recurrir a ellas. Así, la ejecución de una actividad

salvedad, con la que estamos de acuerdo, señalando que, cuando la conducta en principio profesionalmente adecuada se configure teniendo en cuenta las necesidades del autor habrá de concluirse que estamos ante -en su terminología - “una conducta de adaptación o acoplamiento” al hecho delictivo que va a ser cometido, debiendo ser considerada típica. A este respecto, el autor pone el ejemplo del vendedor que “recomienda un potente insecticida pero de fácil camuflaje en la comida a quien está decidido a matar a su esposa”, o del abogado que “explica a su cliente cómo debe cometer un determinado delito para no dejar “rastros””¹¹⁹⁵. Otro autor que también atiende al sentido objetivo del hecho para su calificación como típico es MIRÓ LLINARES, pero empleando él también una terminología propia y diversa a la de LÓPEZ PEREGRÍN y ROBLES PLANAS. Concretamente, este autor hace referencia al criterio del “único sentido de integrarse en el injusto” para calificar a una conducta de participación en un delito, señalando que tal criterio restrictivo “exige que se sancione como complicidad, cooperación necesaria o inducción sólo aquellos comportamientos que <<no puedan verse de otra forma>> más que como el <<integrarse en el injusto>>” (del autor)¹¹⁹⁶. MIRÓ LLINARES extiende su tesis a las conductas de autoría, citando expresamente el ejemplo del tipo de colaboración con banda armada. Habida cuenta de que lo que hace el legislador con este tipo es elevar a conducta de autoría “formas de intervención en injustos específicos o intervenciones socialmente desvaloradas”, habría que atender también en este caso al sentido de la acción, de forma que si su único sentido es el de integrar un injusto específico, el de organización terrorista, podrá sancionarse el hecho¹¹⁹⁷.

3. Las conductas neutrales como comportamientos necesariamente atípicos en aplicación de la tesis del “sentido social intrínseco del acto”

En nuestra opinión la mejor forma de excluir del ámbito de aplicación del tipo de colaboración con organización criminal a las conductas profesional o socialmente adecuadas es a través del criterio del sentido social intrínseco de la conducta, en sede de imputación objetiva. De manera que, cuando una conducta de colaboración genérica con una organización criminal se lleve a cabo en el cumplimiento habitual de un oficio o tarea cotidiana habrá de excluirse la tipicidad de la conducta por entrañar un riesgo jurídicamente permitido, siendo irrelevantes los conocimientos con que pueda contar el sujeto que la realiza. Así, el taxista que, en horario de servicio, transporta a cambio de precio al dirigente de una organización criminal a un lugar seguro, realizando así una de las acciones tildadas de “conductas inequívocas de colaboración” por el Auto de la

estereotipada no es otra cosa más que la actualización de una prestación disposición de cualquiera mediante la ejecución de una actividad previamente configurada”

¹¹⁹⁵ ROBLES PLANAS, R., “*La participación en el delito: Fundamento y límites*”, *op. cit.*, pág. 317. También pone el ejemplo del panadero que “prepara y vende un panecillo con una forma o masa especial para disimular el sabor o la presencia del veneno”.

¹¹⁹⁶ MIRÓ LLINARES, F., “*Conocimiento e imputación en la participación delictiva*”, *op. cit.*, pág. 176.

¹¹⁹⁷ MIRÓ LLINARES, F., “*Conocimiento e imputación en la participación delictiva*”, *op. cit.*, pp. 176 y 177.

Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001¹¹⁹⁸ -si bien éste referido al ámbito del terrorismo –, habrá de ser, sin embargo, impune por su acción por carecer ésta de “sentido delictivo” desde un punto de vista social. No obstante, si el taxista lleva a cabo esa conducta fuera del horario de servicio o dentro de tal horario, pero sin pedir la contraprestación estipulada al cliente por el recorrido realizado, habrá de afirmarse el sentido delictivo de su conducta, y la concurrencia, por tanto, de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Lo mismo valdría para el caso en que el taxista, pese a actuar dentro del horario laboral y cobrando de acuerdo con el baremo estipulado, alterase cualquiera de las condiciones del servicio en beneficio del miembro de la organización¹¹⁹⁹. Empleando la terminología funcionalista, que no compartimos, pero que podría resultar ilustrativa para lo que decimos, podría decirse que en el último caso el taxista no ha actuado en su rol de taxista. El acto ha dejado de ser “cotidiano” o “profesionalmente adecuado”, adquiriendo objetivamente sentido delictivo. Lo mismo sería aplicable a los ejemplos del agente inmobiliario que arrienda un piso a miembros de una organización, o del abogado que les asesora legalmente si las contribuciones para con la organización se llevan a cabo en cumplimiento de las pautas y patrones propios del oficio, entendiéndose, a cambio de la contraprestación estipulada y en el horario comercial y siguiendo los cauces habituales de la profesión u oficio. De cumplirse estos elementos habrá de concluirse que las conductas del abogado, taxista y agente de la inmobiliaria no constituyen un riesgo jurídicamente desaprobado, y que son, en consecuencia, atípicas.

Estas consideraciones no se restringen a las conductas de colaboración realizadas en el ejercicio de una profesión, sino que también son extrapolables a las que se ejecuten en la realización de tareas o labores cotidianas como pudiera ser lavar la ropa. Ésta que se ejemplifica es precisamente la conducta objeto de enjuiciamiento de la STS 185/2005, de 21 de febrero, si bien lo que se discutía en la causa era su posible calificación como conducta de participación en un delito de secuestro, y no de colaboración con organización terrorista. El Alto Tribunal consideró que la conducta de lavar las ropas del sujeto secuestrado por la organización terrorista, conociendo tal circunstancia, “no realiza un riesgo jurídicamente desaprobado”, no pudiendo considerarse típica objetivamente¹²⁰⁰. MIRÓ LLINARES, en su comentario a la

¹¹⁹⁸ Concretamente, tal conducta se incluye en el apartado 7 de la lista de “conductas inequívocas de colaboración” (FJ Sexto del Auto de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001): “Prestar cobijo, asistencia u otros servicios a los miembros de la organización, acogiéndoles en el propio domicilio, trasladándoles a un lugar seguro, facilitar su entrada o salida clandestina de España, proporcionarles dinero o avisar de la existencia de una acción policial en curso”.

¹¹⁹⁹ Recuérdese que las conductas de colaboración *intuitu personae*, que no redundan en un beneficio para con la organización, quedaban “extramuros” del tipo de cooperación con organización.

¹²⁰⁰ STS 185/2005, de 21 de febrero, FJ Segundo: “el sólo hecho de lavar la ropa del privado de libertad y el de ostentar la titularidad del vehículo con el que se lleva a cabo su liberación, son datos que, en modo alguno, pueden alcanzar a integrar un supuesto de verdadera complicidad, toda vez que la primera de tales conductas ni contribuyó a aumentar el riesgo de la producción del resultado antijurídico perseguido por el autor, ni, menos aún, supuso un aporte a la mecánica comisiva del hecho delictivo vinculado causalmente, de alguna forma, con la agresión al bien jurídico típicamenteprotegido derivada de la conducta del autor, ya que ese resultado ilícito consistente, en este caso, en la propia privación de libertad del sujeto pasivo,

sentencia, extiende con acierto tales consideraciones al tipo de colaboración con organización terrorista, considerando que “por mucho que ella -en referencia a la acusada -conozca que no es la ropa de su marido sino la de un secuestrado, no creo que el sentido social de su hecho sea el de “llevar a cabo, recabar o facilitar, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada””¹²⁰¹.

En cualquier caso, lo cierto es que podría negarse la tipicidad de esta conducta ya antes, esto es, no siendo ni siquiera necesario acudir al expediente del riesgo permitido en sede de imputación objetiva, pudiéndose alegar que la conducta enjuiciada no llega a subsumirse en la conducta descrita en el tipo penal en su entendimiento restrictivo como conducta idónea o apta para favorecer las actividades y objetivos de la organización. Recuérdese que veíamos, al hilo de las características de las conductas de colaboración con organización, que la jurisprudencia exigía cierta relevancia del aporte para su subsunción en el tipo, dejando extramuros las contribuciones que no resultasen *ex ante* idóneas a tal fin, como la enjuiciada.

En conclusión, en nuestra opinión, coincidente con la de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria atinente a las acciones neutrales de participación, la búsqueda de la impunidad de las conductas de colaboración con organización realizadas en ejecución de tareas cotidianas, socialmente adecuadas, ha de hacerse en sede de tipicidad, y concretamente de tipicidad objetiva. Un entendimiento subjetivista de la cuestión, calificando jurídicamente la conducta como típica en función de los conocimientos con que cuente el autor de la contribución, supondría, como apunta ROBLES PLANAS, incurrir en un peligroso “defecto metodológico” al adentrarnos en la psique de un sujeto que no ha realizado un “fenómeno externo perturbador”. Y es que, como señala el autor, “no siempre es legítimo acudir al lado subjetivo de la persona, sino que será necesario una razón especial o cualificada para ello”, que “no puede ser otra -mantiene – que la desaprobación objetiva o la relevancia objetiva de la conducta en cuestión”¹²⁰². Por otra parte, y como señala CARO JOHN, un entendimiento subjetivo o subjetivista de la cuestión haría recaer en el ciudadano en el desempeño de sus actividades cotidianas la importante carga o responsabilidad de “informarse sobre los desenlaces posteriores de su prestación”¹²⁰³, o de evitarlos, lo que parece excesivo, a la vez que contraproducente para el normal funcionamiento de las prestaciones de servicios, y de la vida social en general. Pero no se quedan aquí los inconvenientes prácticos de la adopción de tesis subjetivas en esta materia. Nótese también que, como señala REQUENA JULIANI, hacer depender la calificación como

en nada ofrecía dependencia causal con el hecho dellavado de ropa, sin el cual, por otro lado, la detención ilegal igualmente habría podido producirse. Semejante actividad, el lavado de ropa, nada añade ni aporta al delito, que se hubiera y de hecho se cometió, con independencia e indiferencia absoluta respecto de aquella”.

¹²⁰¹ MIRÓ LLINARES, F., “Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales?”, *op. cit.*, pp. 322 y 323.

¹²⁰² ROBLES PLANAS, R., “La participación en el delito: Fundamento y límites”, *op. cit.*, pág. 67.

¹²⁰³ CARO JOHN, J.A., “La impunidad de las conductas neutrales”, *op. cit.*, pág. 450.

típica o no de una conducta en función, como propone ROXIN, del conocimiento exacto o solamente probable del destino delictivo que se pretende dar a la aportación realizada supone dar un tratamiento diferenciado a la actuación con dolo directo y a la actuación con dolo eventual, lo que no se correspondería con el texto de la ley, que no hace distinción alguna al respecto¹²⁰⁴. Por otra parte, restringir impunidad a la conducta del sujeto que se plantea la posibilidad de que su contribución favorezca a la organización criminal, y no aplicarla al que conoce a ciencia cierta tal extremo, como plantea ROXIN, no parece del todo justo, pues, como se cuestiona REQUEÑA JULIANI, “¿qué razón habría para castigar al inteligente -que se da cuenta de la intención del autor -y exculpar al indiferente -que solamente se plantea la posibilidad -o al descuidado -que ni siquiera la toma en cuenta?¹²⁰⁵”. Por último, se encontrarían los problemas probatorios que acompañan a todo intento de discernir los conocimientos con que cuenta el sujeto realizador de la aportación, y más aún, en la distinción del filo hilo que separa el dolo directo del dolo eventual. Hacer depender la calificación jurídica de una conducta de los exactos conocimientos con que cuenta el sujeto que en ejecución de un acto socialmente adecuado coopera con una organización criminal llevaría en la práctica a una gran inseguridad jurídica por la citada dificultad probatoria de tal extremo.

1.2. Consideraciones sobre el *iter criminis*

1.2.1. Identificación del momento de inicio y finalización de la consumación de las conductas típicas

A diferencia de los clásicos “delitos de resultado”, que exigen junto a la realización de la acción la producción de un resultado, entendido éste, siguiendo a ACALE SÁNCHEZ, como “efecto «natural», separable espacio-temporalmente de la acción”¹²⁰⁶, los “delitos de mera actividad” no contemplan como elemento típico del delito en cuestión la producción de dicho efecto natural. Esto último es lo que sucede en los delitos de organización y grupo criminal que analizamos, pues no reclaman la concurrencia de un efecto natural exteriorizado de las acciones de promover, constituir, participar o colaborar, pudiendo, por ello, afirmarse que responden a la categoría citada de “delitos de mera actividad”. Esta afirmación no significa, sin embargo, que las conductas incriminadas en los delitos que nos ocupan no ostenten un desvalor de resultado, junto al desvalor de acción. Nótese que el “resultado” a que hacen referencia los “delitos de resultado”, del que carecen los delitos de mera actividad, no consiste en la afectación al bien jurídico protegido, sino, como decíamos, en un solo efecto natural

¹²⁰⁴ Así, REQUEÑA JULIANI, J., “Actividad profesional: conductas neutrales y participación delictiva”, *op. cit.*, pág. 50.

¹²⁰⁵ REQUEÑA JULIANI, J., “Actividad profesional: conductas neutrales y participación delictiva”, *op. cit.*, pág. 50.

¹²⁰⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 10, 2002, pág. 20.

exterior, sensorialmente perceptible¹²⁰⁷; mientras que el “resultado” implícito en el desvalor de resultado alude a la afección del objeto material. Así las cosas, hay que señalar como premisa, pues, que los delitos que nos ocupan carecen de un resultado en términos naturales, pero sí presentan un resultado en términos jurídicos, conformado éste, por la lesión a la seguridad colectiva, y, adicionalmente, en el caso del tipo de organización criminal, por la amenaza al buen funcionamiento de los mercados e instituciones estatales, y, con ello, de la calidad democrática de los países.

Aclarado ello, cabe a continuación preguntarse acerca del momento consumativo de las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal, entendiendo el mismo como el momento en que se produce el resultado en términos jurídicos, véase: en que tiene lugar la afección del bien o bienes jurídicos protegidos. En este sentido, aunque suele afirmarse que en los delitos de mera actividad la realización de los elementos del tipo produce directamente la consumación del tipo¹²⁰⁸, cabe señalar que en nuestra opinión ello no tiene por qué ser necesariamente así. Y es que, bien pudiera suceder que en algún caso la realización de la conducta en todos sus elementos no supusiera la consumación del delito por no producirse la afectación del bien jurídico protegido¹²⁰⁹. A este respecto, podemos poner varios ejemplos en relación a los delitos que nos ocupan. No obstante, expliquemos antes por qué sucede especialmente este problema en estos delitos.

Los delitos de organización y grupo criminal son tipos especialmente complejos, como refleja el hecho de que hayamos dedicado un capítulo previo sólo a los conceptos de organización y grupo criminal, y otro -el presente -a las conductas de aportación de medios y actividad a dichas agrupaciones por parte de personas físicas. Tenemos así por una parte a las agrupaciones como instituciones superiores e independientes a la suma de sus miembros, portadoras de un injusto propio, aquí tildado, siguiendo a LAMPE, de “injusto sistémico”; y, por otra a las personas físicas, miembros fundamentalmente y algunos “extranei”, que contribuyen a ese injusto

¹²⁰⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de mera actividad”, *op. cit.*, pág. 20: “hay que entender que el resultado del que carece esta clase de delitos y que define como propios a los de resultado ha de ser un efecto «natural», separable espacio-temporalmente de la acción y que por decisión del legislador es un elemento típico de determinados delitos, con independencia de que exista o no un objeto material y con independencia de que, frente al bien jurídico, suponga su lesión o su puesta en peligro: por ello, no condiciona ni adelanta otras características del delito en particular examinado, porque es un concepto mínimo de resultado”.

¹²⁰⁸ Así, en referencia concretamente a los delitos de asociación ilícita, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 426: “la realización de todos los actos ejecutivos necesariamente lleva aparejada la consumación”.

¹²⁰⁹ Así lo señala también MODOLELL, Juan Luis. “El tipo objetivo en los delitos de mera actividad”, *Política criminal*, Vol. 11, N° 22 (Diciembre 2016), Art. 2, pág. 386, cuando señala: “La adecuación al tipo objetivo en los delitos de mera actividad no puede traducirse únicamente en la realización material del hecho. [...] ...desde un punto de vista *ex ante* debe determinarse si la conducta es capaz de afectar valorativamente, no materialmente, el objeto del bien jurídico protegido (o constituir un peligro estadístico para el mismo)”.

sistémico con sus aportaciones individuales. Hay, pues, como señala TONA¹²¹⁰, dos dimensiones diferenciables en estos delitos: la individual, conformada por las conductas individuales de los sujetos “intrañei” y “extrañei”, y, la colectiva, consistente en la existencia de la organización o grupo criminal como agrupaciones estructurada idóneamente para delinquir. Aunque los sujetos activos de estos delitos son las personas físicas que llevan a cabo las conductas individuales tipificadas, podrá ocurrir que, pese a realizar el sujeto el comportamiento típico con todos los requerimientos analizados, no concurra el desvalor de resultado, que requiere la apreciación de la consumación, por faltar la mentada dimensión colectiva del delito. De hecho, esto ocurrirá siempre en lo que respecta a las denominadas “conductas pre-organizativas” de constituir una organización y constituir un grupo criminal, y, en algunos casos, con la de promover una organización criminal. Al ser éstas conductas que se llevan a cabo precisamente para crear la agrupación delictiva su realización tiene lugar antes de que exista ésta, y, por tanto, de que exista el injusto sistémico de la que es portadora. También podría concurrir esta hipótesis, si bien de manera un tanto diferente, en el resto de conductas, consideradas “post-organizativas”, pues, pudiera suceder que un sujeto colabore con una agrupación delictiva cuando ésta aún no ostenta la estructura suficiente para ejecutar su programa criminal, no concurriendo tampoco en este caso la dimensión colectiva del delito que es necesaria de cara a la afcción del bien jurídico protegido¹²¹¹.

¹²¹⁰TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1095: “la condotta del singolo è punibile a due condizioni: la prima atiene alla dimensione collettiva e deriva dal fatto che un’associazione si sia effettivamente creata e abbia espresso una certa stabilità e durata nel tempo; la seconda atiene alla dimensione individuale, cioè all’idoneità del contributo del singolo a conferire capacità operativa o solidità alla struttura associativa”.

¹²¹¹ Así, en Italia, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1082: “La valoración de la adecuación o idoneidad de la estructura -de la organización criminal -para la realización de los objetivos criminales constituye una exigencia [...] del principio de ofensividad, que rige en el Derecho penal de acto”. No estamos de acuerdo, sin embargo, con la afirmación que el autor hace más adelante (pág. 1095) sobre que la dimensión colectiva del injusto se deriva del hecho de que la asociación se haya creado y haya tenido cierta estabilidad y duración en el tiempo. Y es que, la definición de la organización criminal sólo requiere de la vocación de estabilidad, y no, de una efectiva estabilidad. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos la comprobación de la idoneidad de la estructura para delinquir requerirá de que ésta haya estado vigente cierto periodo de tiempo, pues así habrá más pruebas al respecto, podría darse el supuesto en que la vida de la agrupación haya sido irrisoria, y aun así considerarse existente su estructura para delinquir.

En relación a la legislación española, destacan la necesidad de la concurrencia de la dimensión colectiva del injusto para el castigo de las conductas, GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 179, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 236, que señala que el injusto deriva de “la construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión de delitos. Pero [...] no basta la existencia de la organización para afirmar a priori la peligrosidad. Al contrario, esa mayor peligrosidad deriva de la adecuación de la estructura interna de la organización a la naturaleza y entidad del plan criminal. Esto significa que no puede ser considerada organización o asociación ilícita una agrupación que es absolutamente inadecuada para el logro de sus objetivos”, y ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal”, *op. cit.*, pp. 267 y 268, según la cual puede hablarse de consumación del delito, con la consiguiente lesión de la seguridad colectiva, cuando se constate la “idoneidad de la organización criminal para poner en peligro los bienes jurídicos del programa criminal”.

Por su parte, CARRASCO ANDRINO, M.M., “Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria”, *op. cit.*, pág. 168, si bien, no refiriéndose en particular a los delitos de organización, sino tratando en

Se estaría colaborando así con una agrupación no apta para delinquir, por lo que no se estaría contribuyendo al menos de momento al injusto sistémico, por faltar éste.

De cara a la valoración de la idoneidad de la estructura de la agrupación para la consecución de su programa criminal, y, con ello, de la comprobación de la concurrencia de la dimensión colectiva del injusto sistémico, jugará como elemento clave la circunstancia de que se hayan ya cometido con éxito delitos-fin en el marco de la agrupación¹²¹². En el caso en que esto no haya sucedido o no se tengan pruebas de ello, habría de atenderse al nivel de preparación en su caso de delitos-fin, así como a los medios materiales y personales de que se valga la agrupación, y a la distribución de funciones establecida. En lo que respecta a la organización criminal, la concurrencia de la dimensión colectiva del injusto conllevaría además la presencia de una estructura que tenga como eje de funcionamiento el uso de la intimidación, de la corrupción, y, potencialmente, de la violencia, para insertarse fraudulentamente en los mercados e instituciones estatales obteniendo así beneficios. Podría asimismo producirse el caso contrario, esto es, la existencia de la dimensión colectiva del injusto sin la individual, en el supuesto en que existiendo ya una agrupación estructurada adecuadamente para ejecutar su programa delictivo y, además, en el caso de la organización, de emplear la intimidación, y, subsidiariamente la violencia para infiltrarse en la sociedad civil, la conducta individual del sujeto no tenga *per se* la idoneidad para contribuir para con el injusto sistémico de la agrupación. Póngase el caso, por ejemplo, en que un extraño a la agrupación entrega a la misma una cantidad económica irrisoria, no idónea para contribuir *per se* de una manera relevante al fortalecimiento, o al menos, al mantenimiento, de la agrupación delictiva. Lo mismo ocurriría, en el supuesto, ya comentado al hilo del análisis de la conducta de “cooperar”, en que un sujeto “extraneus” envía un cargamento de armas a la organización criminal, que, sin embargo, por un error en el envío no llega finalmente a ésta.

Pues bien, tanto en un caso como en otro, esto es: tanto si falta la dimensión individual del injusto, como si falta la colectiva, no podrá castigarse al sujeto con las penas previstas en los arts. 570 bis y 570 ter CP, que son *ex art.* 61 CP para el delito en su grado consumado. Y es que, la consumación de los delitos de organización y grupo criminal requiere de la concurrencia de ambos factores -colectivo e individual -¹²¹³. La consumación de un delito cualquiera que sea éste requiere, de acuerdo con el principio de ofensividad, además de la perpetración del comportamiento típico, que se produzca la ofensa al bien jurídico protegido en cuestión, pues ello es lo que permite

general los delitos de naturaleza plurisubjetiva, a los que éstos pertenecen, señala que para su consumación es necesaria la reunión de las conductas de los sujetos plurales. Ello es lo que se produciría precisamente con la existencia de la organización o grupo criminal: la reunión de las conductas de los sujetos en torno al ente, mediante la puesta en marcha de la agrupación.

¹²¹² A este respecto, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1083, apunta a la realización de una parte del programa criminal como indicio clave para demostrar la adecuación o la suficiencia de la estructura organizativa para cometer los delitos-fin.

¹²¹³ Así, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1095.

hablar de injusto material, y no meramente formal¹²¹⁴. La exigencia de este último elemento se confirma, además, con la clasificación de la tentativa, en inacabada y acabada, concurriendo ésta última cuando, pese a realizarse por entero la conducta típica, el resultado típico no llega a producirse. Por tanto, para atribuir al sujeto activo de las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP las penas allí señaladas éste ha tenido que realizar el comportamiento típico que sea con los requerimientos ya apuntados -dimensión individual -en relación a una organización o grupo criminal existente y estructurada idóneamente para delinquir y, dotada, en el caso de la organización, de un sistema normativo propio de obligado cumplimiento.

La cuestión, a este respecto, que se plantea seguidamente es qué sucede entonces con las llamadas conductas pre-organizativas que se cometen en un momento anterior a la existencia de la agrupación delictiva, como “constituir” y en algunos casos “promover” la creación de una organización o grupo criminal. En este sentido, la doctrina se divide en dos sectores: uno, en que puede ubicar a LAMARCA PÉREZ¹²¹⁵ o SANTA RITA TAMÉS¹²¹⁶, que considera que los delitos de constituir y promover la organización o grupo delictivo constituyen tipos de emprendimiento o de consumación anticipada, en los que el legislador adelanta la consumación a un momento anterior a la existencia de la agrupación como tal; y, otro, en que se encuentran SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS¹²¹⁷ y TONA¹²¹⁸, que aboga por identificar la consumación del delito con el momento en que la organización o grupo criminal exista como agrupación idónea para delinquir y, habría que añadir, de acuerdo con nuestra interpretación, dotada de un código normativo, en el caso de la organización criminal. Personalmente nos adherimos a esta última postura pues supone una interpretación más acorde con los principios de ofensividad, intervención mínima y proporcionalidad. Por otra parte, en el análisis de las conductas típicas, ya expresamos nuestra opinión sobre que el sujeto activo de promover y constituir había de ser un miembro de la organización criminal, por lo que, no sólo se exigirá para el castigo de esta conducta la existencia de la agrupación con su

¹²¹⁴ Así, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 339 y 340: “De acuerdo con el principio de ofensividad o lesividad todo delito comporta necesariamente un daño u ofensa a un bien jurídico, no siendo posible un delito que no la realice. De esta manera, la realización de los elementos del tipo sin la afectación del bien jurídico protegido no puede suponer la consumación de delito alguno”.

¹²¹⁵ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, si bien en relación al antiguo delito de asociación terrorista, pág. 243: “la figura del promotor es independiente a la constitución del grupo y se perfecciona antes de que el sujeto se convierta en mero integrante”.

¹²¹⁶ SANTA RITA TAMÉS, G., “El delito de organización terrorista”, *op. cit.*, pp. 153, 154 y 579, si bien también en referencia concreta a estas conductas en el delito de organización terrorista.

¹²¹⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1402. En realidad, esta autor no exige sólo que la agrupación se haya consolidado, sino también que el promotor y constituyente sigan vinculados a la misma como miembros.

¹²¹⁸ TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1095: “El constituyente o promotor que trabaja para la creación o consolidación de una asociación que aún no está en pleno funcionamiento puede ser castigado solo después de una verificación de la estructuración y estabilización efectivas de la asociación, de lo contrario, su conducta no podría alcanzar el umbral del castigo”.

injusto, sino también la permanente vinculación a la misma, en calidad de miembro (seguramente dirigente), del promotor y constituyente.

Aclarado el momento en que se produce la consumación de los delitos de organización y grupo criminal, cabe ahora determinar el momento de finalización de la misma. Con la salvedad de la conducta de cooperar con una organización criminal o de financiar un grupo criminal, que pueden ser conductas de realización instantánea, de modo que la consumación se producirá en el momento de recibir la agrupación el dinero o la prestación concreta, el resto de comportamientos típicos consisten en acciones permanentes en el tiempo, en tanto realizados todos por miembros del entramado criminal. Ya se vio en su momento que la condición de miembro requería de una vinculación permanente a la agrupación delictiva, con sometimiento a la voluntad social, y, en el caso de la organización criminal, a su código normativo. No hay, pues, tantos delitos como conductas activas se realicen para la agrupación, sino un solo delito permanente de participación activa o de dirección o constitución de la organización, que englobaría a todas las contribuciones genéricas realizadas para con la estructura de la misma. En lo que aquí respecta, ello se traduce, no en un momento consumativo, sino en un periodo consumativo. Ya hemos visto el momento en que se inicia dicho periodo, quedando ahora, por tanto, pendiente la fijación del momento en que el mismo finaliza. A este respecto, hay que atender de nuevo a las dos dimensiones del injusto de estos delitos: la colectiva, conformada por la existencia de una organización apta para delinquir y dotada de un código normativo propio, en el caso de la organización criminal, y la personal, constituida por la realización de la conducta típica por el sujeto en cuestión. Así, podemos decir que el periodo de consumación de las conductas típicas de los miembros de la organización o grupo criminal finalizará cuando deje de estar presente alguna de dichas dimensiones del injusto. Si la dimensión colectiva del injusto se diluye por la disolución de la organización, o la pérdida por la misma de las condiciones para ser una organización o un grupo criminal *ex arts. 570 bis o 570 ter CP*, habrá finalizado la consumación del delito de participación activa en la agrupación, y ello aunque el sujeto siguiera vinculado a la agrupación, de seguir ésta vigente. Esto es, si un grupo criminal formado por siete personas reduce su número de integrantes a dos, por abandonar los demás la agrupación, en el momento en que se reduce a tal cifra sus integrantes, el delito dejará de cometerse incluso para los dos sujetos que siguen unidos para delinquir¹²¹⁹. Y es que, la agrupación habrá dejado de ser grupo criminal a los efectos del art. 570 ter CP, careciendo, en consecuencia, de injusto, debido a su mínima estructura. Lo mismo ocurriría en el caso en que la estructura de la agrupación devenga con el tiempo ineficaz para la consecución de su programa delictivo. En el momento en que se constate dicha idoneidad se entenderá finalizado el periodo consumativo de los

¹²¹⁹ Se refiere a este ejemplo TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1114, si bien señalando la difícil concurrencia de esta eventualidades en relación al tipo de asociación mafiosa habida cuenta de que las organizaciones mafiosas tradicionales, de existencia ya antigua, de objeto criminal amplísimo y de numerosísimos integrantes, difícilmente van a disolverse -ojalá lo hagan!-

delitos de organización o grupo criminal por ausencia de injusto, en atención al principio de ofensividad. También podrá tener lugar la finalización del periodo consumativo por causas atinentes a la dimensión individual del injusto. Así, estando apta la estructura organizativa del grupo criminal para delinquir, si uno de sus miembros abandona voluntariamente la agrupación, por ejemplo, para colaborar con la justicia y beneficiarse de la atenuación penológica del art. 570 quáter.4 CP, habrá de afirmarse que ha dejado de realizar la conducta típica permanente de participar activamente en el grupo, entendiéndose así finalizado el periodo consumativo del delito en lo que a él respecta¹²²⁰ -pues para el resto de miembros activos, el delito seguirá subsistiendo y consumándose -. Pero, también pudiera romperse el vínculo con la agrupación delictiva por causas ajenas a la voluntad del sujeto. A este respecto, se ha discutido en Italia sobre la virtualidad de una detención o arresto de un miembro para interrumpir la consumación del delito en lo que a él respecta. Pero puede decirse que en general los tribunales suelen considerar esta circunstancia como posible causa de interrupción de la consumación en relación al delito genérico de asociación para delinquir¹²²¹, pero no en lo que respecta al delito de asociación de tipo mafioso¹²²². Y es que, las particularidades del método mafioso, y, sobre todo la experiencia práctica en relación a organizaciones como la Cosa Nostra o la Camorra, revelan que en la mayoría de ocasiones los miembros siguen participando, pese al arresto, en la organización a través de contactos¹²²³.

En España la cuestión no ha sido objeto de discusión doctrinal ni jurisprudencial, seguramente por la menor afectación del fenómeno de la criminalidad organizada común respecto a Italia. A nuestro juicio, habría que atender a las circunstancias del caso concreto; así, si la detención es por un periodo de tiempo reducido, y termina con la puesta en libertad del sujeto, no podrá entenderse interrumpido desde luego el vínculo del sujeto con la agrupación, y, con ello, el periodo de consumación del delito, que continuará avanzando durante la detención. No obstante, en líneas generales nos parece consecuente exigir de cara a la interrupción del periodo de consumación del delito, con lo que ello conlleva, esto es: la posible apreciación de un nuevo delito de organización o grupo criminal, la celebración del juicio por el citado delito que finalice con el dictado de una sentencia firme. El sentido en que se pronuncie la sentencia es irrelevante, pues en ambos casos produciría el efecto de cosa juzgada, que es el que aquí conectamos con la consecuencia de la interrupción de la consumación del delito. Este efecto de la condena firme, y, por tanto, de la cosa juzgada, de interrumpir la permanencia de un delito, si bien ha sido criticada por algunos autores por ser una creación artificiosa o una *fictio iuris*¹²²⁴, se impone como necesario si se

¹²²⁰ Así, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pp. 1114 y 1115.

¹²²¹ Véanse Cass. Pen. 11-6-1999, n. 2136, y Cass. Pen. 2-11-1999, n. 3040.

¹²²² TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1116.

¹²²³ Así lo señala la Cass. Pen. 25-1-2006, n. 2893.

¹²²⁴ Así, por ejemplo, ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 131 y 132, que señala la posible eventualidad de que “a pesar de la condena el miembro de la asociación logre, de todos modos, continuar realizando aportes a la actividad de la agrupación, incluso desde la cárcel”, considerando que

pretende que la pena impuesta cumpla su función preventiva de desincentivar la comisión de nuevos delitos por el penado¹²²⁵. Y es que, si entendiésemos que no se produce este efecto, se daría implícitamente carta blanca al condenado para seguir participando en la organización o grupo criminal sin ser castigado por ello. Si el dictado de la sentencia no rompe la unidad delictiva, el sujeto que siga participando en la organización tras la sentencia seguirá cometido el mismo hecho por el que ya ha sido enjuiciado, por lo que, en atención al principio *non bis in ídem*, no podría ser enjuiciado de nuevo.

1.2.2. Cuestionamiento acerca del posible castigo de la tentativa.

Una vez determinados los momentos de inicio y finalización de la consumación de los delitos de organización y grupo criminal, cabe a continuación plantearse la posibilidad del castigo como tentativa de los actos ejecutados con anterioridad al comienzo de dicha consumación. Si el sujeto da principio a la ejecución de la conducta típica de participar como miembro, colaborar o dirigir la organización o el grupo criminal pero el resultado a efectos jurídicos, conformado en este caso por la contribución individual al injusto sistémico, no se produce por causas ajenas a su voluntad, ¿podríamos castigarlo como autor de un delito en grado de tentativa *ex art. 16.1 CP*¹²²⁶?

Atendiendo a la especial naturaleza de los delitos que nos ocupan, que presentan, cuyo injusto presenta, como vimos, una dimensión colectiva y una individual, cabría diferenciar dos tipos de supuestos en que la conducta de un sujeto de participar o colaborar con una agrupación delictiva por causas ajenas a su voluntad no redundara en una contribución activa para con la misma. Así, la primera tipología de supuestos será aquélla en que esté ausente la dimensión colectiva del injusto. Entrarían aquí, por tanto, las conductas de participación o colaboración que se lleven a cabo en relación a una agrupación que no se subsuma en los conceptos de organización o grupo criminal. Precisamente, esto es lo que ocurrirá siempre cuando se ejecuten las conductas de “constituir” de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, y a veces, de “promover” del art. 570 bis.1 CP, en tanto “comportamientos pre-organizativos”, esto es, que tienen lugar antes de que exista la organización criminal o el grupo criminal¹²²⁷. Dijimos que la consumación de estas conductas no se producirá hasta que la organización o el grupo

“en tales condiciones, sostener que si luego de la condena “los asociados persisten en su acuerdo delictivo dará comienzo a un nuevo delito de asociación ilícita” carece de todo apoyo fáctico y normativo. Antes bien, es evidente que se trata de la misma actividad desarrollada dentro de la misma asociación, por lo cual el *ne bis in ídem* debería regir en plenitud”.

¹²²⁵ De esta opinión es TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1117.

¹²²⁶ Art. 16.1 CP: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

¹²²⁷ Lo mismo sucede en el tipo de asociación ilícita con el término “fundador”. Señalándola -a “fundar” - como conducta anterior a la existencia de la asociación, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 337.

criminal existan como tal, pero la cuestión a tratar aquí es: ¿antes de ese momento, podría castigarse al constituyente o promotor de la organización como autor de una tentativa de constituir o promover una organización criminal? Piénsese también, a este respecto, en el sujeto que está creando la agrupación criminal, pero no llega a reunir al número mínimo de tres miembros requerido por el tipo¹²²⁸, o, alcanzándolo, resulta que la agrupación creada carece, al momento de ser desarticulada, de los medios suficientes de cara a la realización de los fines delictivos. También pudiera suceder, como señala FARALDO CABANA, que cuando el sujeto fuese detenido, y acusado de crear un grupo criminal, aún no se hubiesen establecido las infracciones que constituyen el objeto delictivo de la agrupación¹²²⁹. Asimismo pueden concurrir este tipo de hipótesis en relación al resto de conductas típicas, consideradas “post-organizativas”. Así, un sujeto *extraneus* pudiera financiar una agrupación criminal, entregando efectivamente una cuantiosa suma de dinero al mismo, ocurriendo, sin embargo, que dicho agrupación no llega nunca a ostentar una estructura apta para cometer los delitos que constituyen su objeto criminal, de manera que la misma no constituye en momento alguno un peligro para los bienes jurídicos amenazados por dichos delitos. Otro ejemplo traído a colación por ZIFFER¹²³⁰ sería aquél en que tres personas forman parte activamente de una agrupación delictiva, pero uno de ellos es víctima de un error de tipo sobre la finalidad delictiva del grupo, sucediendo que, ninguno de ellos llega a realizar una contribución al injusto sistémico, pues la agrupación no tiene la condición de organización criminal al tener, en realidad, sólo dos miembros.

Pues bien, ¿pueden castigarse como delitos en grado de tentativa, en su modalidad acabada, los comportamientos perpetrados antes de que la agrupación criminal exista con virtualidad e idoneidad para cometer los delitos que integran su objeto criminal, y, además, en el caso de la organización, de que se autorregule? En la doctrina se ha posicionado expresamente a favor de esta posibilidad ZIFFER, arguyendo que “si el participar de una banda puede ser legítimamente definido como delito, también debe ser definido como tentativa el haber realizado, al menos uno de los tres sujetos, la totalidad de la conducta prohibida por la norma”¹²³¹. FARALDO CABANA¹²³² y SANTA RITA TAMÉS¹²³³ admiten la apreciación de la tentativa en

¹²²⁸ Hace alusión a este supuesto FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 337.

¹²²⁹ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 338, refiriéndose al supuesto en que “el grado de concreción de las infracciones pretendidas” no haya superado la “fase de mera ideación”.

¹²³⁰ ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 160.

¹²³¹ ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 160 y 161: “dejar fuera del ámbito de lo punible esas conductas porque “la asociación ilícita no admite tentativa”, sería pretender poner un límite puramente azaroso al ámbito de reserva”. No obstante, la autora señala que serán casos muy minoritarios: “es indudable que se tratará de casos marginales [...] Esto significa que los límites dentro de los cuales cabría el desistimiento son sumamente estrechos”. Parece manifestar también su apoyo a esta tesis, DONNA, E.A., “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C”, *op. cit.*, pág. 313.

¹²³² FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 337.

relación a las conductas de “constituir” en los casos en que la organización criminal o el grupo criminal no llegan a conformarse como agrupaciones con una estructura idónea para delinquir y con los requerimientos que exigen los arts. 570 bis y 570 ter CP. En Alemania, donde a diferencia de nuestro país, la tentativa de delito sólo se castiga en relación a los tipos penales donde expresamente se prevea su punición, el StGB contempla exclusivamente en el §129.3 el castigo de la tentativa en relación a esta conducta, esto es: la de fundar la asociación criminal. En el sector opuesto, esto es, abogando por la no punibilidad de la tentativa en relación a estas conductas, se pronuncian autores como TONA¹²³⁴ y GUZMÁN DÁLBORA, arguyendo éste último que estos delitos son de “resultado único”, constituido por la asociación, “eje centripeto que reúne las manifestaciones de voluntad de los autores”. Los “simples fragmentos” de esa asociación, esto es, las conductas típicas aisladamente consideradas, son, según el autor, irrelevantes de cara a la consecución del resultado típico antijurídico. En sus palabras: “el delito imperfecto en la asociación criminal es, tal vez, típico, mas no típicamente antijurídico, pues el injusto que contiene la descripción de la forma consumada del delito agota la única posibilidad de afectación del bien jurídico por parte del acto incriminado, de forma que simples fragmentos del último son irrelevantes en el sentido de esa posibilidad”¹²³⁵.

En lo que a nosotros respecta, nos posicionamos a favor de esta última postura, negando la legitimidad del castigo como tentativa de delito de los actos realizados en relación a una agrupación delictiva no subsumible en los conceptos de organización y grupo criminal, y, por tanto, que carece del injusto sistémico que justifica la incriminación de los comportamientos típicos de los arts. 570 bis y 570 ter CP. Los argumentos que justifican nuestra postura se relacionan así con el principio de ofensividad. Al no existir aún una organización o grupo criminal ex arts. 570 bis y 570 ter CP, no existe el injusto sistémico, que explica la criminalización de las conductas de participación activa o colaboración con organización criminal y grupo criminal, por lo que las conductas realizadas en relación a la agrupación delictiva no pueden contribuir al mantenimiento de un injusto que no existe. Ha de tenerse en cuenta, además, que los delitos que nos ocupan constituyen materialmente hablando tipos de peligro abstracto en relación a los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin, castigar actos anteriores a

¹²³³ Si bien en relación al delito de organización terrorista, SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 640, en el marco de su discurso funcionalista, arguye que: “la tentativa de conformación debe ser explorada como una figura legítima para el combate frontal a focos de autoexclusión potestativa [...] no es que se trate [...] de un adelantamiento del adelantamiento, sino del adelantamiento ante la vulneración a la vigencia de la norma, de tal suerte que no existe peligro de extenderse hacia atrás infinitamente”.

¹²³⁴ TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1125, que cita a su favor, además, una reiterada jurisprudencia en Italia que mantiene esta línea, mencionando, por ejemplo, la Cass. Pen. 12-1-1990, n.130.

¹²³⁵ GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 178.

la existencia de dicho peligro abstracto¹²³⁶, supondría llevar a cabo un adelantamiento de las barreras de intervención penal intolerable desde el prisma del principio de ofensividad. Es también imaginable otro argumento para negar la posibilidad de castigar estos actos como tentativa de delito, relacionado en este caso con el mismo principio de legalidad. Así, si se entiende que las conductas tipificadas se refieren a una organización o grupo criminal con las características que refieren para tales agrupaciones los arts. 570 bis.1.II y 570 ter.1.II CP, puede interpretarse que el comportamiento que se refiera a una agrupación que no reúna tales características legales no se subsume en el tipo penal, y, es directamente atípico.

La segunda tipología de supuestos en principio imaginables de tentativa de delito de organización o grupo criminal se refiere a los supuestos en que, sí existiendo la dimensión colectiva del injusto, no concurre, sin embargo, la dimensión individual. Son imaginables varios ejemplos a este respecto. Así, piénsese en el sujeto “extraneus” que realiza un envío de un cargamento de armas a una organización criminal apta para delinquir, y con un código normativo propio, esto es, con el injusto sistémico que le es propio ex art. 570 bis.1 CP, pero, por causas ajenas a su voluntad, el cargamento se pierde en el envío y no llega nunca a la organización. También entraría aquí el supuesto a que se refiere GARCÍA-PABLOS DE MOLINA del aspirante a miembro de una organización criminal que a raíz de los insatisfactorios resultados de su periodo de prueba no es aceptado finalmente en la agrupación¹²³⁷. Pueden ser asimismo imaginables supuestos de este tipo en relación a las conductas “de primer nivel” como el del sujeto que lleva a cabo una campaña para acceder al cargo de dirigente de la organización criminal, que, sin embargo, culmina sin éxito, no llegando a adquirir tal condición superior en la agrupación. ¿Podríamos castigar a estos sujetos como autores de una tentativa de colaborar, participar como miembro y dirigir una organización criminal, respectivamente? Si bien no ha sido muy debatida la cuestión, sí se encuentran algunos autores que se han pronunciado expresamente al respecto. Así, TONA admite el castigo de la tentativa en relación concretamente al supuesto del colaborador que envía el cargamento, que, por causas ajenas a su voluntad, no llega a manos de la organización criminal¹²³⁸. En España, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA se ha manifestado a favor en general del castigo de estos supuestos¹²³⁹. En el sector opuesto, abogando por no castigar las conductas realizadas con anterioridad a la consumación de

¹²³⁶ Señala esta problemática de entrada en relación a los delitos de organización terrorista SANTA RITA TAMÉS, G., “El delito de organización terrorista”, *op. cit.*, pág. 637: “El gran interrogante consiste en determinar si en delitos de organización tales como la conformación de la organización terrorista cabe la posibilidad de una tentativa. El tema implica que se estaría en presencia de un adelantamiento del adelantamiento”. No obstante, pese a esta primera dificultad, el autor se muestra al final partidario del castigo de la tentativa en estos delitos.

¹²³⁷ Para ver estos y otros ejemplos, véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 334.

¹²³⁸ TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1159.

¹²³⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 333 y 334.

estos delitos, se ubican autores como GUZMÁN DÁLBORA¹²⁴⁰ y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ¹²⁴¹, que subrayan la naturaleza de delito de peligro abstracto de estas infracciones como obstáculo para tal castigo. En lo que respecta a la jurisprudencia, la cuestión no ha sido objeto de debate.

En lo que a nosotros respecta, también en esta segunda modalidad de supuestos somos reticentes a la admisión del castigo de las formas imperfectas de ejecución. Si bien en estos casos sí existe, a diferencia de los anteriores, el injusto sistémico de la organización o grupo criminal, consideramos, en atención a los principios de intervención mínima y ofensividad, reclamar de cara al castigo de las conductas individuales que las mismas lleguen efectivamente a contribuir al mantenimiento del injusto sistémico, lo que supone ya su consumación. De ahí que abogemos por mantener en la impunidad las conductas que no alcancen el grado de consumación, por ausencia de ofensividad para el bien jurídico protegido. Frente a los delitos de lesión, en los que las formas imperfectas de ejecución implican una ofensa al bien jurídico protegido, al suponer su puesta en peligro concreto, en los delitos de peligro la ejecución imperfecta de la conducta típica no entraña una ofensa al bien jurídico digna de intervención penal. Recuérdese que el principio de ofensividad prohíbe la intervención del Derecho penal si no se constata una ofensa grave a un bien jurídico penal, que al menos entrañe su puesta en peligro. En los delitos de peligro, en los que la consumación se produce con la misma creación de la situación de peligro para el bien jurídico protegido, adelantando el legislador la intervención penal a un momento anterior a la lesión del objeto jurídico, castigar también los actos anteriores a la creación del peligro como tentativa de delito supondría en principio un doble adelantamiento de las barreras de intervención penal, difícilmente compatible con el citado principio, limitador del *ius puniendi* del Estado¹²⁴². Véase que la doctrina viene ya calificando a los delitos de peligro como “delitos de consumación anticipada”, para reflejar la idea de que los mismos entrañan ya una anticipación de la intervención del *ius puniendi* respecto de la lesión del bien jurídico¹²⁴³. El castigo de la tentativa sería, además,

¹²⁴⁰ GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

¹²⁴¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 565.

¹²⁴² Señala esta problemática de entrada en relación a los delitos de organización terrorista SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pág. 637: “El gran interrogante consiste en determinar si en delitos de organización tales como la conformación de la organización terrorista cabe la posibilidad de una tentativa. El tema implica que se estaría en presencia de un adelantamiento del adelantamiento”. No obstante, pese a esta primera dificultad, el autor se muestra al final partidario del castigo de la tentativa en estos delitos.

¹²⁴³ Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 411: “en los delitos de consumación anticipada (por ejemplo, delitos de peligro) el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior”. Los autores ponen como ejemplo de “delito de consumación anticipada” el tipo de rebelión (“en el art. 472 el delito de rebelión se consuma desde el momento en que se produce un alzamiento público y violento para alcanzar determinados fines (derogar o suspender la Constitución, destituir al Rey, impedir la libre celebración de elecciones, disolver las Cortes, etc.); no es, por tanto, necesario que se consigan dichos fines”). Lo mismo es predicable de los

especialmente problemático en los delitos de peligro en que la situación de peligro -valga la redundancia -es además abstracta o abierta, esto es: que no exigen una puesta en peligro concreta del bien jurídico, sino que tipifican una conducta por el riesgo genérico que per se genera¹²⁴⁴. Ello es lo que sucede precisamente en los delitos que nos ocupan, cuya incriminación responde al deseo del legislador de castigar conductas abstractamente peligrosas para los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la organización o grupo criminal en cuestión. Los delitos de organización son, por ende, como ya señalamos delitos de peligro abstracto para tales bienes jurídicos. El tipo no exige la lesión de los mismos pues no es necesario para la consumación del tipo que se ejecuten, ni su puesta en peligro concreto pues tampoco se requiere el inicio de la ejecución de los delitos-fin, siendo la sola situación de peligro abstracto para dichos bienes jurídicos ante la existencia de una agrupación criminal idónea para lesionarlos suficiente para ello¹²⁴⁵. Si bien, es cierto, que afirmamos en su momento que dicha situación de peligro abstracto o general para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin conllevaba la lesión del bien jurídico supraindividual “seguridad colectiva”, pudiendo calificarse los delitos de organización como delitos de lesión respecto a dicho objeto jurídico, tal lesión a la seguridad colectiva es, en puridad, de carácter meramente formal, y no sustancial. Como señalábamos en el capítulo relativo al bien jurídico, la seguridad colectiva no es un bien jurídico con sustantividad propia, siendo tan sólo un término que viene a describir la existencia de una situación de peligrosidad para determinados bienes jurídicos de titularidad indeterminada. Sustancialmente hablando los delitos de organización son, por tanto, delitos de peligro abstracto para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin de que se trate. Castigar la tentativa respecto a las conductas típicas de organización y grupo criminal supondría penar una situación aún anterior a la existencia de un peligro abstracto para tales bienes jurídicos, no pudiéndose identificar en la misma desvalor de resultado alguno. Y es que, si en los delitos de lesión el desvalor de resultado se conforma por la lesión del bien jurídico¹²⁴⁶, en los delitos de peligro concreto por la puesta en concreto

delitos de organización que nos ocupan, en los que no se requiere la realización de los delitos-fin para su consumación.

¹²⁴⁴ Así, GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 189: “En todo delito de peligro, y más, como en la especie, en los delitos de peligro abstracto, la ley anticipa la tutela jurídicopenal a un punto de tensión dictado por la probabilidad del evento perjudicial, de lo que una lógica de contenidos deducirá que no se puede, so pena de reducir la probabilidad a una posibilidad, retroceder aún respecto a esa tensión”.

¹²⁴⁵ Señala esta idea FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 335, 337 y 338: “la asociación u organización es ilícita desde que se busca una finalidad [...] delictiva”.

¹²⁴⁶ Sobre el desvalor de resultado en los delitos consumados y en grado de tentativa en el ejemplo de delitos de lesión como el homicidio, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “Derecho Penal. Parte General”, *op. cit.*, pp. 412 y 413: “la consumación es más grave que la tentativa porque en ella el desvalor del resultado no sólo es mayor, sino que a veces implica una lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa. Piénsese en un delito contra la vida, en el que la consumación supone la muerte y la tentativa todo lo más una lesión o, a veces, ni siquiera eso (la bala pasa rozando el cuerpo del agredido). Pero ello no quiere decir que ambas instituciones sean diferentes o que el fundamento de su punibilidad responda a principios distintos, sino sólo que tanto en su percepción social como jurídica, la consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el

peligro del bien jurídico, y en los delitos de peligro abstracto por la existencia de un peligro genérico para el mismo, en los actos anteriores a la existencia de dicho peligro genérico no podría hablarse de desvalor de resultado digno de castigo en la vía penal desde la perspectiva del principio de ofensividad¹²⁴⁷. Si la conducta no es portadora de desvalor de resultado, conformado por la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, la misma no merece ser castigada¹²⁴⁸, lo contrario supondría emplear un Derecho penal de autor, presidido, no por un resultado objetivo de ofensa a un bien jurídico digno de tutela penal, sino por la peligrosidad subjetiva del sujeto manifestada en actitudes o comportamientos no ofensivos para objeto jurídico alguno. Así, castigaríamos al sujeto que lleva a cabo el periodo de prueba para acceder a una organización de forma infructuosa, por no ser finalmente admitido, por revelar su actitud una enemistad con el Derecho, y no porque haya afectado su conducta a bien jurídico alguno, pues no se puede hablar de antijuridicidad material alguna a este respecto. No obstante, cabe hacer una observación a este respecto. Hemos reclamado que ha de exigirse la efectiva contribución del sujeto al injusto sistémico, lo que implica ya la consumación del delito. Si bien, como en su momento se señaló en relación a la conducta de colaboración, en relación a la misma, por motivos fundamentalmente probatorios, basta con la concurrencia de una situación de peligro concreto de la conducta para contribuir al mantenimiento de cara a su consumación. Así, decíamos que se requiere que la contribución llegue efectivamente a la organización, pero no es necesario la prueba de su empleo por la agrupación, de forma que el envío por un *extraneus* de un cargamento de armas a la organización se castiga como delito de colaboración consumado cuando éste llega efectivamente a manos de la organización, con independencia de que luego esas armas sean o no empleadas. No obstante, si el cargamento no llega a ser recibido por la organización al no producirse ese resultado mínimo de peligro, la conducta habrá de considerarse en nuestra opinión atípica incluso en la forma de tentativa, en aras al citado principio de ofensividad. Si bien esta interpretación puede provocar rechazos en la colectividad, creemos que es la correcta atendiendo a dicho principio.

desvalor del resultado de aquélla es siempre mayor que el de ésta, por más que el desvalor de la acción sea el mismo”.

¹²⁴⁷ Señalando la existencia de que en la tentativa se aprecie un desvalor de resultado, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 414: “El fundamento de esta extensión de la pena, si bien atenuada, a la tentativa del supuesto de hecho tiene, pues, el mismo fundamento que el castigo del supuesto de hecho consumado doloso del que la tentativa no es más que su complemento: la conculcación objetiva del bien jurídico, que en la tentativa sólo pueden ser la puesta en peligro (criterio objetivo) y la voluntad de conseguir su lesión típica (voluntad criminal manifestada, criterio subjetivo). Si alguno de ellos falta, no podrá apreciarse la tentativa”.

¹²⁴⁸ Así, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección III. La ofensa al bien jurídico como fundamento de la intervención penal”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2019, pág. 61: “La existencia de, al menos, la puesta en peligro para los bienes jurídicos es irrenunciable para la intervención penal, es decir, se precisa la constatación de la probabilidad del daño [...] ...es preciso que la conducta conlleve ofensividad y potencialidad lesiva respecto de un bien jurídico necesitado de protección penal (antijuridicidad material)”.

2. Tipo subjetivo

2.1. Los delitos de organización y grupo criminal como tipos dolosos

El *ius puniendi* o derecho a castigar del Estado no es, como sabemos, ilimitado, estando condicionado en su ejercicio, entre otros, por el principio de culpabilidad o proscripción de la responsabilidad penal puramente objetiva¹²⁴⁹, consagrado en el art. 10 CP, que reza: “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Siendo, por tanto, imposible atribuir responsabilidad penal al autor de un resultado típico para él imprevisible, la pena dependerá siempre del grado de responsabilidad subjetiva del autor¹²⁵⁰.

No obstante, en los delitos de organización y grupo criminal que aquí nos ocupan la realización de cualquiera de las conductas típicas con negligencia o falta del cuidado debido derivará siempre en la atipicidad de las mismas, y consecuente impunidad, habida cuenta que el castigo de la imprudencia no se contempla expresamente por el legislador para estos delitos. Estamos, pues, *ex art.* 12 CP¹²⁵¹ ante delitos de comisión forzosamente dolosa. El legislador de 2010 viene así a seguir los lineamientos marcados por las instancias internacionales en la configuración de los tipos de organización y grupo criminal, si se recuerda que tanto la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional de 2010, como la Decisión-Marco de 2008 del Consejo de la Unión Europea se referían a la conducta a tipificar por los Estados parte como “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”¹²⁵² – en el caso de la primera – o como “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”¹²⁵³ -en el caso de la segunda (D-M) -.

También el clásico delito de asociación ilícita, aún vigente y empleado antes de la entrada en vigor del delito de organización criminal para el castigo de la criminalidad organizada, se configura legalmente como un delito doloso. Y es que, lo cierto es que es difícil ya de entrada concebir la comisión de alguna de las conductas típicas, ya del delito de asociación ilícita, ya de los delitos que nos ocupan, de organización y grupo criminal, de forma imprudente. Esto sucede especialmente, como señalaba GARCÍA-

¹²⁴⁹ No sucede lo mismo en el orden civil, donde sí existe la responsabilidad (civil) objetiva o sin culpa.

¹²⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

¹²⁵¹ Establece el art. 12 CP que: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

¹²⁵² Transcripción del art. 5.1.ii de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, también llamada Convención de Palermo.

¹²⁵³ Transcripción del art. 2.a Decisión-Marco 2008/841/JAI del Congreso de 24 de octubre de 2008.

PABLOS DE MOLINA en relación al tipo de asociación ilícita¹²⁵⁴, con las conductas que aquí hemos denominado de “primer nivel”: “promover”, “constituir”, “organizar”, “coordinar” y “dirigir”. Pero también respecto a las de “segundo nivel” resulta difícil de imaginar supuestos de comisión imprudente. Habida cuenta del objetivo esencial e intrínsecamente delictivo de la agrupación resulta difícil de contemplar la hipótesis del sujeto que, por imprudencia o falta de la diligencia debida, se integra en una organización o grupo criminal sin apercibirse de la finalidad ilegítima que las mueve. Se podría extender incluso esta afirmación que hacemos a los casos de actuación con dolo eventual como hace CORDINI al señalar que “teniendo en cuenta la finalidad criminal de la asociación, y los medios que esta utiliza para alcanzar dicha finalidad, resulta difícil pensar una actuación dolosa que no fuese con dolo directo”¹²⁵⁵. Algún autor, como DONNA, va todavía más allá en este sentido exigiendo, si bien en referencia al tipo de asociación ilícita del Código Penal argentino, la existencia de dolo directo en el autor de las conductas típicas con base a la siguiente argumentación: “El autor debe conocer que participa en una asociación de las características antes indicadas y debe tener voluntad de pertenecer a ella, con todas las reglas y normas que la asociación o banda tiene como estructura interna. Se trata de algo similar a asociarse a un club, de manera que el sujeto acepta los términos de la ley que rige la institución, lo que incluye la finalidad delictiva, como es obvio. Por ende, después de lo dicho, se exige dolo directo”¹²⁵⁶.

En nuestra opinión, aunque la hipótesis de la participación activa en una organización delictiva con dolo eventual sea improbable, si no imposible, como afirma el autor, ello no ha de llevar a negar de forma tajante la punición de la comisión dolosa-eventual de las conductas que nos ocupan. Y es que respecto de alguna de ellas sí que es factible tal posibilidad: hablamos en concreto de las conductas de colaboración con organización o grupo criminal. Piénsese, por ejemplo, en el sujeto que, aun sospechando que el sujeto al que transporta a un lugar seguro de refugio es miembro de una organización criminal, lleva a cabo su conducta, colaborando por ende con una organización criminal. De hecho, la jurisprudencia, si bien en relación al delito de

¹²⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 317. Señala el autor que las actividades de “fundación”, “dirección”, o “presidencia” constituyen conductas “inequívocamente “intencionales”: no cabe imaginar tales comportamientos directivos realizados de modo involuntario, por imprudencia”. En el mismo sentido, si bien en relación a las conductas homólogas del tipo de organización criminal, Tb así ZURITA GUTIÉRREZ, A., “El delito de organización criminal”, *op. cit.*, pág. 405: “Este tipo de comportamientos son claramente dolosos”.

¹²⁵⁵ CORDINI, N. S., “Delitos de organización: los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal”, *op. cit.*, pág. 100. El autor se refiere en concreto a las conductas del tipo alemán de organización criminal (krimineller Vereinigung) del 129 StGB. No obstante, señala a continuación que “el BGH (BGH v. 03.10.1979, NJW, 1980, p. 64.) ha establecido que todas las (conductas) antes señaladas, con la excepción de “hacer propaganda”, pueden ser cometidas, incluso, con dolo eventual”.

¹²⁵⁶ DONNA, E.A., “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C”, *op. cit.*, pág. 311. De esta opinión en España, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 961: “Las conductas son obviamente dolosas; dolo que entiendo directo y que deberá abarcar el conocimiento de que la finalidad de la organización que se promueve, constituye, dirige, coordina, en que se participa activamente o con la que se coopera lo es la de cometer delitos graves, menos graves o faltas reiteradas”.

colaboración de organización terrorista, ha afirmado expresamente en algún pronunciamiento, como en la STS 2/1997, de 29 de noviembre¹²⁵⁷, que el dolo de la conducta típica abarca sus diversas modalidades. Aún más, en puridad son imaginables conductas de colaboración con organización criminal imprudentes, en las que un sujeto coopera con la agrupación con error vencible sobre la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo correspondiente. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, quizás por ser precisamente consciente de la multiplicidad de supuestos de facto imaginables de cooperación imprudente o negligente con asociación ilícita, alertaba con acierto específicamente sobre la inconveniencia de su punición, señalando en este sentido que “si no se incrimina lo más”, en referencia a la comisión imprudente de las conductas de los *intranei*, “no debe incriminarse lo menos”, en alusión a la colaboración imprudente de *extranei* con asociaciones ilícitas¹²⁵⁸. Si esto se cumple en sede de organizaciones criminales, donde como adelantamos no se prevé el castigo de la imprudencia respecto a ninguna de las conductas, ya de primer nivel, ya de segundo nivel, entre las que se encontrarían las de cooperación con organización criminal, no sucede, sin embargo, lo mismo en materia de terrorismo, donde la colaboración imprudente con organizaciones y grupos terroristas, frente al resto de conductas de los *intranei*, sí es objeto de castigo *ex art. 577.3 CP*¹²⁵⁹, si bien en los casos más extremos, de imprudencia grave.

2.2. El concepto de dolo en estos delitos

Sabiendo que el tipo subjetivo de los delitos de organización y grupo criminal ha de estar constituido obligatoriamente por el dolo, conviene, pues, recordar en qué consiste este elemento, y concretar su significado para los tipos específicos que nos ocupan. Insta antes aclarar que, si en sus orígenes, según la doctrina causalista clásica dominante, el dolo constituía un elemento propio de la culpabilidad que abarcaba, junto al conocimiento y la voluntad del hecho, la conciencia de su antijuridicidad, hoy, como sabemos, por la influencia del finalismo, su estudio se ha adelantado ya a sede de tipicidad, excluyéndose del concepto el llamado *dolus malus*, constituido por esa conciencia del carácter antijurídico del hecho realizado¹²⁶⁰. En consecuencia, podemos

¹²⁵⁷ STS 2/1997, de 29 de noviembre, FJ Vigésimo-tercero: “El delito que analizamos es de estructura dolosa [...] cabe hablar de varias clases de dolo con un efecto clasificatorio que, si bien rezuma bondadosas dotes de eficacia para discernir matices de la cromatografía culpabilística, en modo alguno rebaja la dosis de responsabilidad que ofrece tal espectro en la zona que no se identifica con la imprudencia”.

¹²⁵⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 317.

¹²⁵⁹ Art. 577.3 CP: “Si la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se hubiera producido por imprudencia grave se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses”.

¹²⁶⁰ Así lo señalan, entre otros, MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte General”, *op. cit.*, pp. 266 y 267, GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica, II: El tipo subjetivo del delito de acción doloso”, en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, pág. 231, MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 32 y ss., y DÍAZ Y GARCÍA

decir que, de acuerdo con el entendimiento actual del término, de corte finalista, el dolo consiste en el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo del delito de que se trate¹²⁶¹. Estaría constituido así por un componente “intelectual” o “cognitivo” conformado por el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo, y por un componente “volitivo”, integrado por la voluntad, directa o eventual, de realizar tales elementos objetivos¹²⁶². Se sigue así en la actualidad de forma mayoritaria en la concepción del dolo la teoría ecléctica, frente a la teoría de la voluntad, que sólo exige el elemento volitivo en el dolo, y la de la representación, que concibe éste como mera conciencia o representación del resultado típico. Aunque no discrepamos de esta concepción mayoritaria, lo cierto es que personalmente nos resulta complejo imaginar que pueda afirmarse en ciertos supuestos que quien realiza los elementos de la conducta típica, siendo consciente, esto es, conociendo, la concurrencia de los mismos (elemento intelectual), no quiera realizarlos (elemento volitivo). Esto es, entendemos que en la práctica el elemento volitivo va implícito en la realización consciente de la conducta típica, pues, como dice MIR PUIG, en relación al delito de homicidio, “quien efectúa una conducta de matar sin ninguna causa de exclusión del comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente mata con dolo”¹²⁶³. Por otra parte, la prueba exclusiva del elemento volitivo es sumamente compleja de obtener en la mayoría de ocasiones a falta de una autoinculpación del autor de los hechos, por lo que en la práctica se deduce de la presencia del elemento intelectual o cognitivo, de forma que si el sujeto realizó los elementos del tipo objetivo del delito en cuestión conociendo de su concurrencia es que quiso realizarlos. Quizás la consciencia de estas circunstancias que señalamos por parte de los tribunales sea la causante de que se experimente en la jurisprudencia una tendencia creciente a hacer uso de la teoría de la representación de cara a afirmar la concurrencia de una conducta delictiva dolosa. Un ejemplo de ello lo tenemos en el delito de colaboración con organización terrorista, donde los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto vienen requiriendo exclusivamente del sujeto colaborador el “conocimiento” o “conciencia” de su conducta de favorecimiento para con los fines y actividades de la organización terrorista, obviando el elemento intelectual de querer colaborar con la banda favoreciendo sus fines o actividad. Así, por ejemplo, la STS 2268/2993, de 18 de octubre, afirma que “aparte de la idoneidad y potencial eficacia de los actos de colaboración con los fines y actividades de la banda armada será precisa la concurrencia del dolo que significa tanto

CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 142: “Contra lo que fue hace tiempo doctrina mayoritaria, el error sobre la antijuridicidad de la conducta, sobre su carácter de desvalorada y prohibida, el llamado error de prohibición, no excluye el dolo. Esto es hoy doctrina dominante”. Como ejemplo de esta concepción tradicional del dolo como “dolos malus”, componente de la culpabilidad del hecho, podemos traer a colación a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 306 y ss., que aborda el estudio del dolo en el delito de asociaciones ilícitas en sede de culpabilidad, insertando dentro del concepto el conocimiento de la antijuridicidad del hecho.

¹²⁶¹ El dolo, una vez privado por la doctrina finalista del elemento de la conciencia de la antijuridicidad, se concibe como “dolo natural”. MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 266 y 267.

¹²⁶² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 284 y 285.

¹²⁶³ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 268.

como tener conciencia que con su acción estaba contribuyendo al favorecimiento de los fines y logros de la organización. Este elemento cognoscitivo está perfectamente delimitado en el relato fáctico”¹²⁶⁴, sin mencionar nada sobre la voluntad de favorecer tales fines y logros. En el mismo sentido se pronunciaba con anterioridad, con relación a esta misma figura, la STS 1171/1992, de 26 de mayo, al afirmar que para su estimación “será precisa la concurrencia del dolo, en cuanto a tener conciencia el infractor del favorecimiento y de la finalidad perseguida por aquéllos”¹²⁶⁵ -en referencia a las actividades y fines de la banda u organización -.

Aplicando el concepto abstracto de dolo a los tipos penales que ocupan nuestra atención, habría que decir, por tanto, que el mismo consiste en el conocimiento y la voluntad de promover, constituir, organizar, coordinar, participar activamente, integrar o colaborar en o con una organización criminal, en el caso del art. 570 bis CP, interpretada aquí como una agrupación delictiva de tipo mafioso, o en el conocimiento y voluntad de constituir, financiar o integrar un grupo criminal, en el caso del art. 570 ter CP. El sujeto, por tanto, ha de conocer que la agrupación delictiva que promueve, constituye, integra o favorece tiene un objeto esencial de carácter delictivo para poder “completar” el elemento cognitivo del dolo que se le requiere en aras a que su conducta sea típica, y, además, en el caso de la organización criminal, ha de ser conocedor de que la misma se sirve sistemáticamente del uso, ya explícito, ya implícito, de la intimidación para obtener beneficios. Han hecho hincapié en este extremo varios autores¹²⁶⁶, como FARALDO CABANA, que señala en este sentido que “lo que se castiga es la integración [...] en la organización o grupo criminal, siendo el sujeto consciente de que dicha organización o dicho grupo tiene como finalidad la comisión de delitos”¹²⁶⁷, o GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, que subraya, si bien en referencia al delito de asociación ilícita criminal, que el dolo ha de abarcar “la ilicitud “programática” de los fines de la asociación”¹²⁶⁸. Este último autor hace además una acertada precisión a este respecto, señalando que su afirmación no implica que el sujeto haya de conocer los actos delictivos concretos ejecutados por los miembros de la agrupación o querer “cometer los delitos singulares contemplados en el programa asociativo”, sino que “basta con que el asociado se afilie [...] sabiendo que ésta persigue tal finalidad delictiva”. Explica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA sus contundentes afirmaciones en base a que “los concretos hechos criminales no han de ser “queridos” por el socio, porque el “objeto (de) cometer algún delito” aparece inequívocamente referido en

¹²⁶⁴ STS 2268/1993, de 18 octubre, FJ Segundo.

¹²⁶⁵ STS 1171/1992, de 26 de mayo, FJ Segundo.

¹²⁶⁶ Véase que este entendimiento de la cuestión es también el que rige mayoritariamente a nivel de derecho comparado. Véase, ALEO, S., “Delitti associativi e criminalità organizzata. I contributi della teoria dell’organizzazione”, *op. cit.*, pág. 33.

¹²⁶⁷ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 271.

¹²⁶⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 307 y 308.

nuestro Código a la asociación, y no al asociado: es el “objeto social”¹²⁶⁹. Esta referencia del objeto delictivo a la asociación y no a sus integrantes serviría también según el autor para diferenciar al afiliado a la asociación del conspirador en el sentido de que, como señala, “el dolo del afiliado apunta a la asociación”, mientras que “el del conspirador -lo hace - a los delitos concretos concertados”¹²⁷⁰. Dicho con otras palabras: mientras que en el conspirador que lleva a la práctica alguno de los delitos planeados sólo hay un dolo, referido al delito ejecutado, en el miembro de la asociación criminal que ejecuta alguno de los delitos objeto de la misma, habrá dos dolos distintos: el de participar en la asociación, y el referido al delito concreto ejecutado. Señala con acierto el autor que en este último caso estamos ante dolos independientes, referido cada uno de ellos a un tipo penal autónomo, de ahí -extrae -“que no pueda presumirse el dolo de participar en un delito concreto cometido en el marco de la organización por el hecho de ser miembro de ésta”¹²⁷¹. Todas estas consideraciones de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA podrían ser extrapolables al ámbito de los delitos que nos ocupan, pues también en ellos la referencia concreta al fin de cometer delitos se hace en relación a los conceptos de organización y al grupo criminal, y no a las conductas típicas de los arts. 570bis.1.I CP y 570ter.1.I CP.

Por último, insta señalar que han de quedar “extramuros” del concepto de “dolo” los móviles y motivaciones que en su caso lleven al sujeto a realizar la conducta típica de que se trate¹²⁷², ya sea participar activamente en la organización criminal, ya dirigirla, ya colaborar con ella¹²⁷³. Así, el sujeto haya escondido a uno de los dirigentes de la organización, que se encuentra en busca y captura, por profesar un amor hacia él, o el que entregue una cuantiosa cantidad de dinero a un grupo criminal para salvar a su familia, estarán realizando dolosamente una conducta típica de colaborar con una organización criminal, y de financiar a un grupo criminal, respectivamente, pues, pese a sus motivaciones particulares, conocen y de algún modo quieren colaborar con la agrupación delictiva¹²⁷⁴. Ésta parece ser también la interpretación de los tribunales, si

¹²⁶⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 307 y 308.

¹²⁷⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 309.

¹²⁷¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 314.

¹²⁷² Lo señala de forma general MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “Derecho Penal. Parte General”, *op. cit.*, pág. 285: “son indiferentes para caracterizar el hecho como doloso los móviles del autor”, y pone el ejemplo en el caso del delito de hurto “cuando el atracador mata al cajero para apoderarse del dinero”, afirmando al respecto que: “los móviles del autor pueden ser simplemente lucrativos, de venganza, políticos, etc., pero el atraco no deja por eso de ser doloso”.

¹²⁷³ Así, en Italia, en relación a las figuras de asociación para delinquir y asociación de tipo mafioso, TONA, G., “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, *op. cit.*, pág. 1102.

¹²⁷⁴ De otra opinión parece ser FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 263 y 264, que concibe el elemento volitivo del dolo como una voluntad del todo libre: “Hay que apuntar, para evitar equívocos, que el favorecimiento debe ser voluntario. Se ha dicho que «el pago de cantidades obtenido por la asociación ilícita mediante coacciones, amenazas, etc., es impune sin necesidad de recurrir a causas de exculpación, ya que no es típico, por faltar el elemento subjetivo requerido en todos los delitos de asociación ilícita». En efecto, la conducta es atípica por la ausencia del dolo propio del favorecimiento, que debe ir referido a la prestación de la ayuda, pero también a la comisión del delito de asociación ilícita por los demás responsables: el

atendemos a sentencias como las STS 2/1997, de 29 de noviembre¹²⁷⁵, y, sobre todo, la STS 800/2006, de 13 de julio. En esta última sentencia, si bien en sede de terrorismo, se enjuicia la conducta de una mujer acusada del delito de colaboración con organización criminal por actuar como correo entre dos miembros de ETA, alegando su defensa que la conducta habría de ser considerada atípica al faltar en la susodicha en el dolo de colaborar pues actuó “movida por un estado pasional debido al enamoramiento” con uno de los integrantes de la banda. A esta alegación respondió tajantemente el Alto Tribunal, señalando que “la presencia de un ánimo de la clase del alegado, caso de existir y caso de ser relevante, no afecta al dolo, que consiste en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Y es claro que la acusada conocía que con su conducta prestaba un servicio para la banda terrorista”¹²⁷⁶, y confirmando, por ende, la sentencia condenatoria de instancia.

No obstante, con esto no queremos decir que las conductas típicas de ejemplos como los referidos *supra* hayan de ser necesariamente objeto de sanción penal. Lo único que manifestamos es que son conductas típicas en tanto dolosas. Si bien, dichas motivaciones y móviles habrán de ser valorados en sede de culpabilidad, analizando la imputabilidad de los sujetos. Así, en el supuesto concreto de actuación por la profesión de un sentido amor hacia uno de los miembros de la organización o grupo criminal, podría examinarse la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal del sujeto colaborar mediante el expediente del “estado pasional”¹²⁷⁷ del art. 21.3º CP, mientras que en el caso del que entrega dinero al grupo criminal para evitar que se materialice una amenaza de que ha sido víctima, podríamos servirnos del instituto del estado de necesidad para tratar de eximir, o si no, atenuar su responsabilidad penal *ex arts.* 20.5º o 21.1º CP por colaborar con la agrupación.

favorecedor ha de saber que contribuye con su aportación y, al tiempo, favorece la comisión del hecho principal, que es el de asociación ilícita”.

¹²⁷⁵ Véase lo que señala la STS 2/1997, de 29 de noviembre, en su FJ Vigésimo-tercero en relación a la conducta de colaboración con organización terrorista: “la concurrencia del dolo implica en estos casos y de acuerdo con la doctrina de esta Sala (Sentencias de 8 abril 1985 [RJ 1985\2070], 23 junio 1986 [RJ 1986\3185], 2 febrero 1987 [RJ 1987\1181], 26 diciembre 1989 [RJ 1989\9780] y 27 junio 1994 [RJ 1994\5034], entre otras) tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo y voluntad de ayuda. Ello es lo que permite distinguir el dolo del móvil, pues mientras que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato. En definitiva, la subsunción legal, en lo que al elemento subjetivo del tipo se refiere, se produce porque la conducta de colaboración fluye de las acciones desarrolladas como lógica concreción del propósito o intención de ayudar a ETA -y no sólo de expresar la coincidencia programática con sus pretensiones- constituyendo un dolo de cooperación, contribución, o ayuda apreciable mediante un juicio de inferencia que se basa no sólo en el hecho de conocer la procedencia. en el contenido de la propuesta, en su presentación y en su fórmula expositiva, sino también en el significado inequívoco de auxilio eficaz que tiene la decisión de ceder el espacio electoral a una formación terrorista armada, lo que excluye el alegado «animus informandi»”.

¹²⁷⁶ Véase STS 800/2006 de 13 julio, FJ Undécimo.

¹²⁷⁷ Así, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 476: “El estado pasional no excluye [...] la conciencia, pero sí en su caso su posibilidad de control y a menudo también el recuerdo posterior del suceso; por eso la mayor parte de las veces no es un problema de dolo, sino de imputabilidad o capacidad de culpabilidad y que se ha de tratar más detenidamente en el seno de ésta”.

2.3. La problemática del error de tipo.

Se conoce como error de tipo al desconocimiento o error sobre la concurrencia de alguno o algunos de los elementos que integran el tipo objetivo del delito de que se trate, cuyo efecto es la exclusión del dolo¹²⁷⁸. Si bien estos errores afectan en concreto directamente al elemento intelectual del dolo, conformado por el conocimiento o la conciencia de realizar los elementos del tipo objetivo¹²⁷⁹, porque “el sujeto ignora o tiene un falso concepto acerca de lo que hizo”¹²⁸⁰, indirectamente afectan también al elemento volitivo del dolo pues, como señala NÚÑEZ CASTAÑO, “no se puede querer lo que no se sabe”¹²⁸¹. Siendo tal la trascendencia de este desconocimiento o error insta analizar los supuestos de error de tipo que pueden darse en relación a los delitos de organización y grupo criminal, debiendo aclararse antes que en todos los errores sobre elementos esenciales del tipo la consecuencia será la misma, esto es: la atipicidad de la conducta. Así, tanto en el caso de que el error sobre la existencia de un elemento del tipo objetivo sea invencible, como en el caso de que sea vencible, por haberse podido evitar de haberse aplicado la diligencia debida¹²⁸², la conducta será impune *ex art.* 14.1 CP¹²⁸³ habida cuenta de que, como dijimos, el castigo de la imprudencia no se prevé expresamente para las conductas típicas que nos ocupan¹²⁸⁴.

2.3.1. Supuestos de error sobre la existencia de elementos objetivos del tipo básico

a. Error sobre el carácter delictivo de la organización o del grupo criminal.

¹²⁷⁸ Véase MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 291, y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 149.

¹²⁷⁹ Así GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica, II: El tipo subjetivo del delito de acción doloso”, *op. cit.*, pág. 231, define al error de tipo como la “falta de conciencia de que se realiza un elemento del tipo objetivo”, y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 140: “existe error cuando el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden”.

¹²⁸⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XIV. Elementos del tipo subjetivo (I): El dolo”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2019, pág. 209. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 140, en este sentido, apunta a que el error de tipo, que “existe error cuando el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden [...] puede deberse a que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia, error negativo) o a que tiene una representación falsa de la realidad (ignorancia, error positivo)”.

¹²⁸¹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XIV. Elementos del tipo subjetivo (I): El dolo”, *op. cit.*, pág. 209: “Si el sujeto ignora o tiene un falso concepto acerca de lo que hizo, de cómo se iba a desarrollar o de sus consecuencias (elementos objetivos del tipo), no podrá apreciarse el dolo, por cuanto al no concurrir el elemento intelectual (conocimiento) tampoco lo haría el volitivo: no se puede querer lo que no se sabe”.

¹²⁸² MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 279, define el error invencible como “el que no hubiese podido evitarse ni aun aplicando la diligencia debida”, y el vencible como “aquel que se hubiera podido evitar si se hubiera observado el debido cuidado”.

¹²⁸³ Establece el art. 14.1 CP: “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

¹²⁸⁴ Lo señalaba en su momento en relación al delito de asociación ilícita GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 316: “La comisión “culposa” no es punible, por lo que un error esencial pero vencible -que excluye sólo el “dolo” -bastaría para excluir la responsabilidad penal”.

El primer supuesto de error de tipo que puede imaginarse es el relacionado con el fin delictivo de la organización o grupo criminal. Una persona constituye, se integra en, o colabora con una agrupación criminal creyendo erróneamente que el fin perseguido por la misma no es constitutivo de delito. El problema que aquí nos encontramos es que el elemento sobre el que recae en estos casos el error no es un elemento de los llamados descriptivos del tipo, sino que constituye, de acuerdo con la doctrina existente sobre el error de tipo, un elemento normativo del tipo, esto es, siguiendo al mayor experto en esta materia en España, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, un elemento que “sólo se puede comprender por referencia a algún tipo de normas”¹²⁸⁵. En este caso las normas que dotan de sentido al elemento “delito” son normas jurídicas, y, más concretamente, jurídico-penales¹²⁸⁶, por lo que, siguiendo la clasificación de los elementos normativos desarrollada por el citado autor, tendríamos que calificar al elemento que nos ocupa -“delito”- como elemento normativo jurídico-penal de los tipos de organización y grupo criminal.

Hacíamos referencia a la condición de “elemento normativo del tipo” de “delito” como un problema porque ha sido objeto de discusión por la doctrina el tratamiento jurídico-penal que dar a los errores que recaen sobre este tipo de elementos¹²⁸⁷: ¿constituyen errores sobre elementos del tipo o errores de prohibición habida cuenta de que hacen referencia a normas? Esto es, ¿aplicamos a estos casos el apartado primero del art. 14, que se refiere al “error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal”, o el apartado tercero del precepto, que alude al “error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”? Si bien la doctrina mayoritaria aboga por calificar al error sobre elementos normativos del tipo como error sobre elementos del tipo, en cuanto tales elementos normativos forman parte del tipo objetivo del delito en cuestión de que se trate, la referencia del art. 14.1 CP al error sobre “un hecho”, ha motivado a

¹²⁸⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en LUZÓN PEÑA, D.-M., y MIR PUIG, S. (Dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 63-65. El autor se decanta así, para calificar a un elemento del tipo como descriptivo o normativo, por el criterio de la referencia o no a normas, rechazando el criterio que atiende a la forma de aprehensión del objeto, conforme al cual serían elementos normativos “aquellos cuya aprehensión implica un proceso de valoración o de comprensión intelectual o espiritual por el propio sujeto o por el juez”, y descriptivos “los elementos aprehensibles sensorialmente, por mera observación”. Los motivos que llevan al autor a descartar este último criterio, y que aquí compartimos, estriban en que el mismo no es válido de cara a efectuar la distinción entre una y otra clase de elementos pues elementos considerados tradicionalmente como descriptivos, como “persona” o “energía nuclear” requieren también de un proceso intelectual para su plena aprehensión. Y lo cierto es que no hay elementos enteramente descriptivos, todo lo que existe es en parte valorativo.

¹²⁸⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, *op. cit.*, pág. 69, distingue, en una de las clasificaciones de los elementos normativos, entre “elementos jurídicos (y entre ellos jurídicopenales y extrapenales) y extrajurídicos”. Como ejemplo de elemento jurídico-penal el autor hace precisamente alusión al que aquí nos ocupa: “delito”. También se refiere a la “falta”, aunque, como sabemos, desde la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo tales infracciones han sido suprimidas del CP mediante la eliminación del libro III.

¹²⁸⁷ Da cuenta de ello DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, *op. cit.*, pp. 80 y 82.

ciertos autores, como BACIGALUPO ZAPATER¹²⁸⁸, a sostener que la redacción del precepto deja “extramuros” a los elementos normativos del tipo por no ser “elementos de hecho”¹²⁸⁹, ni tampoco “elementos sobre la ilicitud” como requiere el art. 14.3 CP. Ante ello, el citado autor propone recurrir a la analogía *in bonam partem*, aplicando a los supuestos de error sobre elementos normativos del tipo el art. 14.1 CP, como precepto que, si bien no hace referencia a tales supuestos, contempla otros de estrecha similitud¹²⁹⁰. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera, por su parte, innecesario tal proceder pues estima que el art. 14.1 CP resulta aplicable directamente a los casos de error sobre elementos normativos del tipo¹²⁹¹, argumentando que con el término “error sobre un hecho”, el legislador se refiere a un error sobre lo que se hace, lo que abarca a las circunstancias de ese hecho¹²⁹². Personalmente, compartimos esta última postura. El DLE define en su cuarta acepción “hecho” como “acción u obra”, y, teniendo en cuenta que no hay elementos enteramente descriptivos, pues todo es susceptible de valoración, en tanto portador de un significado, el “hecho” ha de considerarse como acción u obra portadora de un significado. De ahí, que, en nuestra opinión, y, en relación al caso concreto que nos ocupa, el desconocimiento de que la finalidad perseguida por la agrupación criminal en que uno se integra es cometer hechos constitutivos de delito constituye un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal. No estamos en este caso ante un error de prohibición, o, siguiendo la terminología legal, ante un “error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”, porque el “hecho constitutivo de la infracción penal” en los arts. 570 bis y 570 ter CP se encuentra constituido por las conductas típicas de constituir, integrar o financiar una organización o un grupo criminal, y no por el delito-fin de estas agrupaciones¹²⁹³. De esta opinión

¹²⁸⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Problemas del error”, *La Ley*, nº 3, 1996, pág. 1429.

¹²⁸⁹ En atención a ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “¿Error de tipo o error de hecho?”, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 209, se plantea “si hay que considerar irrelevante (por esa falta de encaje) el mencionado error o si cabe concederle relevancia de algún modo”, señalando que “sobre todo, se ha de decidir si es cierta la premisa de que el error sobre elementos normativos del tipo no encaja directamente en la regulación del artículo 14.1 y 3 CP”.

¹²⁹⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Problemas del error”, *op. cit.*, pág. 1430.

¹²⁹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “¿Error de tipo o error de hecho?”, *op. cit.*, pág. 215. Se pregunta, a este respecto, el autor si la palabra “hecho” del art. 14.1 CP resulta tan problemática como parece de cara a abarcar a los supuestos de error sobre elementos normativos del tipo, concluyendo finalmente que no es un impedimento a tal fin.

¹²⁹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “¿Error de tipo o error de hecho?”, *op. cit.*, pp. 218 y 219: “podría interpretarse que, al utilizar la palabra <<hecho>> en el artículo 14.1 (y 2) CP, se quiere poner de relieve que el sujeto se equivoca sobre lo que hace, sobre las circunstancias de su propio hecho”. Además, el autor se sirve de otra serie de argumentos en pro de la aplicación directa del art. 14.1 CP a los supuestos de error que nos ocupan. Así, centrándose en los usos lingüísticos del término, señala que: “no se comprende muy bien por qué resulta sencillo identificar <<persona>> (elemento predominantemente descriptivo) o <<radiación ionizante>> (elemento no desde luego no predominantemente normativo) con <<hecho>> y no hacerlo cuando se trata de <<funcionario>> o <<documento>>”. Por último, añade que “en la Filosofía analítica es perfectamente correcto y usual hablar de hechos institucionales (sociales, jurídicos, etc.) frente a los hechos naturales”.

¹²⁹³ A este respecto, resultan muy ilustrativas las siguientes palabras de MIR PUIG, S., “Comentarios al Capítulo primero, del Título primero, del Libro primero del nuevo Código penal”, en *El nuevo Código penal y la ley del jurado*, Universidad de Sevilla, 1998, pág. 23: “No todo error de derecho constituye

parecen ser, en relación a este tema, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹²⁹⁴, ZIFFER¹²⁹⁵ y PATALANO¹²⁹⁶, al afirmar que la creencia errónea de que la agrupación con la que se colabora, o en la que uno se integra, persigue fines de carácter no delictivos, constituirá un error de tipo. El efecto de ello será, según estos autores, la exclusión del dolo, y, con ello, la atipicidad de la conducta realizada. Ello es ciertamente así, pues el error recae en este caso sobre un elemento de carácter esencial del delito, del que depende, por tanto, la existencia misma de la infracción¹²⁹⁷. Piénsese que la finalidad delictiva es lo que explica primordialmente la antijuridicidad de la conducta¹²⁹⁸, pues, en otro caso, esto es, de perseguirse fines o emplearse medios no tipificados como delito, se estaría actuando por parte de cada uno de los miembros de la agrupación en el ejercicio legítimo del derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22 CE¹²⁹⁹, no siendo ilegal la asociación.

Una vez aclarado el tratamiento jurídico-penal que dar a los errores sobre el carácter delictivo de la finalidad de la agrupación criminal, cabe ahora preguntarse por los supuestos en que en la práctica tal error puede darse. ¿Es factible que un sujeto

“error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”. No lo es el error sobre un elemento normativo jurídico del tipo, porque de por sí no supone desconocimiento de que el hecho típico sea ilícito. Así, p. ej., la creencia errónea de que la cosa tomada es propia y no ajena, aunque proceda de un error de derecho, no tiene por qué ir acompañada del desconocimiento de que el hurto es ilícito. [...] Esto supone que todo error sobre un elemento normativo, aunque sea de derecho, deberá considerarse error sobre “un hecho... de la infracción penal” (nº 1 del art. 14). [...] aunque el error sobre un elemento normativo sea de derecho, acaba suponiendo una errónea apreciación del hecho típico. Así, p. ej., el que cree erróneamente que el Derecho civil le confiere la propiedad sobre la cosa que toma, está creyendo realizar un hecho distinto al que realiza, de tomar una cosa ajena”.

¹²⁹⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 320 y 321.

¹²⁹⁵ ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 82. También así en Argentina, DONNA, E.A., “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C”, *op. cit.*, pág. 311: “cualquier tipo de error sobre este elemento de la asociación -en referencia al fin delictivo - elimina el dolo”.

¹²⁹⁶ PATALANO, V., “L’associazione per delinquere”, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

¹²⁹⁷ MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte General”, *op. cit.*, pág. 270, define los “elementos esenciales del tipo”, frente a los “elementos accidentales del tipo”, como “elementos de los cuales depende la presencia del delito de que se trate”.

¹²⁹⁸ Así, POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 111 y 112: “en ese fin delictivo se sitúa un aspecto clave en la incriminación positiva de estos delitos sistémicos. [...] “la punibilidad de una conducta objetiva y eminentemente neutral se hace depender de la presencia de una finalidad delictiva”. No obstante, con acierto señala también el autor que es la finalidad delictiva unida al elemento asociativo lo que explica el injusto sistémico de estos delitos, que él define como una lesión de la seguridad cognitiva-normativa. Y es que el objetivo delictivo *per se* es un elemento neutro habida cuenta de que “es un pensamiento y los pensamientos no delinquen (*cogitationis poenam nemo patitur*)”. La exteriorización de la finalidad delictiva a través de la creación de una estructura con medios logísticos y personales idóneos para alcanzar tal fin es lo que legitima la punición de las conductas de los arts. 570 bis y 570 ter CP, como ya vimos en el capítulo atinente al bien jurídico.

¹²⁹⁹ Establece el art. 22 CE que: “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales”. Por su parte, y en el mismo sentido, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, se refiere en su Exposición de Motivos (apartado 1) al derecho fundamental de asociación como “tendencia natural de las personas” e “instrumento de participación”, proclamando más adelante, en su art. 1, que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos”, y que “las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales” (apartados 1 y 7 del citado artículo, respectivamente).

constituya una organización o un grupo criminal desconociendo que su fin es constitutivo de delito?, ¿puede un sujeto integrarse en una agrupación delictiva creyendo erróneamente que el fin perseguido por la misma no es delictivo? De entrada, lo cierto es que tales supuestos parecen difícilmente imaginables, sobre todo en lo que respecta a las conductas típicas de primer nivel, esto es, las de promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización criminal, toda vez que en el proceso de creación de una asociación va implícita la determinación de sus objetivos o fines. Nadie crea una agrupación o asociación -ya de modo “oficial”, dotándola de personalidad jurídica, ya de modo informal, como un ente sin personalidad jurídica -que no persiga unos fines determinados, pues la razón de ser de la agrupación de las personas radica precisamente en la persecución de unos objetivos comunes¹³⁰⁰. ¿Cómo crear o dirigir una agrupación estable con fines delictivos sin percatarse del carácter delictivo de éstos? También en los casos de participación activa en organización o grupo criminal resulta difícil imaginar supuestos de este tipo habida cuenta de que esta conducta requiere, como vimos, de una vinculación permanente al entramado delictivo, y de una participación en sus actividades¹³⁰¹. Recordemos que el sujeto activo de esta conducta es un “intraeus”, miembro de la agrupación delictiva, y como señalaba DONNA, tal condición implica “algo similar a asociarse a un club, de manera que el sujeto acepta los términos de la ley que rige la institución, lo que incluye la finalidad delictiva, como es obvio”¹³⁰². Esta dificultad en visualizar supuestos de error sobre el carácter delictivo de la agrupación de la que se es miembro podría reducirse en el caso en que la agrupación persiga simultáneamente fines delictivos y fines lícitos. No obstante, también en estos casos resultaría complejo estimar tal error de tipo, pues, como vimos, al analizar los conceptos de organización y grupo criminal, el fin delictivo ha de tener una importancia sustancial en el marco de la agrupación para la aplicación de los arts. 570 bis y 570 ter

¹³⁰⁰Nótese que el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, refiere que el derecho fundamental a asociarse libremente que tienen todas las personas es para “la consecución de fines”, que deben ser lícitos. Si bien la creación y la integración de una organización con fines delictivos no resulta amparada por este artículo, hacemos referencia al mismo para mostrar la idea de que la reunión estable de personas, ya con fines lícitos, ya con fines delictivos, ha de responder a la voluntad de consecución de unos objetivos comunes.

¹³⁰¹Un ejemplo de esta dificultad que referimos lo encontramos en la STS 178/2016, de 3 de marzo. En esta resolución se resuelve, entre otros, un recurso de casación interpuesto por la defensa de uno de los condenados en primera instancia por participar en una organización criminal dedicada a la trata de personas. En el recurso el abogado alega, aunque sin fortuna, que su representado desconocía el estado en el que vivían las nigerianas a las que gestionaba la documentación, en referencia al ejercicio de la prostitución que éstas venían realizando sometidas a coacción por el entramado delictivo (“El recurrente niega que hubiera concurrido al elemento subjetivo del injusto, al no quedar acreditado que tuviera conocimiento de las distintas actividades a las que se dedicaba la organización criminal. Desconoce por tanto el estado de las personas a las que gestionaba los documentos, actividad a la que se dedicaban, o si se realizaba voluntariamente, bajo coacción, etc.”). Como se aprecia, ya de entrada había un error en la alegación del recurrente pues el conocimiento de tal extremo, como elemento objetivo del tipo, constituye el dolo, y no un elemento subjetivo del injusto. El Alto Tribunal desestima el recurso afirmando con rotundidad en el FJ Quincuagésimo-segundo de la sentencia que: “resulta absolutamente inconsistente sostener la ignorancia de la comisión de delitos por parte de la organización, pues el propio recurrente llevó a cabo falsificaciones de tarjetas de crédito y otros documentos que integran uno de los varios delitos que cometía la organización criminal”.

¹³⁰² DONNA, E.A., “*Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C*”, *op. cit.*, pág. 311.

CP, de forma que su estructura ha de estar articulada para la comisión de delitos. Teniendo, por tanto, en cuenta el peso clave del fin delictivo a tal fin, resultará también de entrada difícil que sus integrantes no conozcan del mismo.

En consecuencia, podríamos decir que la conducta típica en la que es más factible imaginar un supuesto real de desconocimiento de los fines delictivos de la organización o del grupo criminal es la de cooperar, o financiar, en el caso del grupo criminal, en tanto que la misma no entraña una vinculación permanente con el entramado delictivo, siendo su autor un *extraneus*. Y es que, se infiere que cuanto más tiempo se encuentre uno conectado con la agrupación, y más estrecha sea su relación con ésta, más difícil será desconocer sus fines, y, por ende, mayor la dificultad para sostener un error de tipo¹³⁰³ por supuesto desconocimiento del carácter delictivo de sus fines y actividades¹³⁰⁴. Pero, el factor a nuestro juicio clave que explica la dificultad que entraña todo intento de visualizar un ejemplo de verdadero desconocimiento del carácter delictivo de los fines de la agrupación radica en la circunstancia de que las actividades delictivas habitualmente perseguidas y desarrolladas por las organizaciones y grupos criminales son generalmente de una antijuridicidad notoria¹³⁰⁵. Piénsese si no en la trata de personas, el robo¹³⁰⁶, la prostitución o el tráfico de drogas, actividades éstas

¹³⁰³ Señala FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 260 -si bien en relación al tipo de cooperar con asociación ilícita, pero sus consideraciones son extrapolables a las conductas homólogas de los tipos que nos ocupan – que “la fundación, la organización o la actividad que se favorece han de ser delictivas, y esta característica debe ser conocida por el autor”, concluyendo que no “puede sancionarse cuando el favorecedor desconoce que su aportación favorece un hecho ilícito”.

¹³⁰⁴ No obstante, no toda alegación que se haga en este sentido triunfará en cuanto al fin de exclusión del dolo, dependiendo todo en última instancia, como es lógico, del juicio del tribunal en torno a la credibilidad del error sobre la finalidad delictiva de la organización o grupo criminal con el que se colabora. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo desestimó en la STS 785/2003, de 29 de mayo, el recurso interpuesto contra la condenada en primera instancia por colaborar con organización terrorista en el que ésta alegaba desconocer la finalidad delictiva de la agrupación con la que cooperaba a través del ocultamiento de herramientas y otros objetos de la banda. Argumentaba el Alto Tribunal en el FJ Tercero que, de la relación de hechos probados, había que concluir que “la recurrente conocía que se le estaba solicitando una colaboración para ETA”, pues -señalaba – “es algo que aparece en las declaraciones de Luis, y que incluso se encuentra en la propia declaración de Marcelina que inicialmente niega que aquél le hiciera entrega de la bolsa para reconocerlo –ante la evidencia– en el Plenario, pero sin dar explicación plausible del primer cambio pero negando el conocimiento de lo que contenía la bolsa”. Concluye su argumentación el tribunal haciendo referencia a la doctrina de la ignorancia deliberada, señalando que, de acuerdo con la misma, no ha de eximirse de responsabilidad penal “a quien pudiendo y debiendo conocer el sentido de su acción se niega a conocerlo, y trata de obtener ventaja de tal situación”.

¹³⁰⁵ Señálese que la jurisprudencia viene afirmando que ciertos delitos por sus propias características presuponen ya el conocimiento de la antijuridicidad por parte del sujeto que los comete. Se habla en este sentido por la jurisprudencia de infracciones de “*carácter elementalmente opuesto al Derecho*”. Así, la SAP Girona 38/2000, de 18 de febrero, FJ Sexto, en relación al desconocimiento del carácter antijurídico de una conducta (error de prohibición), señala en este sentido: “no es posible conjeturar o invocar tales errores en infracciones de carácter natural o elemental cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (Sentencias de 18 de septiembre de 1987, 18 de noviembre de 1991, 11 de octubre de 1996 y 23 de junio de 1999) ni cuando la ilicitud de la conducta resulta evidente para cualquier persona aun sin conocimientos jurídicos elementales (Sentencia de 8 de julio de 1991)”.

¹³⁰⁶ No obstante, PATALANO, V., “*L’associazione per delinquere*”, *op. cit.*, pág. 219, pone el ejemplo en el que un sujeto se adhiere a una asociación que tiene como programa cometer hurtos con ocasión de un carnaval o una fiesta estudiantil, pensando erróneamente que las cosas sustraídas serán después devueltas

tradicionalmente ligadas al fenómeno del crimen organizado, que vienen siendo calificadas jurisprudencialmente como infracciones de clara ilicitud¹³⁰⁷. Y es que, en puridad, para que pudiéramos hablar de error de tipo por el desconocimiento del fin delictivo de la agrupación, en tanto elemento normativo de los tipos de organización y grupo criminal, sería necesario que concurriera un error de prohibición en relación al delito-fin que se está cometiendo en el seno de la agrupación. Y ello, como decimos, es difícilmente dable por la clara contrariedad al ordenamiento jurídico de las actividades normalmente desarrolladas por las organizaciones y grupos criminales. Además, ha de recordarse que, de cara a valorar el conocimiento por parte de un sujeto del carácter delictivo de la conducta que realiza o que pretende realizar, los tribunales y la doctrina reputan como suficiente la mera sospecha sobre tal extremo¹³⁰⁸. Difícilmente el sujeto que comete delitos de tráfico de drogas en el marco de una organización criminal no va a sospechar de que la conducta que realiza es delictiva. Y tal sospecha sobre la antijuridicidad de las conductas realizadas en el marco de la agrupación se traducirá en el conocimiento, ya directo, ya eventual, del elemento integrante del tipo objetivo de organización o grupo criminal conformado por el fin delictivo de la agrupación en que se participa, habiendo, en fin, dolo en la conducta típica de participación activa en organización o grupo criminal. No obstante ello, pudiera encontrarse algún caso - del todo excepcional - en que el carácter delictivo de las actividades desarrolladas por la agrupación en cuestión no fuese tan notorio. Éste es el supuesto enjuiciado en la STS 91/2018, de 21 de febrero, en que una asociación legalmente constituida – la “Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS” -tiene como una de sus finalidades principales, como afirman sus propios estatutos, el “desarrollar y compartir el proyecto [...] de uso compartido” del cáñamo entre sus integrantes. Si bien en los estatutos se afirma que tal actividad se pretende realizar siguiendo las directrices y pautas establecidas por el Tribunal Supremo para la impunidad del consumo compartido de drogas y estupefacientes por personas ya usuarias¹³⁰⁹, el Tribunal Supremo entiende

a sus respectivos dueños, calificando el supuesto de conducta atípica, por la presencia de un error de tipo sobre el fin delictivo de la asociación. A nuestro juicio, la agrupación tal como es descrita en el ejemplo no trasciende de la mera agrupación transitoria para delinquir, habida cuenta de que “se crea” sólo con ocasión de un evento, por lo que no podría hablarse en ese caso de organización criminal. La falta de vocación de estabilidad y la ausencia de una estructura organizada explican la posibilidad de apreciar el error de tipo a este respecto. Si la organización fuese estable, difícilmente podría darse esta equivocación por parte del sujeto.

¹³⁰⁷ Han afirmado el carácter de “infracciones de ilicitud notoria” de tales delitos, negando, por tanto, la posible concurrencia de un error sobre el carácter ilícito de las conductas típicas (error de prohibición), la STS de 21 octubre 1981, en relación al delito de robo (primer Considerando: “...sin que, por lo demás, se pueda ni siquiera conjeturar o presumir, tal error, en una infracción, como es la de robo, de carácter natural y cuya ilicitud y antijuridicidad consta a todos”), la STS de 14 julio 1989, respecto al delito de prostitución (FJ Segundo: “obvio resulta que habida cuenta de las normas de cultura de general conocimiento, es de dominio público el conocimiento del reproche social e incluso de la ilicitud jurídica del «rufianismo»”), y las SSTS de 18 de octubre 1985, 159/2002, de 8 febrero, y ATS de 2 febrero 2000, en relación al delito de tráfico de drogas.

¹³⁰⁸ Véase la STS 865/2005 de 24 junio, FJ Octavo: “existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva”.

¹³⁰⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E., “Lección XXIV. Delitos contra la seguridad colectiva (IV). Delitos contra la salud pública. Segunda parte. El tráfico de drogas”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. I, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, pág.

que los actos de tráfico de droga llevados a cabo en el seno de la asociación no cumplieron los requisitos para afirmar la atipicidad de la conducta de tráfico de drogas: el número de consumidores era muy elevado atendiendo al número de socios de la asociación (290) y las cantidades consumidas resultaban muy altas (un total de 10,4 toneladas de cannabis cada seis meses). Las conductas de cultivo y entrega de la droga llevadas a cabo entre los integrantes de la asociación eran, por tanto, típicas para el tribunal *ex art. 368 CP*, teniendo sus autores conocimiento de lo que realizaban (dolo). No obstante, el Alto Tribunal estima que concurrió en ellos un error de prohibición directo al considerar que creían que la conducta de tráfico de drogas que realizaban era atípica al creer equivocadamente que concurrían los requisitos jurisprudenciales para afirmar la atipicidad del consumo compartido, siendo, por tanto exonerados de pena con independencia del carácter vencible o invencible de dicho error, habida cuenta de que el castigo de la imprudencia no se prevé respecto a las conductas de tráfico de drogas. Y ello tiene como consecuencia indirecta la absolución de los acusados por los delitos de grupo criminal y asociación ilícita por los que venían siendo alternativamente acusados por el Ministerio Fiscal. Señala, a este respecto, el tribunal que “el carácter delictivo (no meramente ilícito) de los hechos que se promueven asociativa o colectivamente constituye un elemento típico” de los arts. 570 ter y 515.1º y 517 CP, y que “ninguna de las dos figuras penales consiente la forma culposa”, lo que le lleva a concluir que “el error (de tipo, se entiende), aun en la hipótesis de que fuese evitable, lleva inevitablemente a ratificar el pronunciamiento absolutorio de la instancia” *ex art. 14.1 CP*¹³¹⁰. No obstante, como decimos, éste es un supuesto excepcional. En la mayoría de ocasiones, como señalamos *supra*, será difícil sustentar un error de prohibición en relación a la conducta delictiva que se perpetra en el seno del grupo u organización criminal. El habitual carácter de notoria ilicitud de los delitos-fin, así como la clandestinidad que caracteriza la actuación de las agrupaciones criminales constituyen datos claros de los que inferir el conocimiento por parte de sus integrantes del carácter delictivo de las actividades realizadas en el marco de la agrupación. En lo que respecta, concretamente, a las agrupaciones dedicadas a traficar con drogas, habrá que estarse principalmente a la nocividad reconocida a la sustancia en cuestión, de forma que, cuando ésta sea cocaína o heroína¹³¹¹, y su cantidad, además resulte abundante, resultará

559, señala como requisitos jurisprudenciales para la afirmación de la atipicidad de la tenencia de drogas destinadas a un consumo compartido: “que todos los destinatarios de la droga sean consumidores, aunque sean esporádicos; [...] que el consumo colectivo se vaya a producir cercano en el tiempo; que se realice en lugar cerrado o, al menos, limitando la posibilidad de difusión de quienes no son consumidores; que la cantidad sea insignificante (que pueda ser consumida de una sola vez); que el número de consumidores sea escaso y que estén determinados; y [...] que la acción sea esporádica e íntima”.

¹³¹⁰ STS 91/2018, de 21 de febrero, FJ Duodécimo.

¹³¹¹ En este sentido, véase, por ejemplo, el ATS de 2 de febrero de 2000, FJ Cuarto, en relación al tráfico y distribución de importantes cantidades de cocaína (“la invocación del error será de todo punto inane cuando, abstracción de opiniones o apreciaciones subjetivas, se trate de sustancias o productos que tienen acreditada y reconocida nocividad en la experiencia clínica, y tal consideración en las resoluciones de los Tribunales, con notoriedad en la comunidad social”), y la STS 159/2002, de 8 febrero, FJ Segundo, sobre un supuesto de tráfico de 730 gr. de cocaína, que destaca la cantidad de droga manejada como criterio para valorar la existencia o no de error sobre la ilicitud de la conducta (“El acusado tiene conciencia de que la posesión de droga para su distribución final entre consumidores, es delito, por la posibilidad de

lógica la inferencia de la conciencia por parte de los sujetos del carácter delictivo de la posesión de la citada droga, en el marco de la agrupación, para su distribución.

Por último, y antes de seguir con el resto de supuestos de error imaginables, cabe hacer una breve alusión a los casos de mutación de los fines de una agrupación, esto es, cuando, por ejemplo una sociedad legalmente constituida y con fines lícitos se transforma, por las causas que sean, en una organización o grupo criminal, al hacer de la delincuencia su fin o medio esencial. En estos casos de mutación fáctica del objeto delictivo, si el sujeto creador de la organización inicialmente lícita continúa vinculado a la organización una vez mutado su objeto en delictivo, habrá de atenderse a si éste es consciente o no de dicho cambio esencial de fines: si es consciente, podrá ser castigado, pero no en concepto de creador, sino de partícipe activo, organizador o colaborador, dependiendo del rol por él desempeñado en la organización tras el cambio de fines; si no es consciente, y ello puede probarse, sí hablaríamos de error de tipo excluyente del dolo. No obstante, de acuerdo con lo anteriormente señalado, ésta última hipótesis es difícilmente imaginable pues, en una organización o grupo criminal, el fin delictivo es el motor principal al que responde la estructura organizativa, habiendo de atenderse especialmente de cara a valorar un posible error al respecto a la notoriedad o no de la antijuridicidad del nuevo fin delictivo de la agrupación.

b. Error sobre la clase de delitos programados por la organización o el grupo criminal.

En este segundo supuesto que imaginamos el sujeto activo de alguna de las conductas típicas de los delitos de organización o grupo criminal conoce que la agrupación en la que participa o con la que colabora tiene finalidades delictivas, pero cree erróneamente que los delitos objeto de la misma son otros diversos a aquéllos cuya comisión persigue en realidad¹³¹². No hay, por tanto, error sobre el elemento esencial del fin de cometer delitos de la agrupación, sino sobre un elemento en principio accidental o accesorio, como es el concreto delito objeto de comisión por la organización o grupo criminal.

La doctrina que se ha pronunciado sobre estos casos de error en relación a las conductas típicas del delito de asociación ilícita ha sido prácticamente unánime en

lesionar o atacar seriamente la salud de aquéllos. Pues bien, si se parte de esta premisa, el más necio de los humanos, deduce que cuanto mayor cantidad de droga se posea para distribuir, mayores son las posibilidades de dañar la salud de terceros, es decir, la cantidad de daño esperable es mucho mayor, y por tanto de mayor gravedad será la pena asignada”).

¹³¹² Es cierto que tales supuestos no resultan muy comunes en la práctica, pues no se encuentran sentencias que se hayan pronunciado al respecto. MIKKELSEN-LÖTH, J.F., “El delito de asociación ilícita”, *La Ley*, T-1996-D, Sec. Doctrina, pág. 1485, señala incluso, en este sentido, que: “resulta ridículo pensaren una asociación donde sus miembros ignoran la naturaleza de los ilícitos a cometer”. Aun así, habida cuenta de que la existencia de errores de este tipo, aunque extraña, puede acontecer, resulta convenientes y necesario pronunciarnos sobre el tratamiento jurídico de los mismos, más aún en los tipos que nos ocupan, que, como sabemos, varían la severidad del castigo de las conductas en función de la gravedad de los delitos concretos objeto de la organización o grupo criminal.

sostener que tal disparidad entre la representación mental del sujeto y la realidad es irrelevante a efectos de apreciar el dolo del tipo¹³¹³, y, en consecuencia, de afirmar la tipicidad de la conducta. Así, ZIFFER señala que no es necesario para su apreciación que el sujeto que realiza alguna de las conductas típicas conozca “concretamente los delitos planeados o cometidos por otros miembros”¹³¹⁴. En el mismo sentido, afirma DONNA que “no se elimina el dolo si el error es sobre la distinta finalidad delictiva, en lugar de robos sólo estafas”¹³¹⁵. En España, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA calificaba también en su momento estas divergencias como errores sin relevancia penal en relación al clásico delito de asociación ilícita por cuanto -afirmaba - “recaen sobre un elemento no “esencial” del tipo que deja a salvo la responsabilidad “dolosa”. Y es que, para el autor “un conocimiento exacto y preciso de los fines perseguidos por la asociación ilícita no puede exigirse del mero “individuo” de la misma, para que su comportamiento se reputa “doloso””, bastando, en su opinión, para considerar la conducta como típica, con que el sujeto “participe en dicha asociación, sabiendo que tiene por objeto “cometer algún delito” y que, por lo tanto, es una asociación ilícita”¹³¹⁶. Sin embargo, a pesar de estas contundentes palabras, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA hace alguna salvedad más adelante a lo afirmado, cuando señala que sí puede ser relevante a efectos de excluir el dolo un error sobre los delitos concretos perseguidos por la asociación en el caso en que “el conocimiento de los fines reales de la empresa criminal hubiera determinado la no afiliación” por parte del sujeto “intrañus”. Siendo seguramente consciente el autor de la dificultad probatoria que su tesis entraña, en cuanto a la prueba a través de un juicio hipotético de lo que el sujeto hubiera hecho de conocer la realidad, propone un elemento objetivo como requisito para apreciar en tales casos el error de tipo, cual es la existencia de una “discordancia absoluta” entre la naturaleza de los delitos que el sujeto cree erróneamente como objeto de la organización y la naturaleza de los delitos cuya comisión constituye realmente el fin de la misma. Así, según el autor no basta a efectos de excluir el dolo “un mero cambio en el título de imputación, si los bienes jurídicos son homogéneos”, de forma que -ilustra - “actúa dolosamente quien se afilia a una asociación, creyendo equivocadamente que ésta tiene por objeto cometer “hurtos”, si lo que persigue es la comisión de “robo””¹³¹⁷. Nosotros no compartimos, sin embargo, la tesis de este autor, pues consideramos que aun en casos de discordancia absoluta entre el fin delictivo real de la organización y el fin que el sujeto miembro que se afilia cree erróneamente que es el objeto de la organización, no ha de excluirse el dolo ya que la conducta típica del delito en cuestión es ser miembro de una asociación ilícita dedicada a la comisión de delitos. Ello sin obviar la dificultad fáctica de demostrar qué hubiera hecho el sujeto de conocer realmente los delitos cuya comisión constituye el fin verdadero de la asociación.

¹³¹³ Nótese que, como señala MUÑOZ CONDE, F. y GACRÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 293, “no todo error del sujeto sobre alguna circunstancia de su hecho constituye error de tipo. [...] algunos errores pueden ser relevantes, a efectos de excluir el dolo, y otros no”

¹³¹⁴ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 82.

¹³¹⁵ DONNA, E.A., “*Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C*”, *op. cit.*, pág. 311.

¹³¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 321.

¹³¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 322.

Si en el tipo de asociación ilícita de tipo criminal el concreto objeto delictivo de la agrupación resulta a todos los efectos irrelevante, no sucede, sin embargo, lo mismo en los tipos penales de organización y grupo criminal que nos ocupan. Y es que, en estos delitos se constata una diferencia importante a este respecto con aquél, pues, mientras en éste último, las penas a imponer sólo varían en función de la tarea concreta desempeñada en la agrupación¹³¹⁸, en los primeros se incorpora un nuevo y adicional criterio de ponderación de las penas que atiende a la gravedad de los delitos que integran el objeto esencial de la organización o grupo criminal. Con ello queremos reseñar que, a diferencia de lo que sucede en el delito de asociación ilícita, en los tipos que nos ocupan el concreto objeto delictivo de la agrupación criminal no es irrelevante del todo, pues, si bien lo es para afirmar la tipicidad de la conducta, no lo es para establecer la pena concreta aplicable al sujeto activo de alguna de las conductas típicas. El error de un *intrañeus* que participa activamente en una organización criminal sobre la modalidad de delitos cuya comisión entraña su objeto, en el sentido, por ejemplo, de creer que el entramado criminal se dedica a la comisión de delitos graves, cuando en realidad tiene como finalidad la perpetración de delitos menos graves, no excluye el dolo, y, por tanto la tipicidad de la conducta, pero ha de tenerse en cuenta de alguna otra manera. No obstante, no todo el mundo parece opinar de esta forma en el terreno doctrinal. GARCÍA ALBERO, por ejemplo, parece concebir la concreta modalidad de delitos objeto del entramado delictivo como elemento esencial del tipo objetivo del delito de organización criminal, cuyo desconocimiento llevaría a no aplicar el delito, al afirmar que el “dolo [...] exige [...] un cabal conocimiento de la clase de delitos para los que la organización está concebida, y en consecuencia prepara y ejecuta”¹³¹⁹.

A nuestro juicio la gravedad concreta de los delitos que persigue la organización o el grupo criminal constituye un elemento meramente accidental del tipo, y entendemos que el desconocimiento o error sobre este elemento habría de manejarse como si de un error sobre una circunstancias agravante o atenuante del tipo se tratase. Es cierto que, en puridad, no estamos ante subtipos agravados ni atenuados propiamente dichos, pero sí ante circunstancias cuya concurrencia hace variar la pena final a imponer, por lo que estimamos que el tratamiento del error en éstas puede asimilarse al que se da en aquéllos.

Por tanto, en el caso en que concurriese el error sobre un elemento que redunde en una agravación de la pena, en el sentido de que el sujeto crea que la organización con la que colabora tiene la finalidad de cometer delitos leves, cuando en realidad su fin es la perpetración de delitos leves, podría aplicarse por analogía lo dispuesto en el art. 14.2

¹³¹⁸ Así lo señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 321: “las penas que establece nuestro Código son las mismas para “fundadores”, “directores” y “presidentes” -por una parte -y para los “meros individuos”, sea cual fuere el delito o delitos proyectados por la asociación”.

¹³¹⁹ GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2162.

CP¹³²⁰. Nótese que sería una aplicación analógica de la norma penal a supuestos no estrictamente incluidos en su tenor literal¹³²¹, pero con estrecha semejanza a éstos, que repercutiría en un beneficio para el reo, y, que, por tanto, estaría permitida por ser “in bonam partem”. En consecuencia, en estos casos *ex art.* 14.2 CP se castigará al sujeto en función de su representación errónea, lo que llevaría en el ejemplo antes propuesto a imponerle la pena correspondiente por colaborar con una organización dedicada a la perpetración de delitos leves, siempre y cuando, claro está, que se descarte completamente la existencia de dolo eventual respecto a la realidad de las circunstancias, en el ejemplo, colaborar con una organización dedicada a cometer delitos graves. Y es que la representación de tal posibilidad en la mente del sujeto haría subsistir el dolo, si bien eventual, respecto a la conducta realmente realizada, no pudiendo hablarse de error de tipo.

Más problemático en aras a su calificación jurídica sería, sin embargo, el supuesto de error de tipo opuesto, esto es: el caso en que el sujeto crea erróneamente que se integra o colabora con una organización dedicada a la comisión de delitos graves, cuando en realidad su objeto consiste en la perpetración de delitos leves o menos graves. Y es que el art. 14 CP nada dice en relación a los errores sobre hechos que atenúen la infracción o sobre circunstancias atenuantes. Ante este silencio, un sector de la doctrina propone tratar los errores sobre circunstancias atenuantes de igual forma que los errores sobre circunstancias agravantes, que sí vienen expresamente abordados por la ley, como hemos visto. GIL GIL afirma, en este sentido, que “aunque nada se diga, la solución debe ser la misma que para el tipo cualificado, pues al faltar el dolo del tipo privilegiado este no se ha realizado, debiendo comprobarse si se ha dado el tipo básico”¹³²². También MIR PUIG¹³²³ parece decantarse por esta solución, si bien acudiendo al art. 65 CP, que en su apartado segundo establece que las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en una causa de naturaleza no personal¹³²⁴, esto es, objetiva, y, más concretamente en “la ejecución material del hecho o en los medios

¹³²⁰ Art. 14.2 CP: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”. Nótese que en estos casos el legislador no diferencia en función de que el error sea vencible o invencible, lo que ha llevado a la jurisprudencia y doctrina mayoritarias a interpretar que ambos tienen la misma consecuencia que establece el apartado 2 del art. 14 CP: la no apreciación de la circunstancia agravante.

¹³²¹ El art. 14.2 CP se refiere al error sobre “un hecho que cualifique la infracción” o “una circunstancia agravante”. Lo cierto es que, incluso, sin tener que hacer uso de la aplicación analógica de la ley in bonam partem, podría hacerse uso de una interpretación extensiva del tenor del art. 14.2 CP entendiendo que en el término “hecho que cualifique la infracción” entrarían elementos accidentales típicos que agraven la penalidad.

¹³²² GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica, II: El tipo subjetivo del delito de acción doloso”, *op. cit.*, pp. 232 y 233. No obstante, el ejemplo que pone a este respecto la autora no es el más idóneo en mi opinión, pues se refiere a tipos penales básicos distintos (concretamente, al tipo de cooperación al suicidio del art. 143.3 CP y al tipo de homicidio del art. 138.1 CP), y no a tipos privilegiados referidos a tipos básicos.

¹³²³ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 282.

¹³²⁴ Nótese que para “las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal” el apartado 1 del art. 65 CP dispone que: “agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran”.

empleados para realizarla”, “servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”. No obstante, como ya dijimos en relación al supuesto de error anterior, en estos casos no estamos en puridad ante desconocimientos o errores sobre la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes, sino ante, concretamente en este caso, y usando la terminología de MIR PUIG, errores sobre “elementos típicos accidentales que disminuyen la penalidad (privilegiantes)”¹³²⁵. Si en el supuesto de error opuesto al actual, antes visto, esto es, de error sobre la existencia de elementos típicos accidentales que aumentan la penalidad, considerábamos pertinente aplicar analógicamente en beneficio del reo lo dispuesto en el art. 14.2 CP, en el caso actual, la aplicación analógica del art. 65 CP no nos parece acertada por cuanto se trataría en este caso de una aplicación analógica *in malam partem*¹³²⁶, prohibida unánimemente tanto por doctrina como por jurisprudencia en virtud del art. 4.1 CP¹³²⁷. Entendemos, en consecuencia, al igual que MIR PUIG, que en estos casos no habría de tenerse en cuenta el error sobre la existencia de “elementos accidentales privilegiados”, castigándose al sujeto en virtud de lo que en realidad ha realizado¹³²⁸. En el caso puesto supra como ejemplo -el sujeto que cree erróneamente que se integra o colabora con una organización dedicada a la comisión de delitos graves, cuando en realidad su objeto consiste en la perpetración de delitos leves o menos graves – la tesis propuesta llevaría como consecuencia al castigo del sujeto como partícipe activo o colaborador con una organización que tiene como finalidad perpetrar delitos leves o menos graves con la pena legal correspondiente de prisión de dos a cinco años¹³²⁹. Por otra parte, como señala con acierto MIR PUIG, si bien en relación al tipo penal de amenazas, en estos casos el error se produce en puridad, no tanto por el desconocimiento del “elemento privilegiado”, como por la suposición errónea de la existencia de un

¹³²⁵ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 282.

¹³²⁶ De esta opinión, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 282, que, en relación a los “elementos típicos accidentales que disminuyen la penalidad (privilegiantes)”, establece en relación a los casos de error sobre su existencia: “cuando requieran -los elementos típicos privilegiados, se entiende - que el sujeto actúe impulsado por un determinado motivo, deberían conocerse sus presupuestos. En cambio, es discutible si es extensible el criterio respecto de los elementos accidentales que rebajan la pena por disminución del injusto objetivo. Esta solución (no atenuación en caso de desconocimiento) no parece admisible en cuanto supondría aplicar lo dispuesto en aquel precepto -se refiere el autor al art. 65.2 CP - más allá de su letra y, por tanto, analogía *in malam partem*, prohibida”.

¹³²⁷ Establece el art. 4.1 CP que: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”, consagrando así expresamente el mandato de prohibición de la aplicación analógica de la ley, que no es sino una manifestación concreta del principio de taxatividad penal (“*lex stricta*”). Nótese que la ley no especifica si la prohibición abarca también la “*analogía in bonam partem*”, lo que ha suscitado diversidad de opiniones al respecto. Véase, en este sentido, MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 135. Nosotros entendemos que habría que interpretar el art. 4.1 CP de forma restrictiva, de manera que sólo abarcase la *analogía in malam partem*.

¹³²⁸ También de esta opinión en la doctrina MORALES PRATS, F., “Art. 20.7º”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General (Arts. 1 a 137)*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 147.

¹³²⁹ Establece el art. 570 bis.1 CP que: “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”.

“elemento accidental agravatorio”, esto es, el sujeto supone una situación “que, en comparación con la situación real”, eleva la pena correspondiente. Como apunta este autor la negación de la aplicación del “tipo atenuado” supondría en última instancia “elevar la penalidad por la suposición errónea” de un elemento accidental agravatorio del tipo, lo que, como vimos supra, no resulta lícito¹³³⁰. El ejemplo referido al tipo penal de detenciones ilegales con que ilustra MIR PUIG su argumentación resulta muy clarificador a este respecto. Mantiene el autor, en este sentido, que: “el que deja en libertad a quien tenía encerrado dentro de los tres días de su detención (art. 163.2 CP) pensando erróneamente que este plazo ya había transcurrido, desconoce un elemento que disminuye la pena, pero ello implica inevitablemente la suposición de otro que, en comparación con la situación real, la eleva. Negar la aplicación del tipo atenuado del nº 2 del art. 163 supondría, pues, elevar la penalidad por la suposición errónea del tipo descrito en el nº1 del mismo artículo, lo que ya se dijo que no era lícito”¹³³¹.

Caso distinto a los planteados *supra* sería aquél en que el sujeto desconoce por completo la clase de delitos cuya comisión persigue la organización o el grupo criminal con el que colabora. En puridad, este tipo de supuesto es bastante extraño, pues lo normal es que, al menos haya cierta sospecha, y, por ende, dolo eventual, sobre el tipo de delitos objeto de la agrupación; no obstante, ante la posibilidad, aun remota, de su eventualidad, debe darse aquí una respuesta jurídica al respecto. Póngase el supuesto, por ejemplo, en que un sujeto es víctima de una amenaza, instándosele a entregar una importante suma de dinero a un grupo criminal, desconociendo la víctima de la amenaza por completo a qué se dedica dicha agrupación. Obviando la posible exoneración de la responsabilidad penal del sujeto que colabora con la organización en sede de culpabilidad, a nuestro juicio, en lo que respecta a la tipicidad, cabría apreciarse un error de tipo sobre un elemento accidental del delito, como es la modalidad de delitos objeto de la agrupación, debiéndose resolver tal error mediante una interpretación favorable al reo, aplicando ex art. 14.2 CP el tipo de organización o grupo criminal con menor pena, esto es, en relación a las agrupaciones delictivas que persigan la comisión de delitos no graves.

c. Error sobre otras características de la organización como su concreta estructura, las identidades de los integrantes, sus cualidades o roles concretos por ellos desempeñados o el número de miembros.

Son imaginables, en tercer lugar, supuestos en que el sujeto que realiza alguna de las conductas típicas de los arts. 570 bis.1 o 570 ter.1 CP desconoce aspectos concretos de la agrupación criminal en la que se integra o con la que colabora. Esto es, el sujeto conoce que el entramado tiene como fin la comisión de delitos, que es un elemento, como dijimos, esencial del tipo, pero desconoce o tiene una representación errónea sobre otras características de la agrupación como pudieran ser su estructura o

¹³³⁰ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 283.

¹³³¹ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 283.

forma concreta de funcionamiento o la identidad o el número de los integrantes de la misma. Pues bien, en este sentido, DONNA es tajante sobre el tratamiento de ciertos de estos errores al afirmar que “no se elimina el dolo si [...] se cree que la sociedad no tiene jerarquías y las tiene, o si el error versa sobre las modalidades de la banda o las calidades de los miembros¹³³²”. Compartimos la opinión del autor argentino y es que, al igual que sucede en el tipo argentino de asociación ilícita, en los tipos españoles, los arts. 570 bis y 570 ter CP, que nos ocupan, no se exige que la organización ni el grupo criminal ostenten una determinada estructura ni que desarrollen un funcionamiento específico, como tampoco se reclama el conocimiento mutuo entre sus integrantes, ni que éstos ostenten determinadas características, configurándose los delitos como tipos comunes. Ya vimos, de hecho, al analizar los conceptos legales de organización y grupo criminal cómo, a pesar de que la atribución de penas a las conductas típicas se haga en función de la relevancia del rol desempeñado, es posible subsumir en estos conceptos agrupaciones con una estructura no jerárquica, pues nada dicen sobre este aspecto los arts. 570 bis.1.II y 570 ter.1.II CP¹³³³. Lo mismo sucede en lo que se refiere a las condiciones personales de los individuales integrantes¹³³⁴ o a la relación entre ellos existente, circunstancias estas sobre las que la ley guarda absoluto silencio, pudiendo en consecuencia concebirse *ex lege* agrupaciones con todo tipo de miembros y de relaciones interpersonales. En la doctrina, ha sido ROMA VALDÉS uno de los que más ha enfatizado en este aspecto, señalando, al hilo del análisis del tipo subjetivo del delito de organización criminal, que “el sujeto debe conocer y prestar su voluntad a la materialización de los elementos objetivos [...] no siendo exigible en este punto un conocimiento concreto de los detalles de la organización [...] Por otra parte, la autonomía de este delito con los que pueden constituir el objeto de la actividad criminal supone que los sujetos no tienen por qué conocer los actos concretos de ejecución de esos otros delitos ni la participación en ellos de quienes sean sujetos activos de los mismos”¹³³⁵. Obvia - aunque no por ello innecesaria - resulta, desde luego, esta última

¹³³² DONNA, E.A., “*Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C*”, *op. cit.*, pág. 311.

¹³³³ Recuérdense los conceptos legales de organización y grupo criminal. El art. 570 bis.1.II CP dispone: “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”, y el art. 570 ter.1.II CP: “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, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

¹³³⁴ En relación a este aspecto señala RUBIO, Z. L., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 156 que: “Las personas de los asociados no tienen valor ante la ley, que sólo considera el número”, y, anteriormente (pág. 20): “Tampoco se pierde la identidad por el hecho de que el agente se asocie con unas u otras personas, ya que lo que cuenta para la ley es el número de tres o más”.

¹³³⁵ ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 799. También hace hincapié sobre este último aspecto la Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 17 cuando afirma, en relación al elemento intelectual del dolo en el delito de organización criminal, que: “Tampoco es necesario que el conocimiento del sujeto activo alcance necesariamente todos y cada uno de los actos concretos ejecutados por los distintos miembros de la organización en la ejecución de su plan criminal. Al respecto, no debe confundirse la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a la organización criminal con la exigible por la comisión de los distintos delitos y/o faltas que puedan llegar a ejecutarse en su seno, ya que la responsabilidad por estos hechos deberá sujetarse a las reglas generales de autoría y participación, proscribiéndose presunciones de

aclaración si atendemos a que la comisión efectiva de los delitos objeto de la organización del grupo criminal no constituye un elemento o requisito del tipo objetivo, bastando para la apreciación de estos tipos con la corroboración de la existencia de una finalidad de perpetrar delitos por parte del entramado colectivo, y, en consecuencia, de manera mediata, por parte de sus miembros.

En lo que hace a la cuestión del eventual requerimiento al sujeto activo de los delitos que nos ocupan de un conocimiento detallado de las labores realizadas por el resto de integrantes, cabe decir que tanto la Fiscalía General del Estado¹³³⁶, como el Tribunal Supremo¹³³⁷, vienen negando tal exigencia, afirmando, en consecuencia, que estos tipos serán aplicables aun cuando el sujeto activo en cuestión desconozca pormenorizadamente las labores encomendadas al resto de integrantes. Dejando de lado el tipo del art. 570 ter CP, cuya letra ni siquiera menciona el reparto de roles como característica del concepto de grupo criminal, lo cierto es que el tipo del art. 570 bis CP, al definir el concepto de organización criminal, hace referencia a un genérico reparto de tareas entre los integrantes, exigencia de la que, desde luego, no se colige el requerimiento del conocimiento detallado por éstos de las minuciosidades de ese reparto. Esto es: a nuestro juicio, de cara a la apreciación del dolo, es suficiente con que el sujeto autor de la conducta típica del art. 570 bis.1.I CP de que se trate conozca que la agrupación a la que pertenece o con la que colabora tiene como base de funcionamiento un reparto subyacente de tareas entre sus integrantes, sin que se le requiera, como hemos dicho, el conocimiento de la tarea concreta asignada a cada integrante.

Algo más compleja es la cuestión concerniente al número de miembros, y es que sobre esta circunstancia sí existe alguna referencia en el tipo, que, además de expresa, es concreta. Nótese que tanto la definición legal de “organización criminal”, como la de “grupo criminal”, esto es, de las agrupaciones o entes sobre las que se realizan las conductas típicas, vienen exigiendo un mínimo de al menos tres sujetos integrantes de

responsabilidad por el acto ilícito ejecutado derivadas del mero hecho de formar parte de la organización”.

¹³³⁶ Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 16, que afirma, en relación al dolo del tipo de organización criminal, que: “no es exigible para apreciar su existencia que los diferentes niveles o escalones se conozcan entre sí o que sus miembros conozcan detalladamente las funciones de todos los partícipes, pues la supervivencia del proyecto criminal queda asegurada precisamente por el contexto organizativo con independencia de las personas concretas que intervienen en cada una de las operaciones a realizar”.

¹³³⁷ STS 227/1999, de 20 febrero, FJ Cuarto, si bien en relación al subtipo agravado de tráfico de drogas por pertenencia a organización delictiva, que afirma a este respecto: “Para integrar la agravación específica, no es necesario que se encuentre un organigrama en el que se detallen todas y cada una de las actividades encomendadas a cada uno de los componentes del grupo, es suficiente con que exista un entramado que funciona coordinadamente para potenciar las posibilidades del tráfico y difusión de la droga, sin que tampoco sea exigible que cada uno de los integrantes del grupo conozca pormenorizadamente las misiones encomendadas a todos los partícipes en particular. En el caso presente tenemos una afirmación fáctica, reforzada por los razonamientos jurídicos, que nos sitúa ante unas actividades de integración o pertenencia en un colectivo dedicado específicamente al tráfico y difusión de drogas, en el que ambas recurrentes participan conscientemente aunque puede admitirse, a efectos dialécticos, que su colaboración no es tan relevante como la de alguno de los otros integrantes del grupo”.

cara a la apreciación de los tipos. En concreto, en este caso podría decirse que estamos ante un error que no recae sobre un elemento descriptivo del tipo, sino sobre un elemento normativo, o de contenido valorativo, del tipo¹³³⁸, por cuanto el error se refiere a un requisito exigido por los conceptos legales de “organización criminal” y “grupo criminal”, por lo que, en última instancia, se trata de un error sobre estos conceptos¹³³⁹. Y, en puridad, lo mismo ocurriría, aunque no lo especificamos supra, con el elemento del “reparto de roles”, que también forma parte, si bien en este caso exclusivamente, del concepto de organización criminal. Siguiendo la clasificación efectuada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que ha estudiado con detenimiento el concepto de “elemento normativo del tipo penal”, habría que decir que los conceptos de “organización criminal” y “grupo criminal” constituirían concretamente “elementos normativos jurídicos”¹³⁴⁰, y, dentro de éstos, “elementos normativos jurídico-penales”¹³⁴¹, por estar definidos en normas, como indica el término, jurídico-penales, en este caso, en los arts. 570 bis.1.II y 570 ter.1.II CP. En consonancia con ello, y siguiendo otra de las clasificaciones marcadas por este autor, los conceptos de organización y grupo criminal serían elementos normativos “específicos” o

¹³³⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pp. 40-42, que ha estudiado con detenimiento este tipo de elementos típicos, señala a MAYER como el descubridor de los mismos, en el sentido de ser el primero en hacer constar la existencia en el tipo objetivo, junto a los clásicos elementos descriptivos – que serían “descripciones accesibles a la percepción sensorial” –, de elementos normativos, esto es, “elementos con contenido valorativo”, “inaccesibles a la percepción sensorial” pues “no existen en el mundo exterior, sino sólo en el mundo jurídico, poseyendo por tanto carácter valorativo”. Como ejemplos dados por MAYER de elementos normativos en los tipos penales de la época en el StGB se citan la ajenidad de la cosa, la falsedad del hecho, o el maltrato. A pesar del carácter peculiar de estos elementos, que podría llevar a defender que el error sobre los mismos constituye un error sobre la prohibición, y, por ende, un error a analizar en sede de culpabilidad, el autor entiende preferible concebirlos como elementos del tipo, tratando el error sobre los mismos como error de tipo, excluyente del dolo.

¹³³⁹ No sucedería lo mismo en los tipos penales análogos de otros códigos penales nacionales. Así, por ejemplo, el tipo penal argentino de asociación ilícita incluye ya como requisito del tipo que la asociación en la que se toma parte esté formada por tres o más personas, erigiéndose ya el número de tres miembros en elemento descriptivo del tipo. Véase su art. 210, que reza: “Será reprimida con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación”. Por el contrario, otros tipos nacionales como el alemán (§129 StGB) obvian toda referencia legal al número mínimo de integrantes de la asociación criminal.

¹³⁴⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 89, define los “elementos normativos jurídicos del tipo” como “aquellos en que las normas con que guardan relación son normas jurídicas. Las mismas pueden ser normas jurídicopenales y normas de otras ramas del ordenamiento jurídico”.

¹³⁴¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pp. 89 y 90, define los “elementos normativos jurídicopenales del tipo” como “aquellos que guardan relación con normas jurídicopenales”, como ejemplo hace referencia a los términos “delito”, “falta”, “autoridad”, “funcionario público”, “incapaz” o “documento”, términos cuya definición se encuentra recogida en el Código Penal. Frente a estos elementos se encontrarían, según el autor, los “elementos normativos jurídicos extrapenales”, que son -en sus palabras- “los que guardan relación con normas jurídicas de ramas del ordenamiento distintas del Derecho penal”. Sería un ejemplo de esta última modalidad de elementos normativos jurídicos, según el autor, “el “matrimonio”, a que se refiere, entre otros, el artículo 217 CP”, o “la “patria potestad” (y otras similares: “tutela, guarda o acogimiento familiar”, que menciona, entre otros, el artículo 226 CP”.

“explícitos”¹³⁴² por cuanto se encuentran recogidos de forma escrita en los citados preceptos de la parte especial del código, y elementos “de sentido”, en tanto que son estos preceptos o “normas de referencia” las que ayudan a aprehender el sentido del término, en oposición a los llamados “elementos normativos “de valor”, como el término “cruelmente” del antiguo art. 632.2 CP, que carecen de norma de referencia alguna a estos efectos, aludiendo per se a una valoración¹³⁴³.

Aclarada la naturaleza valorativa del elemento sobre el que recae el error que se toma como hipótesis, insta a continuación aclarar algo sobre su tratamiento. Imagínese el caso – poco común de facto, pero posible – en que un sujeto crea erróneamente que se integra en una agrupación de sólo dos miembros, contando con él mismo, cuando en realidad son tres los integrantes, ¿tiene relevancia ese error?, y, en caso afirmativo, ¿cómo habría de valorarse? En el caso concreto que nos ocupa, habida cuenta de que el elemento “organización criminal” es valorativo, y no descriptivo, y pertenece, por ende, al mundo jurídico, y no al “sensorial”, ¿habría de exigírsele a los ciudadanos un conocimiento exacto de la definición de “organización criminal” contenida en el art. 570 bis.1.II CP –“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” -? A nuestro juicio dicha conclusión, resultante de la equiparación del tratamiento jurídico del error respecto a los elementos valorativos con el tratamiento dado a los elementos descriptivos del tipo objetivo, resulta excesiva. No podemos pedirle tanto a los ciudadanos. Tal nivel de exigencia, imposible de colmar en la realidad por parte de los sujetos, redundaría finalmente en una insoportable inseguridad jurídica. Es necesario, por tanto, dotar al error sobre los elementos normativos del tipo objetivo de un tratamiento jurídico único e individual, que atienda a la problemática de la naturaleza de estos elementos. A este respecto, el tratamiento que propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO parece bastante coherente. Este autor sostiene que “cuando el legislador utiliza elementos normativos en sus tipos lo hace frente a la generalidad de los ciudadanos y partiendo del hecho de que el hombre medio ideal es capaz de conocer determinadas relaciones, situaciones, datos o

¹³⁴² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pp. 82 y 83. El autor define estos “elementos normativos del tipo específicos” como “aquellos que aparecen como elemento peculiar o privativo de ese tipo, sirviendo con el resto de los elementos típicos para distinguir ese tipo de otros, delimitando la materia de prohibición a que concretamente se refiere ese tipo”.

Frente a estos elementos, estarían los llamados, por oposición, “elementos normativos del tipo generales o implícitos”, que son “comunes a todo tipo o a grupos de tipos y que normalmente no están expresados en cada precepto la parte especial, sino que se derivan de construcciones dogmáticas o de preceptos de la parte general”, como la autoría o las formas de participación en el delito.

¹³⁴³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 92. El autor define los “elementos normativos de sentido” como “aquellos en que las normas de referencia hacen (o mejor, ayudan a hacer) comprensible su sentido”, dando como ejemplo de este tipo de elementos los términos “documento” y “funcionario”, a los que nosotros podríamos añadir los de “organización criminal” y “grupo criminal”. Por el contrario, los elementos normativos “de valor o referidos a valores” serían, según el autor, los “que implican ya una valoración, normalmente negativa”, proponiendo como ejemplos de éstos los “actos de exhibición obscena” del art. 185 CP, o el término “cruelmente” del ya derogado art. 632.2 CP.

hechos de carácter jurídico, social, religioso, etc., sin necesidad de conocer las normas constitutivas de los mismos y sin que tenga tampoco que saber darles nombre (ni menos aún encuadrarlas en un tipo o en un elemento típico)”¹³⁴⁴. Se propone así, por el autor, la utilización del criterio del conocimiento del “hombre medio ideal” en aras a marcar cuáles serían esos conocimientos básicos sobre los elementos valorativos del tipo a exigir a la generalidad de los ciudadanos, conocimientos éstos que él denomina “sentido o significado material auténtico del elemento” valorativo¹³⁴⁵. De acuerdo con ello, el autor sostiene que “cuando un sujeto no conoce la concurrencia en el hecho del elemento típico de que se trate en todo su sentido o significado material auténtico, entonces -y solo entonces -estaremos ante un error de tipo excluyente del dolo”¹³⁴⁶. Muy cercana a la postura de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO resulta la tesis de GIL GIL. Afirma esta autora que “cuando se trata de elementos normativos del tipo, el conocimiento que supone el dolo no se refiere a una valoración jurídicamente exacta del elemento en cuestión, sino que basta para afirmar el dolo con que esos elementos se comprendan con una “valoración paralela del autor en la esfera del profano”¹³⁴⁷.

Aplicando estas tesis a la problemática que nos ocupa, tendríamos que preguntarnos a continuación, siguiendo la terminología de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, acerca del “sentido material auténtico” de los elementos valorativos “organización criminal” y “grupo criminal” de los tipos penales de los arts. 570 bis y 570 ter CP respectivamente. ¿Qué entendería por “organización criminal” y “grupo criminal” el “hombre medio ideal”? A nuestro juicio, y en lo que respecta al requisito concreto del mínimo de tres integrantes, parece que el sentido común, por el que se rige ese “hombre medio ideal”, llevaría a pensar en una organización o grupo criminal como agrupación constituida por una pluralidad de sujetos, lo que parece conectar en nuestra opinión con un número mayor al de dos personas. Así, en el caso en que un sujeto crea erróneamente que se integra en una agrupación de sólo dos miembros, contando con él mismo, cuando en realidad son tres los integrantes habría de apreciarse, de acuerdo con lo que sostenemos, un error sobre la existencia del elemento valorativo “organización criminal” o “grupo criminal”, según sea el caso, en cuanto agrupación de al menos tres miembros, que excluiría el dolo en cuanto error sobre un elemento esencial del tipo. De la misma opinión es la autora argentina RUBIO, que afirma, en este sentido, que: “el dolo debe abarcar el conocimiento de que los componentes de la asociación son tres o

¹³⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 379.

¹³⁴⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 388, establece, a estos efectos, como cuestión clave “a efectos de error la fijación del sentido auténtico de los elementos del tipo, y con ella nuevamente, del objeto del dolo”, alertando a continuación de que: “en algunos casos el elemento ofrecerá pocas dudas, pero en otros el sentido del mismo no estará tan claro y será necesario determinarlo mediante interpretación, [...] pudiendo llegarse a interpretaciones diferentes sobre el sentido de un mismo elemento”.

¹³⁴⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 379.

¹³⁴⁷ GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica, II: El tipo subjetivo del delito de acción doloso”, *op. cit.*, pp. 230 y 231.

más; [...] si alguno de ellos ignora esa circunstancia, por ejemplo, si convino actuar con uno solo, habiéndosele ocultado la intervención de los demás, no sería culpable, por el error que recae sobre uno de los elementos del delito”¹³⁴⁸. Nótese, no obstante, que en el tipo penal argentino homólogo al nuestro, el de asociación criminal, el requisito de la existencia de al menos tres sujetos en la agrupación está presente ya en la misma letra del art. 210 CP, erigiéndose por tanto como elemento descriptivo del tipo, por lo que el tratamiento de los supuestos de error sobre su existencia resulta más sencillo: calificación como un error sobre elemento descriptivo esencial del tipo, excluyente del dolo.

d. Error sobre el “carácter mafioso” de la organización criminal

Como en su momento señalamos, defendemos una interpretación restrictiva del concepto de “organización criminal” como agrupación delictiva de tipo mafioso, en conexión con el injusto sistémico complementario a la lesión a la seguridad colectiva que le adjudicamos, consistente en la puesta en peligro del correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas. Concebida así la organización criminal como agrupación ideada para servirse sistemáticamente de la intimidación, y, potencialmente de la violencia, para corromper a funcionarios, jueces, empresarios y ciudadanos varios de la sociedad civil, y obtener así beneficios, el desconocimiento de dicha característica inherente al concepto de organización criminal por parte de alguno de sus miembros activos o colaboradores habrá de calificarse como error de tipo sobre un elemento esencial del tipo objetivo, en la interpretación restrictiva que mantenemos del mismo.

Realmente tales hipótesis de error son muy extrañas de concebir en relación a los integrantes de la organización criminal, en tanto que, como miembros, vinculados a los códigos normativos y reglas de la agrupación, habrán de conocer los entresijos del funcionamiento de la agrupación. Ellos mismos son, además, víctimas de la intimidación, y potencialmente de la violencia, habida cuenta de que las mismas se utilizan instrumentalmente no sólo *ad extra*, sino también *ad intra* de la agrupación, como medio para conseguir el sometimiento de los miembros. No obstante, sí son en principio imaginables -aunque también raros en la práctica -supuestos de error de este tipo por parte del *extraneus* que colabora con la organización criminal. Así, pudiera suceder que un tercero colaborase con una organización criminal desconociendo que, además de dedicarse a delinquir, la misma emplea sistemáticamente la intimidación, y, en general la corrupción, para conseguir el beneplácito de empresarios y miembros importantes de la sociedad civil, y, con ello, beneficios económicos, y, en su caso, políticos. En tal caso, -y siempre, claro está, que no pueda apreciarse ni siquiera una sospecha al respecto, pues en tal caso se apreciaría el dolo eventual en la conducta de colaborar con organización criminal -, habrá de apreciarse, como adelantamos, un error sobre un elemento esencial del tipo, que llevará a la calificación de la conducta como

¹³⁴⁸ RUBIO, Z. L., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 20.

atípica *ex art. 570 bis.1 CP*. No obstante, ello no quiere decir que la conducta necesariamente quede impune, pues el sujeto, pese a desconocer el carácter mafioso de la organización con la que colabora, sí conoce que la misma se dedica a delinquir con vocación de estabilidad, contribuyendo conscientemente al mantenimiento del injusto sistémico de lesión a la seguridad colectiva. Así, si su conducta consistió en una colaboración de tipo económico, la misma será subsumible, en tanto dolosa, en el tipo de financiación de grupo criminal.

En el caso en que la colaboración no fuese de tipo económico, la conducta *de lege lata* sí quedaría en la impunidad ya que actualmente sólo se prevé en el art. 570 ter CP el castigo de la financiación, como forma específica de cooperación con el grupo criminal. Quizás fuese conveniente una ampliación del tenor literal de la ley a los actos de colaboración en general funcionales para con el mantenimiento del injusto sistémico del grupo criminal.

e. Error específico en relación a la conducta de colaboración con organización o grupo criminal: el error sobre la identidad del beneficiario del acto de cooperación.

Es imaginable en cuarto lugar un supuesto de error específico en relación a la conducta de cooperar con una organización criminal o financiar un grupo criminal. Nos referimos a las hipótesis en que el sujeto realice alguna de estas conductas representándose incorrectamente que el sujeto beneficiario de su aportación es un individuo concreto, y no la organización o el grupo criminal. Los casos concretamente imaginables a este respecto son dos: uno, en el que el sujeto desconozca la pertenencia del individuo con el que coopera a una organización o grupo criminal, y otro, en el que el cooperador o financiador conoce tal circunstancia o se representa su posibilidad, pero piensa erróneamente que su acto de colaboración no va a tener incidencia alguna en el entramado criminal al que el sujeto pertenece, cuando realmente sí la tiene. El tratamiento del primer caso es a nuestro juicio claro: existe un error sobre un elemento esencial del tipo, ya del de organización criminal, ya del de grupo criminal, pues tanto el art. 570 bis como el art. 570 ter CP se refieren a la agrupación criminal como beneficiaria necesaria de la aportación. Nótese que el primero hace referencia, a este respecto, a los que “cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma”, en referencia a la organización criminal¹³⁴⁹, mencionando el segundo, por su parte, a los que “financiaren [...] un grupo criminal”. Lo mismo sucede en relación al tipo homólogo previsto en sede de terrorismo, el art. 577 CP, que hace alusión, en este sentido, a la realización de un “acto de colaboración con las actividades o finalidades de una organización”. Ya vimos, además, al analizar las características que la jurisprudencia viene señalando en relación a este delito, que una de ellas se refería a la

¹³⁴⁹ Nótese que lo mismo sucede con el tipo aún vigente de cooperación con asociación ilícita, al referirse el art. 518 CP a “los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones”.

exigencia de que -transcribiendo la STS 1171/1992, de 26 mayo -los actos de colaboración “se dirijan al favorecimiento de las previsibles acciones del grupo, y no traigan causa de las normales consecuencias de las acciones «intuitu personae»”¹³⁵⁰. Este último fragmento puede ser ilustrativo de cara a resolver la segunda de las hipótesis supra mencionada: el caso en que el sujeto sí conozca la pertenencia a la organización o al grupo criminal del beneficiario de su acto de colaboración, pero crea erróneamente que su conducta no repercute en un beneficio para con tal entramado delictivo, siendo una acción -siguiendo a la jurisprudencia - *intuitu personae*. En nuestra opinión también en este segundo supuesto habría que negar la atipicidad de la conducta, pues el error recaería igualmente sobre la identidad del beneficiario de la aportación, que es un elemento concretado de forma expresa en los tipos que nos ocupan, y, por tanto, con la consideración de elemento típico esencial. Nótese que esto será aplicable siempre que no pueda apreciarse la existencia de dolo eventual en relación al conocimiento de este elemento. Esto es, si la intención directa del cooperador era exclusivamente beneficiar al sujeto individual, miembro de la organización, pero preveía la posibilidad de que tal ayuda redundara en un beneficio para con el entramado delictivo, y aun así realizó la conducta, aceptando tal eventualidad, no podremos hablar de error de tipo, siendo la conducta típica, con dolo eventual.

f. Los “errores inversos”. La denominada “tentativa inidónea”.

Los supuestos de errores de tipo hasta aquí tratados constituían todos ellos errores directos de tipo, en tanto se desconocía en ellos que en el hecho realizado concurría alguno de los elementos objetivos del tipo; no obstante, también son imaginables los denominados “errores inversos de tipo” o “errores al revés”, esto es, la suposición errónea de que concurren los elementos esenciales del tipo de injusto, cuando en realidad falta alguno de ellos, de forma que no puede materialmente realizarse desde el punto de vista objetivo el tipo en cuestión. Hay dolo, pero no hay realización de todos elementos del tipo objetivo del delito de que se trate, o, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “el sujeto actúa con dolo, pero es imposible desde un principio que se produzca el tipo objetivo, pues no concurre algún elemento del mismo”¹³⁵¹. Los ejemplos tradicionalmente traídos a colación por la doctrina para ilustrar estos supuestos de error han sido supuestos relacionados con los delitos más conocidos y, entre ellos, principalmente el homicidio o asesinato. Así, el autor antes citado, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, pone el ejemplo del “sujeto que dispara sobre un bulto creyendo que se trata de la persona de su enemigo, cuando realmente es un animal al que mata”¹³⁵², y MIR PUIG hace lo propio con un supuesto estrechamente

¹³⁵⁰ STS 1171/1992, de 26 mayo, FJ Segundo.

¹³⁵¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 181.

¹³⁵² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 182.

cercano, aquél en que el sujeto dispara sobre la cama “en la que la víctima parece dormir, pero que en realidad sólo contiene un bulto que simula su figura”¹³⁵³.

En los tipos que nos ocupan la representación de supuestos de “error inverso de tipo” es ciertamente más compleja, si bien sólo de entrada. Y es que, si se reflexiona un poco al respecto, pueden imaginarse ciertas hipótesis. Así, en relación a las conductas tildadas como “de primer nivel”, el supuesto en que un sujeto crea erróneamente que constituye una organización o grupo criminal -siendo tal su voluntad -, cuando en realidad no es así por faltar alguno de los elementos objetivos esenciales del tipo en cuestión, por ejemplo, por tener la agrupación constituida sólo dos miembros, y no tres como requieren ambos tipos, o, por no existir en su seno un reparto de tareas, en el caso de quererse constituir una organización criminal.

También en las “conductas de segundo nivel” caben este tipo de errores. Piénsese si no en el sujeto que erróneamente cree ser miembro activo de un grupo criminal, cuando en realidad no es así porque, y siguiendo con el ejemplo supra expuesto, la agrupación a la que pertenece tiene únicamente dos integrantes, siendo el tercer sujeto que se relaciona con ésta un simple colaborador externo. Pero las hipótesis más “factibles”, y con mayor posibilidad de llegar a nuestros tribunales, quizás sean, a este respecto, las atinentes a la conducta del extraneus que colabora con la organización o grupo criminal. Así, puede ser imaginable el caso en que un sujeto crea bajo error que está realizando un acto de colaboración para con una organización o grupo criminal, siendo tal su voluntad, cuando lo que lleva a cabo en realidad es un “acto intuitu personae” sin aptitud alguna al fin de favorecer los objetivos o la actividad delictivos de la agrupación criminal.

¿Qué tratamiento jurídico ha de darse a este tipo de supuestos de error inverso? Pues bien, antes que nada hay que decir que la doctrina viene denominando estos supuestos como “tentativa inidónea” o “delito imposible”¹³⁵⁴ en cuanto en los mismos, como señala MIR PUIG, “por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado”¹³⁵⁵. De ahí lo del adjetivo “imposible” o “inidóneo”. Es decir, hay una intención delictiva materializada en actos exteriores, pero éstos, como apunta MUÑOZ CONDE, “se muestran *ex post* como inadecuados para que se pueda producir el resultado consumativo [...] buscado por el sujeto activo”¹³⁵⁶. ¿Han de castigarse estos actos, pese a esta imposibilidad *ex post* para producir el resultado? El legislador franquista parecía en su momento tenerlo

¹³⁵³ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

¹³⁵⁴ Véase, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 182, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 280, o MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 449.

¹³⁵⁵ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 364 y 365.

¹³⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 449: “Una tentativa es inidónea cuando los medios (escopeta descargada) o el objeto (disparar contra un cadáver) se muestran *ex post* como inadecuados para que se pueda producir el resultado consumativo (muerte de la persona) buscado por el sujeto activo”.

claro, pues contemplaba expresamente el castigo de estos supuestos en el entonces art. 52 del CP 1944, que rezaba: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”. El legislador demócrata, sin embargo, evita pronunciarse al respecto, en tanto en cuanto el actual precepto relativo a la tentativa, el art. 16 del CP 1995, nada dice, al menos expresamente, sobre estos supuestos. Y, como viene siendo habitual, tal silencio ha generado una cola de opiniones, en un sentido y otro, sobre esta problemática, al ser varias las posibles interpretaciones del tenor literal del mentado precepto¹³⁵⁷. No obstante, a día de hoy puede decirse que, de entre éstas, hay una opinión claramente dominante en el terreno doctrinal, que siguen autores como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹³⁵⁸, MIR PUIG¹³⁵⁹, MUÑOZ CONDE¹³⁶⁰ o NÚÑEZ CASTAÑO¹³⁶¹, que defiende de forma genérica, salvando excepciones, que veremos, el castigo de la tentativa inidónea *ex art.* 16.1 CP. Estos autores se basan en argumentos de corte objetivo para fundamentar su opinión interpretando que los supuestos a que el art. 16.1 CP se refiere, al rezar que “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”, son conductas objetivamente peligrosas desde una perspectiva *ex ante*, y no *ex post*. En este sentido, afirma con rotundidad MIR PUIG que en los supuestos contemplados en el art. 16.1 CP “no puede llegarse a exigir una objetiva y concreta aptitud *ex post*, porque la tentativa se castiga precisamente en la medida en que no ha producido la consumación y *ex post* se ha demostrado, por tanto, en alguna medida insuficiente”¹³⁶². Así, en supuestos de tentativa inidónea como el traído a colación por este mismo autor¹³⁶³, del sujeto que dispara sobre la cama en que la víctima parece dormir, con la intención de darle muerte, siendo en realidad una almohada a lo que dispara, concurre, según esta tesis, una conducta peligrosa *ex ante*, o, empleando los términos del art. 16.1 CP así interpretados, “actos que objetivamente deberían producir el resultado”. MIR PUIG, en concreto, se sirve a este respecto del criterio del “hombre medio” o “espectador objetivo situado en el lugar del autor” de cara a afirmar la peligrosidad *ex ante* de una conducta para ofender al bien jurídico de que se trate. Así, en el ejemplo supra expuesto, del disparo al bulto, en vez de a la persona de la víctima, habría que ponerse en la situación de ese

¹³⁵⁷ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 365, da cuenta, a grandes rasgos, de los distintos puntos de vista que orientan el debate en la materia, y la interpretación del citado art. 16 CP, distinguiendo al respecto entre tesis objetivas, subjetivas y subjetivo-objetivas.

¹³⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error sobre elementos normativos del tipo”, *op. cit.*, pág. 182.

¹³⁵⁹ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

¹³⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 449.

¹³⁶¹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XXIV. Formas de realización del delito: el *iter criminis*”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 345 y 346.

¹³⁶² MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

¹³⁶³ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

“espectador objetivo” y atender a si para el mismo la conducta era en el momento de su realización apta para producir la muerte de la víctima, y con ello, la vulneración del bien jurídico “vida”. MIR PUIG lo tiene claro, al afirmar que “disparar sobre la cama en la que la víctima parece dormir, pero que en realidad sólo contiene un bulto que simula su figura, es una conducta peligrosa *ex ante* como la de conducir en estado de alcoholemia sin llegar a encontrar a ninguna persona, aunque en ninguno de ambos casos se halle presente una posible víctima”. Aclara el autor que el peligro presente en los supuestos de “tentativa inidónea” o “delito imposible” constituye “un peligro abstracto, a diferencia del peligro concreto que concurre en la tentativa idónea. Como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta la <<peligrosidad típica>> de la conducta. De ahí que, como en la conducta bajo la influencia del alcohol, no sea necesaria la presencia de la víctima (tentativa inidónea por falta de objeto)”¹³⁶⁴. La excepción a que aludíamos supra que contemplan los autores de esta tesis mayoritaria en relación al castigo de la tentativa inidónea se conecta con los casos que denominan “tentativa inidónea absoluta o irreal”, esto es, supuestos en que desde la citada perspectiva *ex ante* la conducta fuese no apta para vulnerar el bien jurídico. Los ejemplos traídos habitualmente a colación por la doctrina sobre estas hipótesis son el empleo de vudú para matar a una persona o la utilización de azúcar para envenenar¹³⁶⁵, procedimientos éstos, como se ve, por completo inadecuados *ex ante* para producir el resultado pretendido: en ambos casos, la muerte de la víctima.

La postura doctrinal mayoritaria hasta aquí resumida, que defiende el castigo *ex art.* 16.1 CP de la tentativa inidónea “relativa” en cuanto idónea *ex ante* para poner en peligro el bien jurídico, ha encontrado el apoyo expreso del Tribunal Supremo, que, en acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de su Sala Segunda, en reunión de 25 de abril de 2012, acordó que “el artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico”. No obstante, insta matizar que tal acuerdo regía para un asunto específico, cual es la “punibilidad de la tentativa inidónea de Homicidio (inidoneidad del medio): el uso de pistola sin munición”, por lo que sus consecuencias no habrían, al menos en teoría, que extrapolarse automáticamente a otros supuestos distintos de a los concretamente referidos, con la posible excepción del uso de pistola sin munición en el delito de asesinato, por cuanto lo aplicable a lo menos, puede entenderse aplicable a lo más. La cuestión a dilucidar aquí es: ¿podría este acuerdo del Alto Tribunal, así como la doctrina mayoritaria vista supra, en relación al castigo de la tentativa inidónea de delito de

¹³⁶⁴ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

¹³⁶⁵ Ponen estos ejemplos NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XXIV. Formas de realización del delito: el *iter criminis*”, *op. cit.*, pág. 346, y MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 366 y 367: “Para un tal observador la acción de disparar con una pistola descargada podrá aparecer *ex ante* como peligrosa en la medida en que la pistola parezca cargada al autor, por lo que dicha acción constituirá una tentativa inidónea punible. Pero el mismo observador no considerará nunca peligrosa, ni siquiera *ex ante*, la <<tentativa supersticiosa>> ni el intento de envenenar con azúcar sabiendo que lo es”.

homicidio extrapolarse a los delitos que aquí nos ocupan: los tipos de organización y grupo criminal? Retomemos los ejemplos traídos al inicio a colación: el sujeto que erróneamente cree constituir una organización o grupo criminal, siendo tal su voluntad, cuando en realidad no hace objetivamente tal por encontrarse ausente alguno de los elementos objetivos esenciales del tipo, por ejemplo, por tener la agrupación constituida sólo dos miembros, y no tres como requieren tanto el art. 570 bis.1.II CP como el art. 570 ter.1.II CP, o el individuo que erróneamente cree ser miembro activo de un grupo criminal, cuando en realidad no es así porque, y siguiendo con el ejemplo, la agrupación a la que pertenece tiene únicamente dos integrantes, siendo el tercer sujeto que se relaciona con ésta un simple colaborador externo.

A nuestro juicio en los casos de “delitos imposibles” de organización y/o grupo criminal ha de optarse siempre por la impunidad de las conductas. En el supuesto del que forma una agrupación de dos integrantes contando con él mismo creyendo erróneamente, con ello, constituir un grupo u organización criminal, la conducta examinada objetivamente desde una perspectiva *ex ante* resulta inidónea para ocasionar una lesión a la seguridad colectiva. Una agrupación de sólo dos sujetos se muestra insuficiente para amenazar de manera seria a dicho bien jurídico referido en última instancia a los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin, y, desde luego, para suponer una amenaza a las bases democráticas de los países. En la hipótesis del sujeto que cree integrar activamente una organización o grupo criminal cuando en realidad no es así por concurrir sólo dos miembros activos, siendo el tercero un “extraneus” que ha colaborado con la agrupación mediante precio, habiendo, por tanto, un error sobre la condición de no integrante de este tercer individuo, tampoco sería legítimo, en nuestra opinión, el castigo del supuesto como tentativa inidónea. Independientemente de que en determinadas circunstancias un “hombre medio” hubiera podido incurrir en ese error, y de que la conducta valorada desde una perspectiva *ex ante* pudiera resultar peligrosa, ha de atenderse aquí prioritariamente al principio de intervención mínima, y, más concretamente, al carácter fragmentario del Derecho penal. A diferencia del supuesto mencionado *supra* de la tentativa de homicidio con pistola sin munición, que se refiere al peligro *ex ante* de afectación directa al bien jurídico esencial y más importante constituido por la “vida”, en los ejemplos de errores inversos analizados estaríamos en todo caso ante el peligro *ex ante* de una afectación no directa, sino indirecta -en tanto lejana a la efectiva afección de los bienes jurídicos -de bienes jurídicos de diversa gravedad, atendiendo a cuál sea la finalidad perseguida por la agrupación delictiva concreta. Ya vimos que las conductas de participación como miembro en organizaciones y grupos criminales se castigan por contribuir al injusto sistémico, conformado por la creación de una situación de peligro abstracto para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin. Así, estos bienes jurídicos sólo se verán directamente afectados por la efectiva comisión en el marco de la agrupación delictiva de los delitos-fin.

Una correcta aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal debería, así, de llevar a la doctrina a renunciar *ex art.* 16.1 CP al castigo de cualquier

forma de tentativa inidónea de las conductas de los tipos de organización y grupo criminal por cuanto que el peligro objetivo que *ex ante* pudieran suponer a los bienes jurídicos afectados por los delitos-fin es demasiado remoto. Recuérdese, además, que en su momento abogamos por considerar como atípicas las conductas de tentativa de colaborar o participar activamente con una organización o grupo criminal precisamente por considerar que su castigo entrañaría vulnerar el principio de ofensividad. Si consideramos, a este respecto, atípica la tentativa de delito, con más razón sostendremos esta atipicidad en relación a la tentativa inidónea de delito.

g. Error sobre los elementos objetivos que cualifican el injusto

No podemos finalizar el apartado atinente a los errores de tipo sin hacer al menos una breve referencia a los errores sobre elementos objetivos que cualifican el injusto, habida cuenta de que los tipos de organización y grupo criminal contemplan tres circunstancias agravantes a este respecto, relacionadas con el elevado número de miembros, la disposición de armas o instrumentos peligrosos, y la de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. Podría así darse la eventualidad de que determinados miembros activos o colaboradores, *extranei*, realizaran las conductas típicas de “participar activamente” y de “colaborar”, respectivamente, con una organización o grupo criminal que dispone de armas, desconociendo este último aspecto. En puridad, esta hipótesis será extraña en relación a la conducta del partícipe activo, por cuanto, como vinculado de manera continua a la agrupación, conocerá por lo general de sus reglas de funcionamiento así como de los medios e instrumentos de que disponen; así, será más común este tipo de errores en relación a los sujetos activos de la conducta de colaborar, en tanto *extranei*. El tratamiento de estos supuestos se engloba jurídicamente en “el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante”, a que hace referencia el art. 14.2 CP, que, sin discriminar en relación al carácter vencible o invencible del error¹³⁶⁶, dispone que en todos estos casos no se apreciará dicha cualificación o agravante, debiendo aplicarse, por tanto, el tipo básico correspondiente. Estamos, por tanto, ante errores relativos a elementos accidentales del tipo, concretamente, agravantes¹³⁶⁷, que no impiden la apreciación del injusto, si bien en su modalidad básica. No obstante, habrá de cerciorarse antes de que el sujeto no llegó siquiera a representarse la posibilidad de que, siguiendo con el ejemplo, la organización o grupo criminal con que colabora disponía de armas o instrumentos peligrosos, pues de probarse dicha circunstancia se apreciaría el tipo agravado con dolo eventual.

¹³⁶⁶ Señala a este respecto la diferencia de tratamiento del error entre los arts. 14.1 y 14.2 CP, en cuanto a la no distinción en éste último entre los supuestos de error vencible e invencible, SALINERO ALONSO, C., “Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal”, *op. cit.*, pág. 114.

¹³⁶⁷ Así, VERA SÁNCHEZ, J.S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1722.

Pudiera también darse el supuesto inverso, esto es, que el partícipe activo o el colaborador creyese erróneamente que la organización o el grupo criminal en el que participa o con el que colabora dispone de armas o instrumentos peligrosos, cuando realmente no es así. Estaríamos en este caso ante un supuesto de error inverso, al que aludimos supra en relación a elementos del tipo básico. Ha de entenderse que es extrapolable aquí lo que dijimos en aquel momento, por lo que abogamos por considerar irrelevante en términos jurídicos a dicha creencia errónea.

2.4. Sobre la existencia de posibles especiales elementos subjetivos del injusto. Distintas posturas al respecto.

Si bien la mayoría de los delitos dolosos requieren únicamente como elemento del tipo subjetivo el dolo¹³⁶⁸, algunos van más allá exigiendo, junto a éste, un elemento adicional en el tipo subjetivo. Se utiliza en referencia a estos elementos adicionales al dolo la expresión de elementos subjetivos específicos del injusto. Como ejemplo de delitos que exijan estos elementos podríamos citar cualquiera de los delitos clasificados por la doctrina como “delitos patrimoniales con enriquecimiento”, como el hurto o el robo, por cuanto requieren, junto al dolo, de la existencia de un elemento subjetivo adicional constituido por el ánimo de lucro. Se habla en estos casos de delitos intencionales, que, admiten a su vez una subdivisión en atención a si el fin ulterior perseguido por el sujeto activo consiste en la comisión posterior de un delito por él mismo o no. Así, si la finalidad del sujeto exigida en el tipo es la perpetración de un nuevo delito por parte de él estaremos ante un delito mutilado de dos actos, mientras que si se trata de un objetivo más genérico, como en el ejemplo, el “ánimo de lucro”, el delito concurrente será un “delito de resultado cortado”¹³⁶⁹. En ambos casos, como se ve, el tipo subjetivo va más allá del tipo objetivo, al exigirse algo más que el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo subjetivo.

En los delitos que nos ocupan, los tipos de organización y grupo criminal, de entrada no se requiere por la ley ningún elemento subjetivo específico. Decimos “de entrada” porque el fin de cometer delitos se conecta formalmente con la organización y el grupo criminal, y no con las personas físicas, sujetos activos de las conductas típicas. Esto es, en la redacción de las conductas típicas el legislador no hace referencia a promover, dirigir, o participar activamente en una organización criminal para cometer delitos, sino que se limita a tipificar el promover, dirigir o participar activamente en una organización criminal. Podría sostenerse -cierto es- que habida cuenta de que el fin delictivo se contempla en los conceptos legales de organización y grupo criminal, y que estas agrupaciones se constituyen por los sujetos activos de las conductas típicas

¹³⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 296, señala que en estos delitos se da la “congruencia perfecta”, en referencia al hecho de que “coinciden el tipo objetivo y el tipo subjetivo”.

¹³⁶⁹ Sobre esta clasificación de los delitos intencionales, véase, por ejemplo, SANTA RITA TAMÉS, G., “*El delito de organización terrorista*”, *op. cit.*, pp. 452 y 453.

anteriores -con la excepción del cooperador, que es *extraneus* -, el “objeto social” delictivo de las mismas podría entenderse extrapolable a sus integrantes, pudiendo de ahí interpretarse estos delitos como intencionales. Tal interpretación es aceptable; no obstante, si hay que ir más allá, indicando la modalidad concreta de delitos intencionales en que, de acuerdo con tal interpretación, formarían parte los tipos de organización y grupo criminal, habría que concluir que constituyen en todo caso delitos de resultado cortado, y no mutilados en dos actos, pues el fin de cometer delitos es un fin genérico, pudiendo formarse parte de la organización o grupo criminal sin pretender cometer personalmente delitos, sino para llevar a cabo tareas de logística u organización que coadyuven -eso sí- indirectamente al logro del fin delictivo del entramado¹³⁷⁰.

Insta señalar que, del examen de los análisis típicos de los delitos de organización y grupo criminal, o de figuras análogas a éstos, como el tipo de asociación ilícita, que realizan diversos autores se constata la exigencia por algunos de ellos de elementos subjetivos específicos diversos al *supra* señalado. Concretamente dos son las posturas que han llamado nuestra atención a este respecto: por un lado, la de la autora argentina ZIFFER¹³⁷¹, que exige en el tipo subjetivo del delito de asociación ilícita un “especial elemento subjetivo”, adicional al dolo, constituido por la “voluntad de permanencia”, y, por otro, la del español GARCÍA VALDÉS¹³⁷², si bien referida a los delitos de organización y grupo terrorista, que parece hacer lo propio con “los principios ideológicos esenciales de la banda”, que -mantiene- han de ser compartidos por los sujetos activos de las conductas típicas para que las mismas se reputen típicas. Personalmente somos críticos con ambas posturas. En lo que concierne a la de la autora argentina, que afirma en relación al tipo de asociación ilícita que “como especial elemento subjetivo es necesario que el autor tenga voluntad de “permanencia”, es decir, que adhiera internamente al compromiso de colaborar con las actividades de la asociación sin necesidad de renovar el acuerdo frente a cada nueva oportunidad”¹³⁷³, entendemos que tal “voluntad de permanencia” ya está inserta en el dolo, y no constituye, por tanto, un elemento subjetivo aparte y específico respecto a éste. Las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal, así como del delito de asociación ilícita¹³⁷⁴, con la excepción de la consistente en cooperar, que es realizada por un “extraneus”, implican objetivamente, bajo nuestro entendimiento, una vinculación permanente con la agrupación criminal. Si las conductas típicas entrañan ya esta permanencia, el dolo, que no es sino el conocimiento y voluntad de realizar los

¹³⁷⁰ De otra opinión es, sin embargo, POLAINO NAVARRETE, M., *El injusto típico en la Teoría del delito*, Mave, 2000, pág. 152, que se refiere al delito de asociación ilícita, de estructura similar a los delitos que nos ocupan, como delito intencional mutilado de dos actos.

¹³⁷¹ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 82.

¹³⁷² GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *La Ley Penal*, nº 122, 2015, pág. 3.

¹³⁷³ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 82.

¹³⁷⁴ El tipo concreto al que se refiere la autora argentina es el tipo vigente en su legislación nacional, el tipo de asociación ilícita del art. 210 del Código Penal argentino, que reza: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

elementos del tipo objetivo, entre los que se encuentra la conducta típica, ha de consistir, en consecuencia en la voluntad de realizar las conductas manteniendo esta vinculación permanente con el entramado delictivo¹³⁷⁵.

Mayor detenimiento requiere el análisis de la postura de GARCÍA VALDÉS, que, como adelantamos, parece exigir un elemento subjetivo específico en los delitos de organización y grupo terrorista del art. 572 CP, así como en los delitos de colaboración con las mismas, que, como sabemos, en sede de terrorismo, se contemplan en precepto aparte, concretamente, en el art. 577 CP. Habida cuenta de que las organizaciones y grupos terroristas tienen como objetivo la comisión de delitos de terrorismo¹³⁷⁶, que se caracterizan *ex art.* 573.1 CP por llevarse a cabo con finalidades específicas, como son subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror en la población, este autor entiende que dichos propósitos han de ser perseguidos por los sujetos activos de las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal, y de colaboración con las finalidades o actividades de tales agrupaciones de los arts. 572 y 577 CP de cara a reputar sus comportamientos de típicos. Señalábamos al principio que el autor “parece exigir” este elemento específico subjetivo porque lo cierto es que en algunos momentos nos asalta la duda sobre si el autor concibe estas finalidades, que exige en el autor de las conductas típicas de los arts. 572 y 577 CP, como componente del tipo subjetivo independiente o complementario al dolo, esto es, como “elemento específico del injusto”, o como el dolo mismo. Y es que algunas frases del autor parecen llevar a interpretar lo segundo, como, por ejemplo su afirmación, en relación al tipo del art. 577 CP, de que “la colaboración con organización o grupo terrorista ha de partir de elementos subjetivos, no bastando la mera objetividad de la conducta. [...] el bien jurídico protegido es la seguridad interior estatal y el orden constitucional, como especifica el texto penal sustantivo, siendo el fin de atentar contra aquél móvil el único e inexorable que ha de darse en los autores. Si la motivación es otra cualquiera, desatendiendo aquellos postulados legales, es difícil concebir el presente delito”¹³⁷⁷. De ser así, y entender el autor que el compartir los objetivos y principios ideológicos de la organización o del grupo integra el mismo dolo, y no un elemento subjetivo aparte, estaría el mismo confundiendo, en nuestra opinión, el concepto de dolo con el de los móviles del autor, obviando que éstos últimos, como

¹³⁷⁵ De esta opinión es GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2162, que, respecto de la conducta de “participar activamente” en una organización criminal, afirma: “el dolo que exige el tipo es dolo de pertenencia a una estructura, un conocimiento y voluntad que trasciende a la mera colaboración puntual con el delito que aquella pueda cometer”.

¹³⁷⁶ Véase que el art. 571 CP establece: “A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente”, siendo los delitos tipificados en la Sección segunda (del Capítulo VII del Título XXII de Código Penal) los “delitos de terrorismo”.

¹³⁷⁷ GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *op. cit.*, pág. 3.

viene afirmando el común de la doctrina¹³⁷⁸ y la jurisprudencia, resultan, como señalábamos supra, irrelevantes de cara a la afirmación de la existencia del primero. Lo cierto es que en tal confusión sí caen de lleno las SAN de 16 de octubre de 2013 y STS 439/2014, de 10 de julio, relativas al “caso bar Faisán”, que GARCÍA VALDÉS avala y celebra, al hilo de su breve análisis sobre el delito de colaboración con organización terrorista¹³⁷⁹. En dichas sentencias, primero en la de instancia de la Audiencia Nacional, y, después, en la del Supremo, confirmatoria de la primera, se enjuicia el chivatazo que dos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía dieron a miembros de la red de extorsión de ETA sobre una inminente detención, lo que les permitió a éstos escapar, evitando la detención y la consiguiente disolución de una parte de la citada red. El “quid” de la cuestión, donde está la polémica, radica en los móviles que llevaron a los funcionarios a actuar así, que no fueron otros que la intención de no obstaculizar el proceso de negociaciones que se había iniciado entre el gobierno, entonces del PSOE, y ETA, en aras a lograr la inactividad criminal, y, más tarde, la definitiva disolución de la banda. La Audiencia Nacional, en Sentencia de 16 de octubre de 2013, mostrando a nuestro juicio una clara confusión dogmática en relación a los conceptos de dolo y móviles de actuación, descarta la subsunción de los hechos enjuiciados en el delito de colaboración con organización terrorista alegando que “la finalidad de la acción ejercitada voluntariamente como elemento del dolo por los acusados fue totalmente muy distinta al favorecimiento de la actividad de ETA y, por tanto, a realizar la conducta típica prevista en el art. 576¹³⁸⁰ del CP¹³⁸¹”. De esta forma, la Audiencia entiende que no hay dolo de favorecer las actividades y fines de la banda terrorista ex art. 576 CP, sino al contrario, pues se actuó con la intención de acabar con la organización, mediante la no obstaculización de las mentadas negociaciones, siendo tal planteamiento ratificado por GARCÍA VALDÉS que, en referencia al caso enjuiciado, afirma: “los funcionarios, por su cuenta o con independencia del posible cumplimiento de órdenes, ilegales en cualquier caso, no demostraron simpatía incondicional o identidad plena alguna con ETA, procurando su continuidad en el trágico camino delictivo, sino que, al revés, su deseo fue facilitar, claramente, su

¹³⁷⁸ Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 285: “Son indiferentes para caracterizar el hecho como doloso los móviles del autor”, poniendo a este respecto un ejemplo con el delito de hurto: “cuando el atracador mata al cajero para apoderarse del dinero [...] los móviles del autor pueden ser simplemente lucrativos, de venganza, políticos, etc., pero el atraco no deja por eso de ser doloso”.

¹³⁷⁹ GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *op. cit.*, pág. 2: “La resolución final del Tribunal Supremo en el presente asunto que estamos analizando me parece ajustada a Derecho y está bien construida. Estudia exhaustivamente el precepto donde se tipificaba la colaboración con organización terrorista [...] y, sin atender a un sector de opinión circundante, sanciona por el delito efectivamente llevado a cabo (revelación de secretis), no por el otro (colaboración con terroristas) que, en verdad, en una moderna exégesis interpretativa, no encajaba en los comportamientos juzgados”, y, más adelante, en el mismo sentido (pág. 4): “conozco que han existido votos particulares en la resolución final del Supremo, respetables pero irrelevantes en cuanto a su significado y consecuencias. Pero todo ello, lógicamente, no empece lo técnicamente adecuada de la sentencia de referencia, confirmatoria de una anterior, que marca un camino razonable en tal delicado asunto”.

¹³⁸⁰ En la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados el delito de colaboración con organización terrorista se encontraba ubicado en el art. 576 CP.

¹³⁸¹ SAN de 16 de octubre de 2013, FJ Primero.

inactividad armada y completa disolución aunque, y de ello no cabe duda, transitaron la senda delictiva”¹³⁸².

Lo cierto es que esta interpretación que aquí criticamos del tipo subjetivo del delito de colaboración con organización terrorista no es novedosa, pudiéndose encontrar, por el contrario, una reiterada jurisprudencia que la avala, y entre la que pueden citarse las SSTS de 17 de marzo y 21 de diciembre de 1983, 8 de abril de 1985, 23 de junio de 1986, 2 de febrero de 1987, y, quizás, la más conocida 1314/1994, de 27 de junio. Se enjuicia en esta última sentencia la conducta de un sujeto que actuó como mediador en el pago del en su época comúnmente denominado “impuesto revolucionario” de ETA, que no era otra cosa que las extorsiones que la banda realizaba a empresarios para financiar sus actividades criminales. La sentencia de instancia, dictada por la Audiencia Nacional, en una interpretación del entonces art. 174.bis.a CP 1944, que aquí compartimos, condenó al acusado como autor del delito de colaboración con banda armada señalando que, aunque su intención primaria al realizar el tipo objetivo fuese la de ayudar al extorsionado, concurrió el elemento subjetivo del tipo, constituido por el dolo, pues él, a través de su mediación, ayudó consciente y voluntariamente al mantenimiento económico de ETA¹³⁸³. El Tribunal Supremo, sin embargo, revocó el fallo de instancia en la citada sentencia 1314/1994, de 27 de junio arguyendo, en línea semejante a la actual tesis de GARCÍA VALDÉS, que para la aplicación del tipo examinado “es necesario también, con arreglo a un exigible respeto al principio de culpabilidad, que exista una específica y preeminente intención de ayudar, contribuir o beneficiar las actividades o fines de la banda terrorista”, que estima ausente en la conducta del sujeto enjuiciado, con lo que concluye que falta “el elemento subjetivo necesario para integrar la figura de colaboración con banda armada”¹³⁸⁴. Una circunstancia que fue clave para que el Alto Tribunal llegara a tal conclusión fue el hecho de que la iniciativa para el contacto con la organización terrorista partiera del extorsionado, más que del intermediario, acusado por colaborar con ETA, señalando, en consecuencia, el tribunal que “en ningún momento se afirma y declara probado que el recurrente actuase con el propósito directo y voluntario de favorecer a la organización terrorista sino más bien a impulsos de las sugerencias y reiterada insistencia del extorsionado”¹³⁸⁵. Esta exigencia de “compartir en su totalidad los principios ideológicos esenciales de la banda, asumir plenamente sus planteamientos e

¹³⁸² GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *op. cit.*, pág. 3.

¹³⁸³ Así explica la fundamentación de la Audiencia Nacional el Tribunal Supremo en el FJ Undécimo de la STS 1314/1994, de 27 de junio: “La sentencia recurrida, en el Fundamento Jurídico 17, descarta la existencia de pertenencia a banda armada, pero condena por un delito de colaboración porque no aparece que estuviera integrado en ETA, pero sí que, desde fuera de ella, ayudó consciente e intencionadamente, al mantenimiento económico de la organización. Como contrapunto a lo declarado reconoce que el origen de aquella conducta estuvo motivada también, por la intención de auxiliar al extorsionado pero, a renglón seguido, proclama que ello no implica sin más, la eliminación de la antijuricidad o de la culpabilidad en su comportamiento”. No transcribimos directamente la sentencia de la Audiencia Nacional ya que no hemos podido localizarla en las bases de datos jurisprudenciales a que tenemos acceso.

¹³⁸⁴ STS 1314/1994, de 27 de junio, FJ Undécimo, apartados 4 y 5.

¹³⁸⁵ STS 1314/1994, de 27 de junio, FJ Undécimo, apartado 5.

identificarse, de manera completa, con los objetivos íntimos y finales del grupo terrorista, apoyándolos incondicional y materialmente”¹³⁸⁶ que GARCÍA VALDÉS reclama al colaborador ex art. 577 CP actual, en línea con un sector jurisprudencial tradicional, ya sea como elemento subjetivo específico, ya sea como componente del mismo dolo, cayendo de ser éste último el caso en la mentada confusión entre dolo y motivaciones, la extiende también el autor, como adelantamos supra, a los sujetos activos de las conductas típicas del art. 572 CP. Así, el autor excluye, por ejemplo, que el agente infiltrado o encubierto ex art. 282 bis LECrim. que se integra formalmente en una organización o grupo terrorista realice la conducta típica de pertenencia por cuanto - sostiene - “no participa de sus ideales destructivos y, en consecuencia, no puede ser considerado miembro de tal organización criminal, pues lo que prima, es este caso, es la tarea investigadora policial que ha de llevar, precisamente, a la desarticulación del grupo y a la detención de sus componentes y partícipes, no a su permanencia y seguimiento en la senda de sus sangrientas actuaciones”¹³⁸⁷.

Personalmente entendemos las motivaciones de fondo de corte político-criminal que llevan al autor a esta exégesis de los tipos de participación, y, sobre todo, de colaboración con organización o grupo terrorista. Nótese que GARCÍA VALDÉS justifica su interpretación haciendo alusión a la necesidad de restringir el ámbito de aplicación del tipo de colaboración aludiendo a que el mismo supone, en sus palabras, “una auténtica excepción punitiva, pues adelanta la tipicidad de las correspondientes actuaciones criminales ordinarias, como las de complicidad del delito base efectivo”, elevando a tipo penal autónomo - con unas penas, además, más que considerables (prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses) - formas comunes de participación criminal. En lo que respecta a las conductas de pertenencia, a las que extiende esta interpretación restrictiva, el autor se refiere en la defensa de sus tesis a las altas penas aparejadas al tipo, que ex art. 572.2 CP pueden llegar a los doce años de prisión. Es loable, por tanto, la intención de restringir la aplicación de unos tipos penales con marcos penales, también a nuestro juicio, excesivamente severos en atención al daño efectivo que las conductas típicas entrañan. Y más, si consideramos que, en el caso de las conductas de pertenencia, en la práctica las condenas por estos delitos se producen siempre como consecuencia del descubrimiento de la comisión de delitos-fin, aplicándose concursos de delitos, que desembocan en penas draconianas. No obstante ello, la vía elegida por el autor, así como por el sector jurisprudencial mentado, para conseguir tal resultado no es, a nuestro juicio, la más acertada. En primer lugar, la vía adoptada en aras a la restricción del ámbito de aplicación del tipo peca en algunos casos de falta de claridad ya que en muchas ocasiones los defensores de la misma no aclaran, como vimos, si, en su opinión, ese elemento subjetivo que exigen en el autor de las conductas típicas citadas entraña un elemento subjetivo específico adicional -por cierto, ausente en la redacción de los tipos - o conforma el contenido del dolo. De ser este segundo el entendimiento, como mantiene la sentencia de la Audiencia Nacional de

¹³⁸⁶ GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *op. cit.*, pág. 3.

¹³⁸⁷ GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *op. cit.*, pág. 3.

16 de octubre de 2013, en el caso “bar Faisán”, se incurre, como comentamos, en una confusión en el entendimiento del concepto de dolo, obviando que el mismo constituye exclusivamente el conocimiento y la voluntad de realizar de los elementos del tipo objetivo del delito en cuestión, siéndole ajenos todo tipos de motivaciones y/o móviles del autor. El primer entendimiento, por tanto, sería, a nuestro juicio, el único en principio aceptable, esto es, el sostener, en una interpretación restrictiva de los tipos, que para su aplicación se requiere de un elemento subjetivo específico, adicional al dolo, conformado por esa adhesión a los fines ideológicos que orientan la actuación de la organización o grupo criminal. Aun así, como adelantamos, entendemos que hay otras vías para lograr la impunidad de conductas como las enjuiciadas en la STS 1314/1994, de 27 de junio, relativa al sujeto que hace de intermediario entre la banda terrorista ETA y un sujeto extorsionado por ésta; vías preferibles a una forzada interpretación de los tipos mediante la inclusión de un elemento subjetivo específico del tipo no contemplado en el tenor literal de las normas penales que nos ocupan, como es la citada adhesión ideológica¹³⁸⁸. La primera de ellas sería tratar en sede de tipicidad de excluir la apreciación del tipo objetivo de estas conductas mediante el expediente del riesgo jurídicamente permitido, en aplicación de la teoría de la imputación objetiva. Si ello no funciona, la siguiente vía, que creo más adecuada a los dos casos jurisprudenciales mentados supra, sería, una vez afirmada la tipicidad de las conductas, buscar su impunidad en sede de antijuridicidad, o, en su defecto de culpabilidad. Así, por ejemplo, en el caso de la conducta de intermediación entre ETA y un sujeto extorsionado por la banda, subsumida en el tipo penal de colaboración con organización terrorista, podría intentar acudirse, como señala CANCIO MELIÁ¹³⁸⁹, a la eximente, o en su defecto, eximente completa o atenuante analógica, del estado de necesidad *ex art.* 20.5º, 21.1º, ó 21.6º CP, respectivamente. También parece compartir esta opinión LLOBET ANGLÍ, pues afirma, en este sentido, que “en los supuestos en que los allegados pagan la suma económica exigida como condición de la puesta en libertad del familiar secuestrado, no puede sino afirmarse que el hecho está justificado por el estado de necesidad”¹³⁹⁰.

En lo que respecta al caso “bar Faisán”, relativo a los mandos policiales que alertan a miembros de ETA de una intervención policial preparada contra ellos para no obstaculizar las negociaciones que estaba teniendo el gobierno con la banda en pro de su inactividad, es cierto que resulta más difícil encontrar una justificación *ex art.* 20 CP que haga devenir lícita la conducta de los agentes. El estado de necesidad como eximente completa resulta difícilmente sostenible como veremos en el capítulo relativo

¹³⁸⁸ De esta opinión es CANCIO MELIÁ, M., “Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto”, *op. cit.*, pág. 247, que, en referencia al tipo de colaboración con organización o grupo terrorista, señala: “la infracción sólo requiere [...] el conocimiento de los elementos típicos, y no algún tipo de coincidencia de carácter personal, de adhesión ideológica”.

¹³⁸⁹ CANCIO MELIÁ, M., “Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto”, *op. cit.*, pág. 248. El autor, en referencia crítica a la STS 27 de junio de 1994, señala: “más adecuado que negar la concurrencia del lado subjetivo de la infracción parece que hubiera sido acudir al estado de necesidad”.

¹³⁹⁰ LLOBET ANGLÍ, M., “Derecho penal del terrorismo”, *op. cit.*, pp. 425 y 426.

a la antijuridicidad¹³⁹¹, y la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber del art. 20.7º CP parece tener poco juego aquí dada la falta de pruebas en la causa sobre eventuales -aunque parece que claras - órdenes de superiores para dar el citado chivatazo¹³⁹². Nos quedaría, por tanto, el recurso subsidiario a la eximente incompleta de estado de necesidad del art. 21.1º CP, o en su defecto, a la atenuante analógica del art. 21.7º CP en relación a la anterior. Como último recurso, de afirmarse la antijuridicidad de la conducta, podría tratar de acudirse ya en sede de culpabilidad a la circunstancia del art. 20.6º CP relativa al obrar “impulsado por un miedo insuperable”, tratando de fundamentar que los agentes actuaron así ante el miedo a ser despedidos en caso de no acatar las órdenes de sus superiores. No obstante, también aquí tendríamos problemas a causa de esa falta de prueba sobre la existencia de esas órdenes. En fin, a pesar de toda esta dificultad en buscar resquicios en pro de la impunidad de los sujetos en casos como el presente, descartamos el recurso a la interpretación restrictiva del tipo subjetivo del delito de colaboración con organización terrorista que lleva a cabo la STS 439/2014, de 10 de julio, y que avala GARCÍA VALDÉS, por cuanto nos resulta forzada por las consideraciones ya expuestas. El magistrado MARTÍNEZ ARRIETA en un acertadísimo voto particular contra la citada sentencia, al que se adhiere, por cierto, el también magistrado y miembro del tribunal, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, señala que para que concurra el dolo del delito en cuestión “es suficiente [...] con que los dos acusados conocieran que estaban ejecutando la conducta tipificada y que quisieran ejecutarla”, como en efectivo sucedió. Como el magistrado expone, se está concretamente en el caso “ante un supuesto prototípico de dolo de consecuencias necesarias”¹³⁹³, o también llamado dolo directo de segundo grado. Los agentes, al dar el chivatazo, no persiguen como intención directa o primera colaborar con ETA, sino no obstaculizar el proceso de negociaciones, pero saben a ciencia cierta que su actuación implicará tal colaboración, y, aun así, lo aceptan como consecuencia necesaria en pro del buen desarrollo de las negociaciones.

¹³⁹¹ Descarta la aplicación de causas de justificación a la conducta de los agentes el magistrado Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA en su Voto Particular (apartado 2B) contra la Sentencia del “bar Faisán” (STS 439/2014, de 10 de julio: “en un Estado de Derecho no puede considerarse justificado por un fin último legítimo, la acción de un funcionario policial (o de cualquier persona) que realice un acto de colaboración objetiva con una organización terrorista consistente en evitar o frustrar una actuación policial y judicial encaminada a la persecución de una concreta acción delictiva y a la detención de sus autores, conociendo su sentido de colaboración y basándose en que, en su opinión, sería mejor acudir a otros medios”.

¹³⁹² GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *op. cit.*, pág. 1, señala esta circunstancia, haciendo constar, no obstante, sus sospechas sobre el caso: “el impedir la detención de determinados miembros de la organización, poniéndoles de manifiesto, por una filtración más o menos interesada, el lugar a donde no debían acudir, suscitó el procedimiento criminal contra dos mandos policiales [...], únicos procesados al detenerse la indagación procesal en los mismos, por no encontrarse nada trascendente ulterior, con independencia de que, en la sospecha de muchos, más o menos interesados, lo pudiera haber. Yo no voy a entrar en lo que se denomina, por los operadores jurídicos, la verdad judicial [...] Sólo puedo manifestar algo incuestionable. La Policía aquí, como siempre, parece que actuó a las órdenes de alguien superior, pues se me antoja difícil de entender y, en consecuencia, de aceptar que los acusados fueran los solitarios protagonistas de la iniciativa”.

¹³⁹³ FJ Segundo del Voto particular del magistrado D. Andrés Martínez Arrieta contra la STS 439/2014, de 10 de julio.

Por último, antes de finalizar la cuestión que nos ocupa, cabe señalar que, pese al sector jurisprudencial aludido, reflejado en las sentencias mentadas, sobre el “caso Faisán” y el relativo a la intermediación en el pago de una extorsión a ETA, enjuiciado en el año 1994, la jurisprudencia actual mayoritaria viene de forma clara negando toda exigencia de adhesión a los fines políticos o ideológicos de la organización en aras a aplicar los tipos de colaboración o participación con organización terrorista. Ejemplos de ello son la SAN 65/2007, de 31 de octubre de 2007, que en el enjuiciamiento de los atentados perpetrados en Madrid en marzo de 2004, señalaba con rotundidad, en relación al tipo penal del art. 577 CP, que “el delito de colaboración con banda armada ni siquiera exige que el colaborador comparta los fines políticos o ideológicos de los terroristas, sino que basta con saber que se pone a disposición de esos criminales un bien o servicio, que se les está ayudando o facilitando su ilícita actividad”¹³⁹⁴, o la STS 797/2005, de 21 de junio, que en el mismo sentido recalca que: “No es preciso ningún elemento subjetivo del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad. No es necesario, pues, que exista una coincidencia de fines, basta el hecho de poner a disposición de la banda armada –o de persona vinculada a la misma– determinadas aportaciones –entre ellas, como hemos dicho, la de alojar u ocultar a alguna de estas personas– conociendo los medios y métodos utilizados, en sus actividades, por la organización a la que pertenecen o están vinculados”¹³⁹⁵, haciendo alusión a una jurisprudencia ya reiterada en este sentido, de la que son reflejo, entre otras, las SSTS 197/1999, de 16 febrero, y 772/1999, de 14 mayo. Pues bien, entendemos que la misma conclusión ha de extrapolarse a los delitos concretos que aquí nos ocupan: los delitos de organización y grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter CP), y, por cercanía, a los de asociación ilícita de tipo criminal (art. 515.1º y ss. CP). No obstante, lo cierto es que en los mismos la cuestión no parece susceptible de plantearse mucho en la práctica dada la habitual ausencia de ideología presente en las organizaciones, grupos y asociaciones criminales. Aun así, al analizar los conceptos de organización y grupo criminal, admitimos la posibilidad de que, junto a los fines delictivos, la agrupación profesase cierto pensamiento o ideología, siempre y cuando ésta no se conectase con alguno de las finalidades del art. 573 CP, pues ello podría llevar a considerarla como organización o grupo terrorista. A este respecto, poníamos precisamente el ejemplo de las bandas latinas, en las que junto al fin delictivo, puede identificarse cierta ideología en lo que se refiere al ensalzamiento del “carácter latino” y del uso de la violencia. Aplicando la tesis aquí mantenida a este ejemplo, habría que considerar no exigible de cara a la condena a los colaboradores o partícipes de estas bandas juveniles violentas la profesión de la ideología del grupo. Dicho elemento

¹³⁹⁴ SAN 65/2007, de 31 de octubre de 2007, FJ Segundo.

¹³⁹⁵ STS 797/2005, de 21 de junio, FJ Cuarto. También en este sentido, puede citarse la STS 220/2006, de 22 febrero, FJ Tercero: “En definitiva, la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo [...] Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia”.

adicional del injusto no es requerido por el tipo, que sólo exige el dolo, como conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica.

CAPÍTULO IV. CUESTIONES DE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

1. Ámbito de juego de las causas de justificación en relación a las conductas de organización y grupo criminal

1.1. Introducción

Imaginemos que tenemos ya una conducta que se subsume a la perfección, “cual mano en un guante”, en alguno de los tipos penales ya analizados: delito de organización criminal (art. 570 bis y ss.) o delito de grupo criminal (arts. 570 ter y ss.). Esto es, un sujeto ha promovido, constituido, organizado, dirigido, participado activamente en ella cooperado con una organización o grupo criminal, ejecutando las conductas de los arts. 570 bis.1 y 570ter.1 CP. Estamos, por tanto, ante una conducta típica, de la que poder derivar un atisbo, o si se prefiere, sospecha, de su antijuridicidad¹³⁹⁶. Si la misma ha sido seleccionada por el legislador como merecedora de pena por afectar de forma grave a bienes jurídicos que resultan esenciales para la autorrealización personal, y con ello, para la convivencia pacífica en sociedad –en este caso, como sostenemos, a la seguridad colectiva –lo lógico es, pues, que su realización suponga la contravención del ordenamiento jurídico. No obstante, es posible que esta sospecha de ilicitud de la conducta realizada, derivada de su subsunción en los tipos penales mencionados, quede en simple agua de borrajas si se comprueba que en el caso concreto es aplicable algún precepto permisivo para con la conducta, que la haga devenir lícita, y, por tanto, permitida de manera general por el ordenamiento jurídico. Estos preceptos permisivos para con conductas típicas se corresponden dentro de nuestro Código Penal con algunos de los apartados del art. 20, comprensivo de las causas de exención de la responsabilidad criminal. Decimos algunos, y no todos, porque es conocido que el precepto contempla de forma conjunta y mezclada tanto causas de justificación de conductas típicas –que son las que ahora nos interesan –como circunstancias que entrañan la inimputabilidad o la denominada “inexigibilidad de otro comportamiento”, esto es, elementos que no afectan en nada al carácter ilícito del hecho, sino a la posterior posibilidad de reprochar el injusto a su concreto autor. Concretamente, en lo que respecta a las causas de justificación, habría que atender a los apartados cuarto, relativo a la legítima defensa, quinto, que contempla el estado de necesidad, y séptimo, y último, referente a la actuación en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, oficio o cargo. A estas circunstancias añade la doctrina mayoritaria también como causa de justificación el consentimiento de la víctima en los delitos contra bienes jurídicos disponibles.

En el presente capítulo pretendemos abordar la cuestión de la posible concurrencia de alguna de estas causas de justificación en relación a las conductas

¹³⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 231 hablan a este respecto de “función indiciaria de la tipicidad”. Por su parte, MIR PUIG, “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 433 utiliza el término de “<<función de llamada>> o de advertencia” –de la tipicidad, se entiende –.

típicas ya mencionadas y analizadas, lo que llevaría a la exoneración de toda responsabilidad criminal del autor ex art. 20 CP de darse todos los elementos constitutivos de la circunstancia en su caso concurrente, o bien a la mera atenuación de su responsabilidad ex art. 21.1º CP¹³⁹⁷, caso de faltar alguno de los elementos no esenciales de la causa de justificación de que se trate¹³⁹⁸. En el primer caso hablaríamos de conducta típica lícita, o, si se prefiere, permitida por el ordenamiento jurídico, no pudiéndose imponer a su autor consecuencia jurídica alguna al haberse desvirtuado la “función indiciaria de la tipicidad”. La eventual participación de terceros en el hecho tampoco podría castigarse en atención al principio de accesoriad limitada de la participación, en virtud del cual, para la punición del partícipe, es necesario que el hecho del autor, en el que participa, sea al menos típico y antijurídico. Efecto también trascendente de la justificación del acto típico sería la imposibilidad de alegar legítima defensa contra el mismo, en tanto que esta institución requiere como presupuesto esencial para su aplicación la necesidad de defensa frente a una agresión ilegítima, esto es, no permitida por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el segundo caso, esto es, de faltar alguno de los elementos no esenciales de una de las causa de justificación, la conducta sería típica e ilícita, si bien con una ilicitud disminuida, lo que, ex art. 68 CP, redundaría en una rebaja de la pena en uno o dos grados a la señalada –en nuestro caso, por los arts. 570 bis o 570 ter CP –, “atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales del autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”. En este supuesto la participación de terceros en el hecho –si bien difícilmente imaginable respecto a los delitos que examinamos, de cuya redacción se detecta el recurso por el legislador a un concepto unitario de autor – sí podría castigarse de acuerdo con las coordenadas del modelo de accesoriad limitada de la participación, pudiendo también, por otro lado, alegarse la circunstancia de legítima defensa –supuesto, no obstante, también imaginable respecto a los delitos que nos ocupan – de hacerse frente al mismo de forma típica. Cabría imaginar, también, una tercera –aunque menos común –posibilidad en lo que respecta a la aplicación de las causas de justificación. Nos referimos al

¹³⁹⁷ Reza el art. 21.1º CP: “Son circunstancias atenuantes [...] las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

¹³⁹⁸ Tanto doctrina como jurisprudencia vienen exigiendo como requisito para la aplicación del art. 21.1º CP, comprensivo de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, la concurrencia de los elementos esenciales de las causas de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.1 CP, pues –se arguye –de no concurrir éstos no sería posible atenuar la responsabilidad en cuanto que no estaría presente la esencia de las circunstancias del art. 20.1 CP. Así lo señala, por ejemplo, la SAP de Barcelona de 262/2015, de 23 de marzo: “no puede apreciarse la eximente ni completa ni incompleta, al faltar un elemento básico de la misma”. En el caso concreto de las causas de justificación de la responsabilidad criminal –que son las que ahora nos ocupan –, señala MUÑOZ RUIZ, J., *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas. Régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación*, Aranzadi, 2016, pág. 163, y 169-172, que “Así, para aplicar la legítima defensa incompleta deberá haberse producido una agresión ilegítima (requisito esencial de la exención completa) y en relación al estado de necesidad incompleto, debe darse una real situación de necesidad entendida como conflicto entre bienes jurídicos”. En lo que respecta a la circunstancia séptima, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, la autora sostiene, en base a la jurisprudencia, que “en todo caso se requiere la existencia de un deber o de un derecho legítimo”.

supuesto en el que, faltando alguno de los elementos considerados por la jurisprudencia como esenciales de éstas, y no siendo, por tanto, factible atenuar la responsabilidad criminal ex art. 21.1º CP, que exige la concurrencia de los mismos, se recurriese como cajón de sastre con el que obtener una disminución penológica a la cláusula legal de analogía contenida en el art. 21.7º CP¹³⁹⁹. No obstante, lo cierto es que, en puridad, ya no estaríamos en tal caso siquiera ante una causa incompleta de justificación de la realización de una conducta típica propiamente dicha, por faltar sus elementos esenciales y constitutivos, sino ante una circunstancia –como su propio nombre indica– análoga o similar, que, por ello, no habilitaría para la aplicación de la importante rebaja punitiva prevista en el art. 68 CP, restringida a las circunstancias del art. 21.1º CP, debiéndose de acudir en tal caso para la individualización de la pena a las reglas generales del art. 66 CP¹⁴⁰⁰.

¿Es imaginable una situación en la que la creación, dirección o participación en una organización criminal resulte justificada por el ordenamiento jurídico? En principio

¹³⁹⁹ Establece el art. 121.7.ª CP: “Son circunstancias atenuantes [...] cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”. Se produce aquí una discusión en relación a cuál deba ser la interpretación del término “las anteriores”, en el sentido de si el mismo ha de entenderse referido exclusivamente a los anteriores apartados del art. 21 CP, o si, por el contrario, comprendería también a las circunstancias eximentes del art. 20 CP. Con la excepción de ciertos pronunciamientos restrictivos (STS de 21 de julio de 1993), cabe decir que la jurisprudencia actual de forma mayoritaria viene avalando la segunda interpretación. Véase en este sentido la STS 575/2008, de 7 de octubre, FJ Séptimo: “Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal”.

¹⁴⁰⁰ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1995, pp. 59 y ss., da cuenta de algunos ejemplos de sentencias del Alto Tribunal en las que se aplica la atenuante analógica respecto de ciertas causas de justificación. Así, en relación al estado de necesidad, la STS de 14 de julio de 1982, en un caso de delincuencia motivada por penuria económica manifestó: “...aunque de suyo y por sí solo, este hecho –se refiere a la circunstancia de la escasez de medios económicos –no es suficiente para fundar la eximente a que aluden los recurrentes –entiéndase, la eximente de estado de necesidad –, al no constar ni la carencia de medios económicos para subsistir, ni si, antes de resolver la ejecución del delito habían acudido infructuosamente a otros expedientes para remediar su situación, es una realidad sociológica que tal circunstancia crea una situación angustiosa y excepcional que si no llega, en este caso, a dar el supuesto típico de la eximente incompleta, sí el de la atenuante analógica del número 10 del artículo 9 al estar en menor proporción ese estado”. En el mismo sentido, véase la STS de 2 de marzo de 1992. En lo que respecta a la eximente incompleta de legítima defensa, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Madrid, 1972, se manifestó en su momento como partidario de apreciar la atenuante analógica en relación a la misma en los casos de defensa frente a ataques no constitutivos de delito, sino de falta. Nótese que, tanto en el Código Penal de 1944, como en el actual, de 1995, se exigía como elemento esencial de la legítima defensa la existencia de una agresión ilegítima constitutiva de delito. No obstante, actualmente, tras la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, que suprime el libro III, comprensivo de las faltas, el recurso a tal “estrategia” se hace innecesario.

tal posibilidad parece un tanto extraña, pero veamos una a una las causas de justificación, analizando su aplicabilidad al contexto que nos ocupa.

1.2. Legítima defensa

Siguiendo el orden sistemático del art. 20 CP, la primera causa de justificación cuya virtualidad habría que plantearse a este respecto sería la legítima defensa. Exonera de responsabilidad criminal el apartado cuarto del precepto al que “obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”.

Cuando se habla de esta causa de justificación, se suele imaginar el supuesto en que un sujeto que es injustamente atacado, en su intento por defenderse, provoca un resultado típico en el agresor. Trasladar esta causa de exoneración al ámbito de las organizaciones criminales es realmente difícil. Si no piénsese, ¿cómo puede constituir la conducta de crear, dirigir, participar o colaborar con una organización de estas características un medio defensivo frente a una agresión ilegítima actual? El supuesto no es siquiera imaginable, y de ser alegado como causa de justificación la pretensión sería, desde luego, desestimada por cualquier tribunal porque, aun cuando concudiese efectivamente el presupuesto de la agresión ilegítima actual e inminente, no podría nunca entenderse que constituir, dirigir o participar en una organización criminal constituya objetivamente el medio necesario y racional para impedir o repeler dicha agresión, faltando así uno de los elementos esenciales de esta causa de justificación¹⁴⁰¹.

En la imposibilidad de alegar legítima defensa como justificación de las conductas típicas de los delitos de organización o grupo criminal juega también un papel fundamental la propia configuración técnica de estos tipos penales. Por una parte, y como factor fundamental a este respecto, está el hecho de que nos encontramos ante delitos cuyo objeto de protección está constituido por un bien jurídico supraindividual – concretamente, en nuestra opinión, por la seguridad colectiva –. Si la agresión ilegítima, presupuesto de aplicación de la legítima defensa, consiste en una ofensa contra bienes jurídicos individuales de la víctima¹⁴⁰², ya sea su vida, su integridad física, o su

¹⁴⁰¹ Como establece a este respecto BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., Bdef, Buenos Aires, 2016, pág. 451: “un procedimiento defensivo sólo tendrá la consideración de necesario cuando sea idóneo, conforme a un baremo objetivo *ex ante*, para evitar el peligro amenazante. No tendrán esta consideración, en cambio, aquellos medios que no sean en alguna medida objetivamente aptos para evitar o disminuir el riesgo de que el peligro se materialice en lesión”.

¹⁴⁰² NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVII. Las causas de justificación (I): La legítima defensa y el estado de necesidad”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pág. 253, al tratar el fundamento de la legítima defensa,

patrimonio, por citar algunos de los más frecuentes en este contexto¹⁴⁰³, la reacción defensiva por parte de ésta para impedir o repeler tal ofensa ha de estar dirigida, por lógica, también contra bienes individuales, en este caso del agresor ilegítimo. No cabe, por tanto, que ante un ataque ilegítimo a un bien jurídico individual, del que es titular la víctima, ésta reaccione defensivamente atacando un bien jurídico cuya titularidad la ostenta el conjunto de la sociedad. Ello sería, si se piensa, materialmente injusto toda vez que la comunidad –excepción hecha del autor de la agresión ilegítima, que también es parte de ella – no tiene por qué sufrir un ataque cuya razón de ser es la defensa frente a una agresión entre particulares. Por otra parte, y como factor complementario que viene a apoyar esa incompatibilidad de la configuración técnica de los delitos de organización con la institución jurídica de la legítima defensa de que hablamos, se encuentra la circunstancia de la conceptualización de estos tipos penales como “delitos permanentes”. Las conductas descritas en los tipos penales de asociación ilícita, organización y grupo criminal se caracterizan –excepción hecha de las conductas de fundar y constituir, que podrían en algún caso realizarse instantáneamente – por ser duraderas en el tiempo, manteniéndose la situación antijurídica de forma persistente en tanto en cuanto el sujeto, autor del delito, no cese en la realización de la conducta. Lo cierto es que, en principio, tal naturaleza permanente de las conductas que nos ocupan casa mal con las características que se esperan de una respuesta defensiva frente a una agresión ilegítima inminente, esto es, la rapidez e instantaneidad, tanto en su realización como en sus efectos.

1.3. Estado de necesidad

Mayor juego que la legítima defensa puede dar en el contexto de las organizaciones criminales la causa de justificación del estado de necesidad, contemplada como factor de exoneración de la responsabilidad criminal en el apartado quinto del art. 20 CP. En éste el legislador justifica la conducta típica del que “en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

afirma que “se trata de la protección individual o autoprotección de bienes jurídicos [...] Sólo se permite la legítima defensa respecto de bienes jurídicos individuales. Se excluye la de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales”.

¹⁴⁰³ Como curiosidad cabe señalar que en sus orígenes el ámbito de aplicación de la legítima defensa era mucho más reducido de lo que lo es ahora. Así, como señala ARROYO DE LAS HERAS, A., “Capítulo II. Las eximentes incompletas del número 1º. del artículo 21 del Código Penal”, en MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 53, en el Código Penal de 1822 quedaba limitada su aplicación a los ataques a la vida o a la integridad física, contemplándose la causa de justificación en la Parte Especial en relación a los delitos de homicidio y lesiones. Fue el Código Penal de 1848 el que amplió su formulación, trasladándola a la Parte General “con una amplia formulación comprensiva tanto de la persona como de los derechos”.

Con más o menos divergencias, doctrina¹⁴⁰⁴ y jurisprudencia¹⁴⁰⁵ han venido interpretando en términos generales el concepto legal “estado de necesidad”, configurado como presupuesto o elemento esencial de esta causa de justificación, de la que recibe su nombre, como una situación de peligro inminente o actual, real y objetivo de la producción de un mal propio o ajeno que únicamente puede evitarse mediante la causación de otro mal, entendido éste como lesión de un bien jurídico o infracción de un deber. Como exige el requisito primero del art. 20.5º CP, este mal causado, que constituye la conducta típica que el legislador viene a justificar, no ha de ser en ningún caso mayor que el mal evitado, dándose con ello cabida en el precepto a dos supuestos distintos: el caso en el que el mal causado sea menor que el mal evitado, y aquél otro en el que éstos sean equivalentes¹⁴⁰⁶. Esta dualidad de supuestos albergados bajo la misma institución jurídica ha provocado un intenso debate doctrinal en relación a la naturaleza del estado de necesidad¹⁴⁰⁷, encontrándose, por una parte –minoritaria, pero importante¹⁴⁰⁸ –, los que defienden su carácter unitario como causa de justificación, y, por otra –mayoritaria¹⁴⁰⁹, los que hablan de naturaleza mixta, restringiendo los casos en que el mal causado es menor que el evitado al territorio de la antijuridicidad, y

¹⁴⁰⁴ Véase, por ejemplo, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 471, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 354, y LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. El delito como conducta antijurídica, II: Las causas de justificación, y 2: El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y el consentimiento”, en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDRO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, pág. 450.

¹⁴⁰⁵ SSTs de 5 de diciembre de 1994, 15 de febrero de 2002, 10 de febrero de 2003, entre otras muchas.

¹⁴⁰⁶ Nótese que la regulación originaria del estado de necesidad no contemplaba esta segunda posibilidad. Así, el Código Penal de 1932 señalaba como primer requisito para la aplicación de la eximente que “el mal causado sea menor que el que se trata de evitar”. No fue hasta la aprobación del Código Penal de 1944 cuando se dio cabida a los supuestos de equivalencia entre mal causado y mal evitado, surgiendo entonces la discusión doctrinal sobre la unitaria o doble naturaleza del estado de necesidad.

¹⁴⁰⁷ Da cuenta de esta diversidad de pareceres la STS de 23 de enero de 2003, señalando que “esta Sala se ha hecho eco alguna vez de esta “teoría de la diferenciación” pero lo importante, en cualquier caso, es la exigencia normativa de que “el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”.

¹⁴⁰⁸ Como representantes de la llamada teoría unitaria, o de la unidad, esto es, defensores de una concepción única del estado de necesidad como causa de justificación, comprensiva también de los supuestos de igualdad entre el mal causado y el mal evitado, podría citarse a GIMBERNAT ORDEIG, E., “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 218-230, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 416-418, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVII. Las causas de justificación (I): La legítima defensa y el estado de necesidad”, *op. cit.*, pp. 263 y 270, y MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 468 – 470. En puridad, este último autor, propone restringir el campo de aplicación del estado de necesidad como causa justificante, derivando los supuestos que la tesis diferenciadora califica de “estado de necesidad exculpante” al ámbito del art. 20.6º CP (eximente de miedo insuperable), o, en su defecto, al del art. 20.7º CP (eximente incompleta analógica). Véase, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 469 y 470.

¹⁴⁰⁹ Puede citarse, entre otros muchos, a CERERO MIR, J., “La regulación del estado de necesidad en el Código penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 10, 1985-1986 y ARROYO DE LAS HERAS, A., “Capítulo II. Las eximentes incompletas del número 1º. del artículo 21 del Código Penal”, *op. cit.*, pág. 61. En Alemania esta tesis goza de consagración legal, al recoger los párrafos §§ 34 y 35 sendas modalidades de estado de necesidad. No obstante, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 467 y 468, alerta de la diversa fundamentación de la teoría diferenciadora en España y Alemania, señalando que, mientras en Alemania la figura del estado de necesidad como causa de exculpación se construye en base a la anormal motivación del sujeto en tales casos, en España descansa –a su juicio erróneamente – en la mera equivalencia cuantitativa de los valores en conflicto.

derivando el estudio de los supuestos en que ambos males son equivalentes a sede de culpabilidad, aplicando entonces el estado de necesidad como causa de exculpación. Toda vez que esta cuestión excede de las pretensiones perseguidas con este capítulo, abordaremos el estado de necesidad en el marco de las organizaciones criminales unitariamente como causa de justificación, obviando la diversidad de posturas al respecto.

Aplicando estos principios regidores de la figura al ámbito de la criminalidad organizada, cabe imaginar ciertos supuestos en que la realización de ciertas conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP resulte, si no completamente, al menos parcialmente justificada por el ordenamiento jurídico por encontrarse su autor en una situación de estado de necesidad o conflicto de intereses.

1.3.1. Colaboración ante la amenaza de la producción de un mal. La víctima como colaboradora de la organización o el grupo criminal¹⁴¹⁰.

a. Distintas tesis propuestas de cara a lograr la impunidad de estas conductas, y nuestra propuesta: la colaboración e integración con organización criminal como conductas típicas a exonerar de pena a través del estado de necesidad, o, subsidiariamente, del miedo insuperable

El primero de los supuestos imaginables es aquel en que un sujeto colabora económicamente en condición de “extraneus” con una organización o grupo criminal o se integra en ella con el fin de que no se materialice una amenaza de que ha sido víctima.

Esto es, integrantes o cercanos a la agrupación criminal instan al sujeto a realizar la conducta típica de cooperación económica o integración con organización o grupo criminal, amenazándole con que de negarse a ello él o un tercero o terceros - normalmente, familiares o amigos – sufrirán algún mal. El sujeto que cede a la amenaza para que ésta no se cumpla integrándose o financiando a la organización o el grupo criminal actúa, en consecuencia, obligado pues su conducta no responde a una decisión libremente tomada. Se impone, en consecuencia, la búsqueda de algún expediente que permita, si no exonerar de pena, al menos atenuar la responsabilidad criminal de esta persona.

Si la doctrina es unánime en cuanto a esta necesidad en pro de la impunidad o al menos de la atenuación de la responsabilidad penal del sujeto en cuestión, no lo es, sin embargo, en lo que se refiere a la vía dogmática concreta a emplear a tal fin, siendo varios los caminos para ello propuestos¹⁴¹¹, y que aquí sintetizamos: (1) lograr la

¹⁴¹⁰ Señala esta dualidad, remarcando el posible doble papel víctima – delincuente en relación a las conductas de colaborar (“unterstützen”) del § 129 StGB, ARZT, G., “§§ 129, 129 a; Kriminelle Organisationen”, *op. cit.*, pág. 929.

¹⁴¹¹ Señala la unanimidad en la reclamación de no castigo, así como la variedad de propuestas a tal fin, en relación concretamente a la conducta de cooperar económicamente con organización terrorista por pagar

impunidad del sujeto negando ya la misma existencia de acción penal, bajo el expediente de fuerza irresistible, (2) afirmar el carácter de acción penalmente relevante, pero descartar su carácter típico por falta de dolo, (3) entender que se trataría de una acción típica, pero justificada por la concurrencia de una situación de estado de necesidad, y (4) calificar la conducta de típica y antijurídica, pero no culpable por considerar que en esas circunstancias hubiera sido jurídicamente inexigible otra conducta alternativa al pago o a la integración en la agrupación criminal.

La primera de las vías propuestas, que ataja la resolución del problema ya desde el concepto mismo de acción penalmente relevante en base a una concepción amplia de “fuerza irresistible”, es muy minoritaria en la doctrina, y, su aplicación, además, se viene restringiendo por este sector minoritario a supuestos muy específicos. Dentro de la misma puede destacarse a QUINTERO OLIVARES y GARCÍA VITORIA, según los cuales el concepto de “fuerza irresistible”, excluyente de la acción penal, abarcaría no sólo los supuestos admitidos tradicionalmente de ejercicio de vis física o absoluta, sino también en ciertas condiciones a los de vis moral o compulsiva, esto es, casos en que la violencia se ejerce indirectamente a través de amenazas que anulen la voluntad del sujeto amenazado. Decimos “en ciertas condiciones” porque según estos autores no toda conducta típica llevada a cabo en virtud de coacción psíquica sería considerada como acción penalmente irrelevante, sino que tendrían que concurrir además ciertos factores adicionales. En el caso de QUINTERO OLIVARES, estos factores se traducirían en la presencia de un acto de fuerza física, que sería precisamente el desencadenante de la intimidación. El autor pone el ejemplo de un sujeto que ha sido víctima de la fuerza física, y con ello, mediatamente, de la coacción psicológica, que lleva a cabo posteriormente una acción precisamente ante la amenaza de volver a ser golpeado. Defiende así el autor que junto a los casos clásicos de fuerza irresistible, en que la acción considerada como penalmente no relevante es consecuencia del mismo acto físico, habría otros, en que el ejercicio de la fuerza irresistible física se separa de la acción irrelevante penalmente, que es realizada con posterioridad ante el miedo a que se reitere dicha *vis física*¹⁴¹². Las condiciones que impone GARCÍA VITORIA para aplicar la fuerza irresistible a supuestos de coacción psíquica son otras muy diversas. Y es que, según esta autora el criterio a atender a este respecto debe ser el de la inmediatez de la

el impuesto revolucionario, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas”, *op. cit.*, pp. 212 y 213.

¹⁴¹² QUINTERO OLIVARES, G., *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Barcanova, Barcelona, 1981, pág. 186. No obstante, hay que matizar que, en puridad, el autor parece exigir para hablar de *vis compulsiva* como supuesto de ausencia de acción la adicional y previa realización de un acto de fuerza física, como desencadenante de la intimidación: “...puede la fuerza –en referencia a la fuerza irresistible –ser física y directamente actuada sobre el sujeto (<<vis absoluta>>) o bien moral, en cuyo caso se separa la fuerza de la acción pero ésta obedece a la presión psicológica generada por el previo ejercicio de la fuerza física (p.e., el sujeto había sido golpeado) (vis compulsiva). En el primer caso no hay más acción que la del que ejerce la fuerza, mientras que el que la sufre se transforma en simple instrumento; en el segundo, existe una acción externamente voluntaria, pero que no refleja la real voluntad del sujeto pues ésta se encuentra atenuada (p.e., actúa ante la amenaza de volver a ser golpeado)”.

producción del mal con que se amenaza¹⁴¹³. Así, de acuerdo con su interesante tesis, estaríamos ante amenazas causantes de fuerza irresistible -y, por tanto, el sujeto que cede a las mismas no realizaría una acción penalmente relevante - cuando, se obligue a acceder de forma inmediata a la imposición. Por el contrario, cuando falte esta intermediación, y el sujeto coaccionado tenga un cierto espacio de tiempo para acatar o no la orden amenazante, podrá hablarse según la autora de capacidad de voluntad, aún condicionada, habiendo en consecuencia acción penalmente relevante¹⁴¹⁴.

La segunda vía propuesta en la búsqueda de una impunidad para este tipo de conductas daría un paso más en la secuencia material del delito, esgrimiendo que la acción, pese a ser coaccionada, es penalmente relevante por no ser aplicable la fuerza irresistible, limitada a supuestos de vis física inmediata¹⁴¹⁵, si bien no sería típica por faltar en ella la intención de colaborar con la organización como elemento del tipo subjetivo. Esta idea ha sido mantenida en referencia concretamente a la conducta de colaboración con organización y grupo terrorista en contextos de coacción por CAMPO MORENO¹⁴¹⁶. Habida cuenta de que el dolo constituye la voluntad y conocimiento de realizar los elementos objetivos del tipo, en el caso mentado, de cooperar económicamente con una organización, se intuye que la autora lleva a cabo una interpretación restrictiva del tipo exigiendo un elemento subjetivo del injusto que no requiere expresamente el legislador, cual es la motivación personal de colaborar con la agrupación¹⁴¹⁷, lo que resulta un tanto forzado.

Las dos vías restantes propuestas a nivel doctrinal de cara a no castigar las conductas de integración o cooperación forzada con agrupaciones criminales consisten en, afirmando la tipicidad de la conducta, por concurrir todos sus elementos objetivos y subjetivos, o bien negar su antijuridicidad calificando el supuesto de estado de

¹⁴¹³ GARCÍA VITORIA, A., “Algunas propuestas sobre las causas de ausencia de la acción típica”, en ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y DENDALUCE SEGUROLA, I. (Coord.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 535 y ss.

¹⁴¹⁴ No obstante, en estos casos la autora parece contemplar la posibilidad de exonerar de responsabilidad criminal al sujeto amenazado que realiza la acción típica en sede de culpabilidad, por la anormal motivación del sujeto. Véase GARCÍA VITORIA, A., “Algunas propuestas sobre las causas de ausencia de la acción típica”, *op. cit.*, pág. 536.

¹⁴¹⁵ Así MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 216: “La fuerza física irresistible excluye [...] la acción porque supone ausencia de voluntad en el forzado. Esta clase de fuerza debe distinguirse de la violencia moral (*vis moral*) que no incide sobre el cuerpo de otro, sino sobre su mente, a la que se intimida mediante una amenaza”.

¹⁴¹⁶ CAMPO MORENO, J.C., *Represión penal del terrorismo: una visión jurisprudencial*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997, pág. 94.

¹⁴¹⁷ Como vimos en su momento, también se manifiesta proclive a exigir ese móvil para apreciar el tipo de colaboración con organización terrorista GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *op. cit.*, pág. 3. No obstante el autor no trataba la cuestión en relación a un supuesto de colaboración forzada o bajo coacción psicológica, sino en referencia al “caso Faisán”, atinente al chivatazo dado por agentes de la Policía a miembros de ETA que evitó su detención. Habida cuenta de que estos agentes no actuaron con la intención de favorecer a ETA, sino de no entorpecer las negociaciones para alcanzar la paz, y a que no compartían los principios ideológicos de la banda, el autor entiende que la conducta no debería ser típica por falta de este elemento subjetivo.

necesidad, o bien, aceptando su carácter antijurídico, acudir al instituto de la inexigibilidad de otro comportamiento, reflejado hoy en la figura legal del miedo insuperable. La doctrina mayoritaria se encuentra dividida entre estas dos vías¹⁴¹⁸, reconociendo sin lugar a dudas la tipicidad de estos comportamientos coaccionados de colaboración con o integración en organización o grupo criminal. En puridad, el factor decisivo para decidir el tratamiento jurídico de la cuestión en una o otra sede, esto es, en antijuridicidad o en culpabilidad, será la situación concreta amenazante. Así, si se dan todos los requisitos para la aplicación del estado de necesidad, se acudirá al mismo para justificar la conducta, si no, se intentará acudir residualmente a la figura del miedo insuperable. No obstante, hay quienes descartan totalmente la aplicación del estado de necesidad a los supuestos de violencia moral como el presente, como SÁINZ CANTERO¹⁴¹⁹ y MIR PUIG¹⁴²⁰, sosteniendo que su impunidad ha de abordarse en sede de culpabilidad.

En lo que a nosotros respecta, compartimos la opinión de la doctrina mayoritaria. En el tema que nos ocupa, las conductas de colaboración con o integración en organización o grupo criminal realizadas por parte de sujetos coaccionados son típicas por concurrir en ellas tanto los elementos objetivos como los elementos subjetivos integrados aquí únicamente por el dolo, esto es, el conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica. Consideramos que ello sería así incluso en los casos en los que se obligue con intimidación a acceder a la imposición de forma inmediata, que GARCÍA VICTORIA califica como supuestos de ausencia de acción penalmente relevante por existencia de fuerza irresistible. Así, en nuestra opinión, si un sujeto, víctima de un delito de robo con intimidación por parte de integrantes de una organización criminal, entrega coaccionado el contenido de su caja fuerte a los delincuentes realiza una conducta típica de colaboración con organización criminal, en tanto que, para nosotros, la vis moral queda “extramuros” del concepto de “fuerza irresistible”. Nótese que, además, el concepto de dolo va más del dolo directo de primer grado, esto es, de la intención directa de realizar la conducta típica, englobando asimismo al dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias y al dolo eventual. La voluntad directa de los sujetos no es colaborar con la organización o el grupo criminal, o integrarse en ellos, pero, en tanto ellos saben que es una condición necesaria para que no se cumpla la amenaza de que han sido víctimas, aceptan el

¹⁴¹⁸ Así lo señala, en el ámbito concreto de las conductas de colaboración con organización y grupo terrorista, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas”, *op. cit.*, pág. 213.

¹⁴¹⁹ SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Barcelona, 1985, pág. 267: “mediante la violencia moral el sujeto sufre una presión en su voluntad para que actúe en un sentido determinado (contra el orden jurídico), pero siempre le queda su voluntad para actuar en otro sentido. [...] Voluntad coaccionada, pero voluntad en definitiva. Su impacto no lo hace esta clase de fuerza en la acción, sino en la culpabilidad”.

¹⁴²⁰ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 216: “Aunque la intimidación sea insuperable, no excluye una decisión de voluntad (*coactus, tamen voluit*) ni, por tanto, un comportamiento voluntario, pero sí impide la imputación personal de dicha conducta. El art. 20.6º CP sólo se refiere a esta otra modalidad de violencia moral cuando considera eximente al miedo insuperable”.

resultado de su acción. Podríamos hablar, por tanto, concretamente de un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias. La entrega de una cantidad a integrantes o colaboradores de una organización mediante coacción psicológica aquí abordada, en tanto acción penalmente relevante y típica, habrá de ser tratada, de cara a la búsqueda de su impunidad, en sede de antijuridicidad, a través de la figura del estado de necesidad. En caso de entender que la misma no es aplicable a todos o algunos de los supuestos de coacción imaginables, se buscaría la posibilidad de exonerar de pena al sujeto coaccionado en sede de culpabilidad, por el expediente del miedo insuperable.

En lo que sigue veremos, pues, el ámbito de aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad en relación a cada una de las hipótesis aquí imaginables de realización de la conducta típica mediante intimidación. Restringimos el análisis a las conductas típicas de cooperar e integrar por ser las conductas -sobre todo la primera - respecto a las que mayor facilidad pueden apreciarse situaciones de estado de necesidad o de miedo insuperable. Y es que, resulta complicado imaginar situaciones de necesidad *ex art. 20.5º CP* que motiven la realización de las conductas típicas de promover, constituir, dirigir, presidir, organizar o coordinar una organización criminal. ¿Miembros de una organización criminal que amenazan a un sujeto para que la dirija o presida? El supuesto, aunque viable desde un punto de vista teórico, resulta rocambolesco en la práctica.

a.1. Respecto a la conducta de cooperación con organización criminal o financiación de grupo criminal

En relación a las conductas de cooperación con organización criminal y financiación de grupo criminal¹⁴²¹ son imaginables en lo que aquí respecta principalmente dos supuestos de “colaboración obligada”¹⁴²²: la entrega de una cantidad económica ante amenazas de la causación de un daño y el pago de un rescate para la liberación de un sujeto secuestrado por la agrupación criminal. Estas formas de “colaboración obligada” con organizaciones y grupos criminales se corresponden, por otra parte, con mecanismos de ciertas grandes organizaciones criminales para obtener recursos económicos complementarios a los que genera su actividad criminal. Junto a estas dos conductas típicas de colaboración obligada con organización y grupo criminal, trataremos además el supuesto del intermediario, extraño a la organización, que media en las negociaciones entre la agrupación delictiva y el sujeto colaborador obligado. Si bien su conducta de colaboración no es propiamente “obligada” en el sentido de las dos

¹⁴²¹ Como vimos, el legislador sólo castiga la cooperación de tipo económico en relación a la figura del grupo criminal (Art. 570 ter.1 CP: “Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados...”).

¹⁴²² Emplea este término para referirse a estos supuestos los denomina LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 419. La autora basa tal denominación en el hecho de que en estos supuestos “no concurre la voluntad directa” de colaborar con la organización o grupo criminal por parte del sujeto autor de la conducta.

anteriores, consideramos procedente analizar en este punto, por su cercanía con éstas, la problemática que entraña su calificación jurídica.

a.1.1. El pago de una cantidad ante amenazas de un daño personal o a terceros

La primera de las hipótesis imaginables sería aquella en la que un sujeto coopera con una organización criminal, aportando por ejemplo una importante suma de dinero a la misma, para evitar que se materialice una amenaza de que ha sido víctima.

¿Podría ser esta conducta típica de cooperar económicamente con una organización criminal o de financiar un grupo criminal justificada vía estado de necesidad *ex art. 20.5º CP*?

1.Situación de peligro objetivo y actual de la producción de un mal propio o ajeno

El elemento clave para responder a la pregunta radica aquí en el presupuesto básico del estado de necesidad no recogido expresamente en el art. 20.5º CP, pero inferido por la jurisprudencia y la doctrina del término legal “en estado de necesidad”. Nos referimos a la situación de peligro inminente, real y objetivo de la producción de un mal propio o ajeno. Así, habría que plantearse si la conducta amenazante que da lugar a que el coaccionado coopere económicamente con la organización podría ser apta para originar esa situación de peligro inminente, real y objetivo de la producción de un mal propio o ajeno, configurada como presupuesto o elemento primero y esencial del estado de necesidad, cuya ausencia determina, por ende, la no aplicación de la circunstancia, ya como eximente, ya como atenuante¹⁴²³. La respuesta a la cuestión planteada no debe, sin embargo, realizarse en términos generales para la multiplicidad de supuestos que pueden plantearse, siendo conveniente discriminar la misma en atención a las particularidades del caso. De acuerdo con ello, abordaremos la cuestión en dos supuestos distintos: aquél en que la conducta amenazante requiere de una reacción inmediata por parte del amenazado, y aquél otro en que se da un tiempo al amenazado para cumplir con el requerimiento económico. El primero de los supuestos descritos se correspondería con el delito de robo con intimidación o extorsión. Nótese que el criterio comúnmente empleado tanto por doctrina¹⁴²⁴ como por jurisprudencia¹⁴²⁵ para discernir

¹⁴²³ Así lo señala, por ejemplo, la SAP Alicante 365/1997, de 9 de junio, FJ Cuarto: “Esta circunstancia -entiéndase, el estado de necesidad - tanto en su vertiente completa como incompleta requiere como presupuesto necesario e, imprescindible la existencia de una situación angustiosa e inminente de puesta en peligro de bienes jurídicos”.

¹⁴²⁴ Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 353. Señalando también la temporalidad o no inminencia del mal como característica propia del delito de amenazas según la doctrina mayoritaria, DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *El delito de amenazas (en el nuevo Código Penal)*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997, pág. 29: “Se trata de un requisito no requerido en nuestra dogmática por la ley, pero sí por una unánime doctrina desde Carrara [...] a los efectos de sustantivar el delito de amenazas y diferenciarlo de otros en que figura asimismo como elemento de dinámica comisiva la intimidación o *vis compulsiva*, tales como los de coacción, robo y extorsión”.

¹⁴²⁵ Así la STS de 25 de octubre de 1982, y la SAP Barcelona de 2 de abril de 2000, FJ Tercero, que afirma: “Según tradicional y reiterada doctrina jurisprudencial circunstancias del Tribunal Supremo de 16

cuándo es aplicable el delito de robo con intimidación del art. 237 CP, y cuándo el delito de amenazas condicionales lucrativas del art. 169.1º CP, es de la inmediación del mal con que se amenaza, determinándose que, si se exige la entrega inmediata de la cosa será de aplicación el primero, y, si se concede un plazo a la víctima para efectuarla, se calificará la conducta como amenaza. El mismo criterio se emplea para la distinción de las figuras de extorsión y amenazas condicionales. Véase que la extorsión es denominada por algún sector doctrinal como “robo documental” en tanto comparte muchas características con el robo con intimidación, como la nota de inmediación del mal con que se intimida a la víctima¹⁴²⁶.

En el supuesto en que, ante la amenaza de la producción de un mal por parte de integrantes de una organización o grupo criminal, se les entregue una cantidad de dinero, en el caso de ser víctima de un robo con intimidación, o se firme y se les entregue coaccionado un contrato de compraventa de unos terrenos, en el supuesto de ser víctima de un delito de extorsión¹⁴²⁷, estará claramente presente el requisito de la inminencia o actualidad del peligro, que doctrina y jurisprudencia exigen para justificar una conducta típica *ex art. 20.5º CP*. Aclárese que suponemos que el sujeto coaccionado conoce la circunstancia de que los autores del delito de robo con intimidación o extorsión son personas integradas o cercanas a una organización y grupo criminal, pues, de no ser así, la conducta de entrega del dinero o de firma del contrato, bajo coacción, no se subsumiría en el tipo de cooperación económica con organización criminal o financiación de grupo criminal por no concurrir en ella el dolo, al haber un error sobre uno de los elementos esenciales del tipo. Por tanto, de no conocerse en los ejemplos supra mentados la identidad de los delincuentes por parte del coaccionado la conducta de colaboración económica será directamente atípica, no siendo necesario analizar su antijuridicidad. Lo mismo sucederá en el caso en que los integrantes de la organización, autores del robo o de la extorsión, actúen por intereses propios, ajenos a la organización, pues, en relación a las conductas de colaboración con organización criminal y

de Junio de 1900, 15 de junio de 1910, 13 de Febrero de 1942, 27 de octubre de 1982, 27 de Junio de 1985 y 16 de Enero de 1991) la distinción del delito de amenazas condicionales lucrativas y el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, en las que la intimidación consista en amenazas, estriba en que en este último delito (robo) el mal que lleva en si la amenaza se presenta ante la víctima como inmediato, mientras que en el delito de amenazas condicionales lucrativas conminan con el mal para un futuro más o menos próximo pero no inmediato”.

¹⁴²⁶ Véase la SAP Alicante 394/2006, de 6 de julio, que se remite a su vez a la STS 2011/1994, de 18 noviembre: “para considerar que un hecho es constitutivo de un delito de amenazas, el mal ha de ser futuro, más o menos próximo, pero no presente o coetáneo, elemento temporal que sirve para diferenciar las amenazas de otras intimidaciones delictivas como las coacciones, el robo o la extorsión”.

¹⁴²⁷ Véase la STS 1022/2009, de 22 octubre, que recoge las diferencias entre las figuras de robo con violencia e intimidación y extorsión, como delitos contra el patrimonio: “la extorsión se caracteriza no sólo por no recaer exclusivamente sobre el contenido mobiliario del patrimonio del sujeto pasivo sino, aún más esencialmente, porque la acción del autor no se proyecta directamente sobre un apoderamiento del objeto del delito, sino que, de producirse éste, es ya en fase de agotamiento de la infracción y como consecuencia de una conducta llevada a cabo por el sujeto pasivo. Conducta que, ha de consistir en la ejecución de algún acto de disposición o negocio de cierta complejidad jurídica, pues si ese "acto" fuera simplemente la entrega de la cosa interesada por el autor del delito, nos hallaríamos realmente ante un robo”.

financiación de grupo criminal, faltará el elemento objetivo del tipo relativo a colaborar con la agrupación criminal en sí, como ente con voluntad superior a la de sus individuales integrantes.

No parece concurrir tan claramente dicho elemento en la segunda modalidad de casos supra descritos, esto es, en los que el sujeto víctima de un delito de amenazas condicionales, entrega coaccionado una determinada cantidad económica a los integrantes de la organización o grupo criminal o firma un contrato de donación o compraventa de determinados bienes. En estos casos el sujeto, víctima de intimidación, tiene un tiempo para acatar la orden emitida por la agrupación criminal, por lo que el peligro de producción de un mal no parece inminente, o al menos, desde luego, no tan inminente como en los casos anteriores. No obstante, antes de emitir una conclusión, veamos cómo interpreta a este respecto el término “en estado de necesidad” la jurisprudencia y doctrina penales. Pues bien, en lo que respecta a la primera, se aprecia una rígida exigencia en cuanto a que la situación de peligro sea inminente. Se encuentra así una jurisprudencia consolidada¹⁴²⁸ que desestima la aplicación de la eximente del estado de necesidad en supuestos de comisión de delitos ante situaciones de estrechez económica arguyendo, entre otras consideraciones, que no está presente en tales caso un peligro inminente para la vida. Aun así, se encuentra alguna sentencia, que se aleja de este entendimiento estricto del término legal, como la STS 2117/1994, de 5 de diciembre, que afirma que el peligro de producción del mal no tiene por qué ser necesariamente inminente en un sentido temporal, sino que puede ser “simplemente probable siempre que la situación de necesidad presente caracteres de acuciante y grave”¹⁴²⁹.

¹⁴²⁸ Véanse, por ejemplo, las SSTS 640/2002, de 22 de abril, FJ Segundo: “aun cuando la documentación interesada como prueba hubiese acreditado [...] la concurrencia de una situación de grave dificultad económica en el acusado, habría carecido de relevancia para la subsunción, pues dicha dificultad por sí misma es insuficiente para determinar la eximente interesada, aún incompleta, ya que ni equivale a la amenaza de un mal efectivo, inminente y grave, ni acredita que no exista otro medio de superar las referidas dificultades económicas que la dedicación al tráfico intercontinental de cocaína”, y 933/2007, de 8 de noviembre, FJ Cuarto: “Para apreciar tal situación es preciso, en primer lugar, que el mal que amenaza la integridad del bien jurídico que se trata de salvar mediante la lesión del otro bien en conflicto, se presente como real, grave, actual o inminente, es decir, que sitúe al sujeto ante la necesidad de actuar para evitar la inmediata lesión”. El Alto Tribunal además de entender en estos casos que el peligro de que se produzca la muerte como mal a evitar no era inminente, señala que el sujeto parecía disponer de otros medios lícitos para paliar su situación, pues no se probó en ninguna de las causas que el sujeto hubiera agotado todos los medios alternativos existentes a su alcance antes de acudir a la vía delictiva. En lo que respecta a la inminencia, señala, con acierto, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 472, que en estos casos todo depende, en realidad, de cuál se tenga por “mal a evitar”, pues si en vez de considerarse éste como la muerte por inanición, se entiende como hambre o indigencia ante la falta de alimentos, sí podría hablarse a estos efectos de peligro inminente de producción del mal, o incluso de producción actual del mal. Más adelante trataremos sobre el concepto de mal a efectos de la aplicación del estado de necesidad.

¹⁴²⁹ STS 2117/1994, de 5 diciembre, FJ Primero y Único: “No se requiere que se haya producido o se esté produciendo la lesión basta con que del examen de la situación abarcada por el autor se llegue a la conclusión de que el riesgo para el bien jurídico protegido es intenso y que es necesario una determinada acción para atajarlo”. Muy crítica con esta sentencia NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 214.

En el ámbito doctrinal la situación es muy distinta. Por razones de equidad y justicia¹⁴³⁰, el sector mayoritario¹⁴³¹, crítico con la doctrina del Tribunal Supremo, aboga por una interpretación amplia del término “en estado de necesidad”, que comprendería, además de los supuestos de peligro inminente, a los que tradicionalmente se ha reservado el estado de necesidad, las situaciones de peligro duradero o permanente “cuando del transcurso del tiempo no pueda vislumbrarse racionalmente otras vías de solución al conflicto normativo y existencial entre los bienes”¹⁴³². Se conecta así este elemento con el requisito de la necesidad de la acción lesiva realizada, no explicitado en el texto legal, pero exigido unánimemente por doctrina y jurisprudencia. Con ello, no se está, por tanto, sino flexibilizando el entendimiento tradicional del término “en estado de necesidad” pues se incluyen supuestos de peligro permanente exigiendo en ellos un requisito ya reclamado en general para todos los supuestos de estado de necesidad, cual es la inexistencia de modos menos lesivos para evitar el mal. Pues bien, aun adoptando esta interpretación más flexible del estado de necesidad, creemos que resultaría difícil apreciar la situación de estado de necesidad en supuestos de amenazas condicionales de la producción de un mal si no se entrega determinada cantidad a la organización o grupo criminal. Obviando el contenido concreto del mal objeto de amenazas, resulta difícil que el sujeto amenazado no vislumbre racionalmente en el tiempo en que pende la amenaza la posibilidad de acudir a otras vías lícitas alternativas a la de entregar la cantidad reclamada. Ello principalmente en España, Estado social y democrático de Derecho, en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actúan por regla general con imparcialidad, y no corrompidas por organizaciones ni grupos criminales. Si la amenaza para la entrega de cierta cantidad por parte de una organización o grupo criminal se produjera en determinadas zonas de México o Colombia con altas tasas de corrupción policial, el sujeto coaccionado podría llegar a inferir racionalmente que la vía de acudir a la policía no resolverá el conflicto, viendo como única opción eficaz para evitar el mal la entrega del dinero a la organización o grupo criminal; no obstante, en países democráticos occidentales tal posibilidad es, como decimos, altamente remota en la actualidad. En España acudir a la policía¹⁴³³ ante una amenaza por parte de una organización o grupo criminal es una vía lícita alternativa que el sujeto ha de considerar

¹⁴³⁰ MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 225, afirma la necesidad de adoptar esta interpretación flexible del estado de necesidad “al objeto de posibilitar soluciones jurídicas más justas y conformes con el principio de dignidad humana”. El autor señala que este entendimiento de la figura permitiría justificar supuestos de aborto terapéutico.

¹⁴³¹ Puede citarse, por ejemplo, a MARTÍNEZ CANTÓN, S., *La ponderación en el estado de necesidad*, Universidad de León, 2006, pp.628-630, y LUZÓN PEÑA, D.-M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 408: “El mal no necesita ser inminente, sino que basta con un peligro futuro pero que haga precisa ya la intervención”.

¹⁴³² Frase entrecomillada extraída de MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 225, que además señala que: “en ocasiones el sujeto no puede esperar que con el decurso del tiempo surja solución alguna al conflicto de bienes jurídicos”, concluyendo que “la inminencia del peligro no juega un papel esencial en la situación de necesidad”.

¹⁴³³ En general, sobre el acudir a la policía como vía alternativa para evitar el mal, LUZÓN PEÑA, D.-M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pág. 413, refiere, al hilo del análisis del requisito de la necesidad de infringir la norma: “si es posible, hay que salvar sin lesionar directamente bienes jurídicos ajenos, en primer lugar acudiendo a la ayuda estatal, que es la instancia directamente encargada de la protección de bienes jurídicos, o recurriendo a otros medios salvadores legales”.

racionalmente para evitar el mal objeto de amenaza. De esta opinión es NÚÑEZ CASTAÑO, si bien en relación al ámbito del terrorismo, y al supuesto concreto de reclamación del pago del impuesto revolucionario por la organización terrorista ETA. Esta autora entiende que “las amenazas vertidas con el fin de obtener el pago del impuesto revolucionario son meramente potenciales” y que “su verificación y concreción va a depender de una serie de circunstancias posteriores”¹⁴³⁴, señalando la posibilidad de que el mal objeto de amenaza no se materialice por razón de la denuncia a las autoridades por parte del coaccionado y a la consiguiente protección de éste que se le haya proporcionado, o simplemente porque el coaccionado haya abandonado su domicilio habitual. También apunta la autora a la posibilidad de que la amenaza no se ejecute ante el impago del impuesto por un simple cambio de opinión de la organización terrorista, apuntando con todo ello así a la no inmediación del mal objeto de amenaza, y a la consecuente imposibilidad de apreciar en estos supuestos el estado de necesidad, ya como eximente completa, ya como incompleta¹⁴³⁵.

Entendemos, en consecuencia que no concurre en los supuestos concretos que analizamos el elemento de la situación de peligro de un mal, ya entendido en sentido estricto reclamando la inmediación del mal, ya entendido en sentido laxo, abarcando a los casos de peligro permanente. Si adoptamos la primera interpretación, es obvio que la inmediación no está presente cuando se da al sujeto amenazado un tiempo para cumplir con la condición impuesta. Si adoptamos la segunda, tampoco se daría el estado de necesidad pues, como hemos visto, en el periodo de tiempo que el sujeto tiene para reunir la cantidad exigida y realizar el pago, éste puede racionalmente vislumbrar otras vías de solución del conflicto alternativas a la financiación de la organización o el grupo criminal. Ello no significa, sin embargo, que haya que castigar al supuesto que cede ante el miedo a la amenaza, sino que su eventual impunidad ha de buscarse, no en sede de antijuridicidad, sino de culpabilidad, a través del expediente del miedo insuperable. Ello lo analizaremos al tratar más adelante el ámbito de aplicación de esta eximente en las conductas de organización y grupo criminal.

2. La necesidad de realizar la conducta típica.

Restringiéndonos ahora a los supuestos en que la situación amenazante provenga de la comisión de un delito de robo con intimidación o de extorsión, en lo que se da la

¹⁴³⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 214.

¹⁴³⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 214, que, además, para ratificar su afirmación sobre la no inminencia del peligro de la producción de un mal, señala: “han existido supuestos en los que pese a que no se ha realizado el pago, las amenazas proferidas no se han ejecutado, bien porque no le haya interesado a la organización terrorista, bien porque el sujeto extorsionado haya abandonado su domicilio habitual, bien porque haya denunciado la situación a las autoridades y se le haya proporcionado protección”. De otra opinión es, en relación al “impuesto revolucionario” reclamado en sus tiempos por ETA, LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 432, que sostiene que la conducta del pago del impuesto, bajo coacción, resulta justificada por la circunstancia del estado de necesidad.

situación de peligro, presupuesto del estado de necesidad, habría a continuación que plantearse si en ellos había o no necesidad de realizar la conducta típica, o, si, por el contrario concurrían para el intimidado salidas menos lesivas con las que atajar el problema.

El requisito de la necesidad de la realización de la conducta típica - en este caso la cooperación con organización criminal o la financiación de grupo criminal -es, como el elemento anterior, una exigencia que no se contempla expresamente en el art. 20.5º CP, pero que doctrina y jurisprudencia la infieren también del término legal “en estado de necesidad”, reclamando de cara a la aplicación de la eximente que en el caso concreto “se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto” antes de conculcar la ley penal¹⁴³⁶. En los casos que aquí nos ocupan resulta claro que el sujeto amenazado necesitaba actuar para evitar el mal objeto de la amenaza, la cuestión es: ¿había una forma menos lesiva de evitar el mal que cooperar económicamente con la agrupación criminal? En los ejemplos en los que se amenazaba al sujeto con la revelación inmediata de material de contenido privado relativo a éste, las vías alternativas imaginables no hubieran garantizado la evitación del mal objeto de la amenaza. Así, con la huida -en caso de ser posible -el sujeto saldría del lugar espacial en que se encuentra el sujeto o sujetos activos de la amenaza, pero no controlaría con ello que éstos revelaran o no a terceros el material atinente a su intimidad. Lo mismo sucedería con la vía de acudir a las autoridades o de solicitar auxilio. Piénsese que antes de que los agentes de policía o terceros actuaran las fotos o vídeos ya habrían sido reveladas. En consecuencia, la inmediación del mal objeto de la amenaza hace que en estos supuestos sea inimaginable una acción alternativa para evitar el mal que la de ceder a la amenaza entregando la cantidad reclamada. Hablaríamos, por tanto, de necesidad de realizar la conducta típica. En el supuesto en que el objeto de la amenaza fuese atentar contra la vida o la integridad física del propio amenazado o de sus familiares allí presentes, sí podría, sin embargo, evitarse el mal mediante la huida o la solicitud de auxilio por parte de terceros. No obstante, habría que atender a las circunstancias concurrentes en el caso, pues bien pudiera suceder que dichas vías alternativas fuesen materialmente imposibles de llevar a cabo. Piénsese por ejemplo en el supuesto en que los autores del delito de robo con intimidación o de la extorsión empleasen armas para intimidar al sujeto, o lo tuvieran retenido como medio para imposibilitar su huida, y garantizar el éxito de su empresa.

3.Ponderación de males. La exigencia de que el mal causado no sea superior al mal a evitar

Cabe ahora analizar si concurre el primero de los requisitos expresamente contemplados en el art. 20.5º CP para la aplicación del estado de necesidad - la exigencia de que el mal causado no sea superior al mal a evitar - en los supuestos en que concurre una situación de peligro de un mal, siendo la colaboración con organización o

¹⁴³⁶ Así, por ejemplo, STS 1125/2002, de 14 de junio, FJ Segundo.

grupo criminal la forma menos lesiva de evitarlo. A este respecto, es conveniente no sacar conclusiones generalizadoras, sino atender a la distinta fenomenología de supuestos posibles según el contenido concreto del mal objeto de la amenaza. Y es que, a pesar de que por lo general en los delitos de extorsión, y sobre todo de robo con intimidación, el contenido de la amenaza consista en atentar contra la vida o integridad física de la víctima o de terceros, unidos a ésta, son dables males alternativos. Ello es consecuente con la concepción pluri-ofensiva de estos delitos que aquí seguimos, que identifica como bienes jurídicos afectados por las conductas el patrimonio, primordialmente, y la libertad¹⁴³⁷; esto es, no necesariamente la vida o integridad física, pues el contenido de la amenaza bien pudiera afectar a otros valores. Así, pudiera darse, por ejemplo, el caso de que el contenido de la amenaza sea enviar por WhatsApp o subir a YouTube videos del sujeto de contenido sexual que se hayan conseguido de cualesquiera formas¹⁴³⁸, siendo la situación de peligro inminente, de modo que, o el sujeto entrega la cantidad reclamada en el momento, o, en su presencia, se envía vía móvil a terceros el contenido virtual o se sube a la plataforma de vídeos. Se vería aquí afectado un bien jurídico diverso a la vida y a la integridad física, como es la intimidad. Pese a esta posible divergencia entre los males amenazantes, en todos los supuestos imaginables tendríamos de entrada un mismo problema en común. Nos referimos a la circunstancia de que los bienes jurídicos que se ven afectados por el mal causado y el mal a evitar son de diversa naturaleza, lo que parece complicar la labor de ponderación. Nótese que por un lado tendríamos la contribución a la lesión de la seguridad ciudadana como mal causado, lo que entraña una afectación a un bien jurídico abstracto y colectivo; y, por otra, dependiendo del contenido concreto de la amenaza, la lesión de la vida, la integridad física o la intimidad, esto es, una lesión a un bien jurídico concreto e individual.

La doctrina ha dado diversas soluciones ante casos de heterogeneidad de los bienes jurídicos afectados, que pasan, a grandes rasgos, por: (1) entender cumplido el

¹⁴³⁷ Así en la doctrina MUÑOZ CLARES, J., *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 180 y 181: "... dos, y sólo dos, son los bienes jurídicos comprometidos en el robo, el patrimonio y la libertad [...] la apelación al régimen general de concursos inserta en la tipicidad me impide apreciar que otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual o la evanescente <<seguridad>> sean bienes jurídicos protegidos por el robo [...] La mera constatación estadística, criminológica, de que sea frecuente progresar desde el robo a tales ataques no constituye, sin embargo, un delito complejo sino una pluralidad delictiva añadida a la previa complejidad del robo". En la jurisprudencia destaca, en este sentido, por ejemplo, STS 26 septiembre 1986, FJ 1, que, en relación al delito de robo con violencia o intimidación, afirma: "la actuación delictuosa hace blanco, a la vez, contra el derecho dominical y contra otros bienes inherentes a la persona humana, tales como la vida o integridad corporal, honestidad o libertad individual, alumbrando, en razón a su pluriofensividad, una figura de delito complejo o mixto traducida en diversos subtipos según la índole del segundo bien vulnerado, siendo siempre el principal el patrimonio, acometimiento que prima en la intención del agente y que preside su dinámica comisiva".

¹⁴³⁸ Nótese que, a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, también se castigan penalmente la difusión, cesión o revelación de imágenes o grabaciones audiovisuales de la víctima tomadas con su consentimiento "en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona". Así se prevé en el nuevo apartado 7 del art. 197 CP.

requisito primero del art. 20.5º CP ante la imposibilidad fáctica de determinar qué bien es de mayor valor, (2) aplicar el estado de necesidad como circunstancia “exculpante”, derivando el problema a sede de culpabilidad, cuando por su radical heterogeneidad “devengan incomparables” y (3) realizar la comparación, pese a esta dificultad, atendiendo para ello a otros factores alternativos a la relevancia de los bienes jurídicos afectados, como el nivel de ofensa, la “reparabilidad” del daño y, en general, las circunstancias circundantes al caso concreto¹⁴³⁹. La primera y segunda de las soluciones son claramente minoritarias, y las proponen CÓRDOBA RODA¹⁴⁴⁰ y MORALES PRATS¹⁴⁴¹, respectivamente. Personalmente consideramos preferente, de cara a abordar ponderaciones de males referidos a bienes jurídicos heterogéneos, la última de las alternativas referidas, que es, por otra parte, la opción seguida por la doctrina mayoritaria¹⁴⁴², y por la totalidad de la jurisprudencia, que viene comparando bienes de muy diversa naturaleza¹⁴⁴³. Si bien es cierto que puede haber bienes jurídicos de difícil, si no imposible, comparación a efectos de determinar cuál es más valioso, como señalan ciertos autores¹⁴⁴⁴ el legislador refiere la ponderación a los “males”, y no a los bienes jurídicos a los que éstos afectan. Así, si los bienes jurídicos no pueden ser comparables, subsisten otros recursos a los que acudir para comparar el mal causado y el mal evitado, no teniendo por qué darse ya por existente el requisito primero del art. 20.5º CP, como propone CÓRDOBA RODA, o que acudirse a sede de culpabilidad para abordar el conflicto, como refiere MORALES PRATS. La comparación del valor de los bienes jurídicos afectados por uno y otro mal deviene, de esta forma, sólo un procedimiento orientativo más a considerar para ponderar cualitativamente los males en atención a

¹⁴³⁹ Sobre estos criterios y otros empleados en el proceso de ponderación males, véase MARTÍNEZ CANTÓN, S., “*La ponderación en el estado de necesidad*”, *op. cit.*, pp. 383 y ss.

¹⁴⁴⁰ CÓRDOBA RODA, J., “Art. 20.5º”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 195 y 196: “en tales casos en los que resulte imposible decir que uno de los bienes es superior al otro, la interpretación del requisito primero de la eximente 5ª del art. 20 debe a nuestro juicio conducir a entender cumplido dicho requisito, pues si el Derecho no atribuye a ninguno de los dos bienes la primacía, cabrá entender que ciertamente el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar”.

¹⁴⁴¹ MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pp. 236 y 237. Nótese que el autor no niega por principio la posible ponderación entre bienes colectivos e individuales, sólo propone aplicar el estado de necesidad con efectos exculpantes “llegado el caso de [...] heterogeneidad radical” de la “textura” de los bienes jurídicos a comparar.

¹⁴⁴² Puede citarse, por ejemplo, a este respecto a MARTÍNEZ CANTÓN, S., “*La ponderación en el estado de necesidad*”, *op. cit.*, 424, MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 331 o MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 480 y ss.

¹⁴⁴³ Si bien, señala MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 237, que los tribunales tienden a negar el estado de necesidad cuando uno de los intereses involucrados en el conflicto es de carácter colectivo. A este respecto pone como ejemplo los casos de delincuencia ante situaciones de penuria económica, como el transporte de drogas (conducta subsumible en el delito del art. 368 CP) a cambio de dinero, en que los males enfrentados afectan respectivamente a la salud pública y a la vida. No obstante, en estos casos, como el mismo autor señala, la causa real de la desestimación de la eximente estriba en la no necesidad de la producción del mal ante la existencia de otras vías alternativas menos graves para solventar la situación de penuria económica.

¹⁴⁴⁴ Así se ha señalado en la doctrina, entre otros, por MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 480, y, LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 414.

todas las circunstancias en su caso concurrentes¹⁴⁴⁵. En cualquier caso, es de considerar, que, a diferencia de la “situación de peligro inminente, objetivo y real de la producción de un mal” antes examinado, cuya concurrencia resulta imprescindible para la aplicación del estado de necesidad, ya en su grado completo como incompleto, el elemento que ahora nos ocupa se viene¹⁴⁴⁶ concibiendo a estos efectos como no esencial, de modo que si atendiendo a todas esas circunstancias concurrentes se estima el mal causado superior al mal evitado, podrá aún así ser apreciado el estado de necesidad como eximente incompleta si la superioridad es sólo ligera y se aprecia en el sujeto “unas necesidades muy poderosas de realizar la acción”¹⁴⁴⁷.

Aclarado ello, procede realizar la ponderación de males en los distintos supuestos imaginables, siendo el más común el de la entrega de una cantidad de dinero a integrantes o terceros vinculados con la organización o grupo criminal ante la amenaza de causación inminente de muerte o lesiones. Pues bien, en este caso tanto la consideración de los bienes jurídicos en juego, como el modo de su afectación, llevan en nuestra opinión a la conclusión de que el mal causado, consistente en colaborar, ya con una organización criminal, ya con un grupo criminal, es claramente inferior al mal evitado, concretado en la lesión de la vida o la salud. Nótese que los tipos de homicidio, asesinato o lesiones entrañan una lesión directa a los bienes jurídicos personalísimos vida y salud, mientras que el tipo de cooperación económica de organización criminal o financiación de grupo criminal, puede no afectar, ni indirecta, ni directamente, a tales bienes si su objeto criminal no incluye tales delitos, y, si los incluye, los afectará indirectamente dado que el bien jurídico directamente afectado será la seguridad colectiva, siendo el peligro para los mismos de tipo abstracto o abierto. A mayor abundamiento, la conducta de cooperación económica del *extraneus*, frente a las de

¹⁴⁴⁵ A este respecto, señala MARTÍNEZ CANTÓN, S., “*La ponderación en el estado de necesidad*”, *op. cit.*, pág. 426, que, pese a que la integridad física y la libertad son bienes jurídicos personalísimos de suma importancia en abstracto, pueden permitirse “pequeñas intervenciones corporales o cortas privaciones de libertad”. Esto es, en ciertos casos la consideración de otros factores, como la intensidad concreta de la afectación al bien jurídico, podría hacer que se diera prevalencia a un mal que afecta intensamente a un bien jurídico no especialmente relevante en abstracto frente a uno consistente en la afectación leve de un bien jurídico personalísimo, como la integridad física.

¹⁴⁴⁶ Señalan, por ejemplo, el carácter no esencial de este elemento LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 417 (“La falta de proporcionalidad o desproporción [...] da lugar a una eximente incompleta por ser menor el injusto objetivo, ya que al fin y al cabo se da la situación básica de conflicto entre intereses”), y MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 237, más comedido (“La ausencia del requisito primero del artículo 20.5 CP [...] no debe llevar a la exclusión <<tout court>> del estado de necesidad en su versión incompleta [...], siempre que la diferencia [...] entre los males no sea excesiva”). En la jurisprudencia, pueden destacarse en esta línea las SSTS 667/1996 de 8 octubre, y 1248/1998 de 20 octubre.

¹⁴⁴⁷ Este es el criterio seguido por un importante sector jurisprudencial. Véase, a este respecto, la STS 667/1996 de 8 octubre, FJ Primero: “si el mal evitable es superior o igual que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente a favor de la acción delictiva y se aprecia en la situación del agente comisor unas necesidades muy poderosas para realizar la acción, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); finalmente, si en ese escalón comparativo existe una diferencia muy apreciable, la eximente no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades”.

participación activa de los *intrañei*, afecta tangencialmente a la seguridad ciudadana en tanto el sujeto no conforma la agrupación criminal, y con ello, el sistema de injusto. Los tribunales parecen corroborar estas conclusiones si se atiende por ejemplo a la jurisprudencia dictada en relación a conductas típicas de tráfico de drogas, en la que, como la que nos ocupa, se afecta a un bien jurídico de carácter colectivo, si bien despejando ya las dudas con la sola comparación de los bienes jurídicos en conflicto.

Nótese, como se señaló, que, a diferencia de la doctrina, los tribunales no han encontrado problemas en la ponderación de objetos jurídicos de naturaleza heterogénea. Así, en la STS de 24 de noviembre de 1997, en relación al caso de un sujeto que introdujo droga en la prisión en que se encontraba su hermano, para evitar su suicidio, el Alto Tribunal afirma que, “sin vacilación alguna” la vida es un bien jurídico “muy superior”¹⁴⁴⁸ a la salud pública, en tanto bien salvaguardado por el tipo de tráfico de drogas¹⁴⁴⁹. Pero encontramos, incluso, una sentencia que ratifica esta idea en el delito homólogo en sede de terrorismo al que aquí tratamos: el delito de colaboración con organización terrorista.

Se trata de la STS 2117/1994, de 5 de diciembre, en la que, en un supuesto de intermediación en el pago a ETA de un rescate para la liberación de un empresario secuestrado, el tribunal da casi por sentada la superioridad del mal a evitar, consistente en este caso en la causación de la muerte del secuestrado, frente al mal causado, conformado por la afectación a la seguridad interior del Estado por financiar a ETA, al afirmar, sin más aclaraciones, que concurre en la conducta enjuiciada el requisito primero del art. 20.5° CP¹⁴⁵⁰. No obstante, como decíamos, aunque no sean frecuentes en la práctica, pueden imaginarse otros males objeto de amenazas en los delitos de robo con intimidación o extorsión, que no afecten a los bienes jurídicos vida o salud, sino a otros menos relevantes, en los que la ponderación puede resultar más compleja. Poníamos supra el ejemplo del sujeto que se ve amenazado por integrantes o colaboradores de una organización o grupo criminal, de forma que si no entrega la cantidad reclamada, que será destinada a la agrupación criminal, un video suyo de

¹⁴⁴⁸ Señalando también la preponderancia en general de la vida frente al resto de bienes jurídicos, y subrayando su esencia de “soporte de los demás derechos”, MARTÍNEZ CANTÓN, S., “*La ponderación en el estado de necesidad*”, *op. cit.*, pág. 427.

¹⁴⁴⁹ A ello se unía, además, la circunstancia de que la cantidad de droga introducida en la prisión era ínfima, con lo que la afectación a la salud pública no era notable. STS 1415/1997, de 24 noviembre, FJ Quinto: “la sentencia de la Audiencia acusa la patente conflictividad entre dos bienes jurídicos de desigual valor, apreciando que el de más entidad y estimación, la vida de Laureano, es, sin vacilación alguna, muy superior a aquel que trata de salvaguardar el precepto del artículo 344 del CP en supuesto cual el contemplado, hacer llegar a manos de aquél una ínfima cantidad de heroína”.

¹⁴⁵⁰ Véase que las explicaciones, a este respecto, son escasas por parte del Alto Tribunal debido al resultado obvio que parece arrojar la ponderación de los bienes en cuestión en este caso. STS 2117/1994, de 5 diciembre, FJ Primero y Único: “Para determinar si ha existido este requisito debemos ponderar los intereses en conflicto que no son otros, como aceptó el Ministerio Fiscal al estimar la concurrencia de la eximente incompleta, que la vida del secuestrado por un lado y la seguridad interior del Estado, por otro, ya que el delito de colaboración con banda armada está comprendido dentro de la rúbrica genérica que contempla las diversas modalidades delictivas que pueden atentar contra la seguridad interior. La comparación entre los dos males nos lleva a considerar que el acusado se movió dentro de los parámetros marcados por el legislador al exigir que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar”.

contenido sexual será enviado a diversos contactos por WhatsApp o subido a YouTube. La situación de peligro sería inminente, como reclama la expresión “en estado de necesidad”, de modo que, o el sujeto entrega la cantidad reclamada en el momento, o, en su presencia, se envía vía móvil a terceros el contenido virtual o se sube a la plataforma de vídeos.

En caso de que el sujeto acceda a la petición para que no se materialice el mal con que se amenaza, y colabore, sabiéndolo, con la organización criminal, ¿podría justificarse su conducta de acuerdo a la exigencia del art. 20.5º. Primero CP? La cuestión, como decíamos, se torna aquí más dificultosa. El mal a evitar constituye, como en los casos anteriores, un mal jurídico-penal pues el legislador castiga expresamente la conducta de revelar secretos en el art. 197 CP, pero que afecta a un bien jurídico personal -la intimidad – que en abstracto no resulta tan relevante como la vida y la integridad física. Así, las penas aparejadas a estas conductas típicas resultan muy inferiores a las del homicidio y el asesinato, y a las de los tipos de lesiones agravadas. No obstante, las penas del delito de revelación varían mucho en atención a las circunstancias concretas concurrentes: así, si se revela el vídeo sexual que se ha descubierto ilícitamente, la conducta se castiga con una pena de dos a cinco años *ex art. 197.3.I CP*, si el descubrimiento ilícito lo ha llevado a cabo otro sujeto, limitándose la conducta a revelar el secreto con conocimiento de ese previo descubrimiento ilícito, la pena es menor, de uno a tres años *ex art. 197.3.II CP*, y, si se revela sin autorización de la víctima un video sexual que fue tomado con su anuencia, la pena será inferior a las anteriores, de tres meses a un año. Además, en los dos primeros supuestos las penas se incrementarían en su mitad superior *ex art. 197.5 CP* por afectar las conductas a datos de carácter sexual¹⁴⁵¹.

Un criterio posible a emplear de cara a efectuar la ponderación entre males podría ser comparar en el caso concreto las penas aparejadas a las conductas constitutivas del mal a evitar y del mal causado, esto es, de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y de cooperación económica con organización criminal o financiación de grupo criminal en atención a las concretas circunstancias concurrentes¹⁴⁵². Así resultaría más gravosa atendiendo a este criterio la conducta de cooperar económicamente con una organización dedicada a la comisión de delitos graves -que el legislador castiga con pena de dos a cinco años -que la revelación ilícita de un video sexual grabado en su momento con el consentimiento de la víctima -que lleva aparejada una pena de uno a tres años-. No obstante, como señala MARTÍNEZ CANTÓN¹⁴⁵³, este criterio cuantitativo no ha de ser sobrevalorado, debiendo

¹⁴⁵¹ Sobre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, véase ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹⁴⁵² MARTÍNEZ CANTÓN, S., “*La ponderación en el estado de necesidad*”, *op. cit.*, pp. 383 y 384 enuncia la comparación entre las penas correspondientes a los males entre los criterios tradicionalmente empleados de cara a establecer el mal más relevante.

¹⁴⁵³ MARTÍNEZ CANTÓN, S., “*La ponderación en el estado de necesidad*”, *op. cit.*, pp. 383 y 384, apunta a la necesidad de completar este criterio cuantitativo con otros de orden cualitativo pues -señala- la pena establecida por el legislador no es más que un indicio de la importancia que da el legislador a la

combinarse con criterios cualitativos, más aun teniendo en cuenta la posibilidad de que en ciertos casos el mal a evitar no tenga el carácter de “mal jurídico-penal”, resultando este criterio del todo ineficaz para efectuar la ponderación de males. Así, habría de considerarse también el modo concreto de afectación de cada bien en los males a ponderar: en el caso de la revelación del video la afectación a la intimidad sería directa, hablándose de lesión, mientras que respecto de la entrega del dinero a la organización o grupo criminal la afectación a la seguridad colectiva, y, también en el caso de la organización, del buen funcionamiento de los mercados e instituciones estatales, sería indirecto, y además, superficial, no obstante, habría que atender al concreto importe económico cedido. Nótese que, como decíamos en su momento, el injusto de organización o de grupo criminal es colectivo, de forma que ninguna de las conductas típicas es apta per se para afectar al bien jurídico colectivo, sino que son la suma de ellas, potenciada por las dinámicas propias de la organización, las que hacen de ésta una institución que lesiona la seguridad colectiva. La conducta del colaborador, que es *extraneus*, contribuye de ese injusto, pero superficialmente, pues este injusto ya se conforma con la sola existencia de la organización o grupo criminal como agrupación estable de sujetos (integrantes, miembros) dedicados a delinquir. Ya criticábamos en su momento en este sentido lo desproporcionado de las penas aparejadas al mero colaborador, en cuanto excesivamente elevadas, y equiparadas, además, injustamente con las del partícipe activo, *intraneus*. En fin, habría que estar a las circunstancias concretas del caso, pero a grandes rasgos somos proclives a decantar la balanza a favor de la revelación de secretos como mal más grave por las consideraciones supra realizadas, o, en todo caso, a colocarla en un punto medio entre ambos males.

Otro supuesto dable en la práctica, vinculado también con la intimidación, sería aquél en que se amenaza al sujeto con el envío inmediato, vía email, a su cónyuge de fotos o vídeos que prueben la existencia de una aventura amorosa extramatrimonial del amenazado. El sujeto activo de la amenaza, tras enseñar las fotos o vídeos a la persona amenazada en que ésta aparece en actitud cariñosa con un sujeto distinto a su cónyuge, probando así la realidad del mal objeto de la amenaza, se dispondría a pulsar el botón de envío en el acto si la persona no entrega la cantidad reclamada en el momento. En este caso, sin embargo, a diferencia de los anteriores, el “mal a evitar” podría no ser constitutivo de un mal jurídico-penalmente hablando en el caso en que las imágenes que aparecen en las fotos o vídeos tuviesen lugar en un espacio abierto. Y es que la revelación de secretos es constitutiva de delito únicamente en el caso en que el descubrimiento previo del secreto sea delictivo¹⁴⁵⁴, así que la conducta de enviar a

ofensa y al bien jurídico. Además, tal criterio no funcionaría en los casos en que el mal a evitar no constituya un resultado típico.

¹⁴⁵⁴ Art. 197.3 CP: “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”. En puridad la ley se refiere a “origen ilícito” y no a “origen delictivo”, con lo que pudiera entenderse que el tenor literal engloba también a los supuestos de revelación de datos obtenidos mediante un ilícito no penal, esto es, administrativo o civil. No obstante,

terceros las fotos o vídeos sería penalmente atípica si su captación no ha afectado a la intimidad de los sujetos que en ella aparecen por encontrarse éstos en un lugar público, como un parque o la calle¹⁴⁵⁵.

Cabe señalar que, de acuerdo con un importante sector doctrinal, para la apreciación del requisito primero del art. 20.5º CP el mal a evitar ha de ser un mal jurídico-penalmente relevante. GIMBERNAT¹⁴⁵⁶, uno de los mayores defensores de esta idea, la fundamenta en la propia letra de la ley, sosteniendo que si “el mal causado” ha de consistir obligatoriamente en la ofensa de un bien jurídico-penalmente protegido – pues de otro modo no tendría sentido la exoneración de responsabilidad criminal –, lo mismo ha de concluirse del término “el (mal) que se trate de evitar” ya que el legislador emplea la misma palabra -mal- para describir a ambos. El segundo punto de apoyo de esta tesis radicaría en consideraciones de justicia material. Desde este punto de vista, GIMBERNAT y otros autores como LUZÓN PEÑA¹⁴⁵⁷ y CUERDA RIEZU¹⁴⁵⁸, alegan que, de no consistir el mal a evitar en la ofensa típica a un bien jurídico-penal, el mal causado, que sí lo es, sería siempre más grave. No obstante, como señala MIR PUIG¹⁴⁵⁹, pudiera suceder, aunque no sea lo habitual, que un mal que en principio no sea merecedor del calificativo “jurídico-penal” resulte igual, o incluso superior, en gravedad, a un mal que sí lo merezca. Ello ocurrió precisamente en el caso enjuiciado en la STS de 18 de diciembre de 1963¹⁴⁶⁰, en la que la acusada falsificó una receta médica oficial con el objetivo de obtener medicamentos para paliar los fuertes dolores que le ocasionaba una enfermedad renal cancerosa, estimando el Alto tribunal justificada la conducta típica por el estado de necesidad. Atendiendo a estas eventualidades somos, en consecuencia, proclives, como la doctrina actual mayoritaria¹⁴⁶¹, a un entendimiento laxo del término “mal a evitar”, sin obviar, no obstante, en el proceso de ponderación, la circunstancia, a veces relevante, de que el

entendemos preferente en atención al principio de intervención mínima del Derecho Penal, interpretar restrictivamente el término como ilícito penal, como hace, en la doctrina, ROMEO CASABONA, C. M., “*Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*”, *op. cit.*, pág. 167.

¹⁴⁵⁵ De esta opinión -que aquí compartimos -es en la doctrina MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 434.

¹⁴⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Notas”, en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, I, vol. 2º, Infracciones contra la personalidad*, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, 1972, pp. 964-965.

¹⁴⁵⁷ LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 408 y 409, que refiere que si el mal a evitar “no amenaza un desvalor jurídico, sino algo jurídicamente indiferente o incluso amparado por un derecho o por otra causa de justificación del resultado, p. ej., legítima defensa o cumplimiento del deber, sería incomprensible e incompatible [...] con la función protectora del Derecho que éste admitiera que para evitar resultados indiferentes o valorados positivamente se causen males jurídicos”.

¹⁴⁵⁸ CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 295 y ss.

¹⁴⁵⁹ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 473.

¹⁴⁶⁰ DEL ROSAL, J., “De la aplicación del estado de necesidad (Sentencia de 18 de diciembre de 1963)”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Sección de jurisprudencia, pp. 796-800.

¹⁴⁶¹ Puede citarse, por ejemplo, a MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 230, que refiere que el mal puede referirse a un bien jurídico sin protección penal pero relevante en el ordenamiento jurídico, MARTÍNEZ CANTÓN, S., “*La ponderación en el estado de necesidad*”, *op. cit.*, pp. 353, 354, 358 y 359, que critica que el entendimiento estricto del mal a evitar como mal penal contraría el pº unidad del ordenamiento jurídico, y el ya citado MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 473.

mal a evitar no constituye un resultado típico, lo que nos impide, además, comparar las escalas legales de penas del mal causado con el mal a evitar.

Volviendo al ejemplo, y poniéndonos en el caso de que las fotos o el video hayan sido obtenidos, o en la terminología legal, descubiertos, lícitamente, resultaría que el mal a evitar, consistente en la revelación de tales contenidos al cónyuge, como decimos, no tendría la consideración de mal jurídico-penal, pero sí afectaría en abstracto a un bien jurídico tutelado penalmente, si bien en relación a otras conductas, cual es la intimidad. En este caso frente al anterior, en que el contenido de la amenaza era subir a “Youtube” un video de contenido sexual, el ámbito de difusión de las imágenes sería además mucho menor, pues la visualización de las fotos se restringiría en principio al cónyuge. Junto a ello, los datos personales revelados, al encontrarse enmarcados en un espacio público, no afectarían a una esfera tan íntima como en el ejemplo anterior, en que se revelaban fotos de contenido sexual.

La posible ruptura del vínculo matrimonial por parte del cónyuge, tras la visualización de las imágenes o vídeos no podría considerarse, en nuestra opinión, como “mal a evitar” adicional pues es una mera hipótesis, un hecho eventual, cuyo acaecimiento no es seguro, pues pudiera suceder en el supuesto que el cónyuge perdonara la infidelidad. Recuérdese, además, que, en el estado de necesidad el mal a evitar ha de ser necesariamente objetivo, de modo que los miedos o temores del sujeto amenazado a que su pareja rompa la relación ante el visionado de las fotos o videos no han de ser considerados en sede de antijuridicidad. En todo caso, además, se torna difícil encontrar un bien jurídico afectado en abstracto por la eventual ruptura: ¿la integridad del matrimonio?, ¿el voto de fidelidad conyugal? Los valores imaginables no parecen, desde luego, merecedores de protección por el ordenamiento jurídico, y mucho menos por el penal. En fin, por todas estas consideraciones entendemos difícilmente concurrente en el ejemplo propuesto el requisito primero del art. 20.5º CP. El mal causado, consistente en la financiación de la organización o el grupo criminal, es, a nuestro juicio, mayor que el mal a evitar: el envío al cónyuge de fotos o videos que acreditan una relación extramatrimonial, con lo que la posible atenuación o exoneración de pena se traslada a sede de culpabilidad, con el posterior examen de la eximente de miedo insuperable.

En el caso en que las fotos o el vídeo se hubiesen tomado en un espacio cerrado, empleándose aparatos de captación de la imagen o el sonido, la revelación del material sí sería un mal jurídico-penal, castigado en el art. 197.3 CP, por su obtención previa -ya por el mismo sujeto que amenaza, ya por un tercero- ilícita. Aquí la ponderación de males se tornaría más difícil. La pena en abstracto a considerar en relación al mal a evitar, como parámetro de medición de su gravedad, sería la prisión de uno a tres años, independientemente de si el sujeto que amenaza con revelar las fotos ha participado previamente o no de su obtención ilícita, pues el mal a considerar es sólo el mal con que se amenaza, no el mal que ya se ha producido. En lo que hace a las penas asignadas a la conducta de colaborar con agrupaciones criminales – aquí el mal causado-, ya vimos que dependen del tipo de agrupación, si organización o grupo criminal, y del objeto

criminal concreto de la agrupación, pudiendo ir de los dos a cinco años de prisión, en el caso de cooperar con organizaciones criminales que tengan como fin la perpetración de delitos graves, a la prisión de tres meses a un año, en supuesto de financiación de un grupo criminal que persiga la comisión de delitos no graves; ello sin contar con la posible aplicación en su caso de alguna de las circunstancias agravantes.

Nótese que pudiera muy bien en estos casos suceder que el sujeto amenazado, conociendo que la agrupación con la que se solicita contribuir económicamente se dedica a delinquir, desconociese, sin embargo, la gravedad de los delitos concretamente perseguidos por ésta. La veracidad del supuesto desconocimiento habría, por supuesto, de ser valorada atendiendo a las circunstancias concurrentes por los tribunales competentes para el enjuiciamiento. En caso de que se llegase a la conclusión de que el desconocimiento es real, concurriría un error sobre un elemento no esencial del tipo, cual es la modalidad específica de delitos objeto de la organización o grupo criminal, con importantes efectos de cara a la determinación de la pena imponible. Se conoce la finalidad delictiva -elemento esencial del tipo -pero no los delitos específicos que se persiguen. En este caso, como señalamos con ocasión del tratamiento del error de tipo, somos partidarios *ex art. 14.2 CP* de calificar la conducta como de colaboración económica de organización criminal o de financiación de grupo criminal, que persigue, en ambos casos, delitos no graves, que es la que prevé menor pena, favoreciendo así al reo. Habida cuenta de que la ley no prevé nada expresamente en sentido inverso, esto es, sobre el desconocimiento de una circunstancia atenuante o sobre un hecho que disminuya la pena de la infracción, aplicamos el único precepto contenido expresamente en el texto penal, consiguiendo así un tratamiento beneficioso ante el desconocimiento, que estimamos como justo.

La comparación de las penas atribuidas por la ley en abstracto a uno y otro mal pueden hacer decantar la balanza a un lado u otro, dependiendo, como vemos, de las circunstancias concurrentes. Junto a ello estarían también factores, *supra* vistos, como la naturaleza personal y concreta del bien jurídico intimidad, frente a la colectiva y mediata del bien jurídico seguridad colectiva. La decantación por uno u otro mal como prevalente no es en consecuencia fácil de entrada, lo que demuestra la complejidad del juicio de ponderación de cara a la aplicación del estado de necesidad. No obstante, atendiendo a los diversos factores disponibles, a rasgos generales podríamos decir que somos más partidarios de la negación de la concurrencia del requisito primero del art. 20.5° CP en este ejemplo concreto, si bien, como decimos, habría que estar a las particularidades del caso. Atendiendo al tipo de información y al ámbito de difusión de la misma, consideramos que la afectación a la intimidad no es en este caso tan grave como en el relativo a la subida a Youtube de material de carácter sexual, estimando, por tanto, en general mayor la colaboración económica con la agrupación criminal, como mal causado. Aún así, habrá de atenderse también a la concreta cantidad proporcionada a la agrupación criminal, y a la contribución que la misma pueda tener al reforzamiento del injusto sistémico.

Por último, y para cerrar nuestra lista de ejemplos de amenazas inminentes de un mal, nos imaginamos, quizás por influencia cinematográfica, el supuesto en que se insta a un célebre ciudadano a entregar un determinado importe económico a una agrupación criminal para no hacer pública cierta información veraz de su participación en la comisión de un delito. En este caso, como en los anteriores, suponemos que los datos que prueban dicha participación delictiva (videos, archivos de audio, etc.) se disponen en el momento, amenazándose al sujeto con el envío inmediato de los mismos a una importante editorial periodística a través de móvil o de cualesquiera dispositivos electrónicos que lleve consigo el sujeto activo de la amenaza, pues en caso contrario, esto es, si se dejara un tiempo al sujeto para cumplir con el cometido, faltaría como vimos el requisito esencial del estado de necesidad de la inmediatez del mal.

En este caso, en que suponemos que las imágenes o audios se han tomado ilícitamente, el mal objeto de la amenaza constituiría un mal en sentido jurídico-penal conformado por la revelación de secretos obtenidos ilícitamente (art. 197.3 CP). Nótese que el concepto de secreto no se limita a los hechos lícitos, sino que comprende, como expresamente afirmó el Tribunal Constitucional -si bien en referencia genérica al derecho a la intimidad como derecho fundamental *ex art. 18.1 CE* - cualquier “información relativa a la persona y su familia con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”¹⁴⁶². Los males a comparar serían, por una parte, como mal a evitar, la difusión de la información, con la consiguiente afectación a la intimidad del amenazado, que el Código Penal pena con prisión de uno a tres años, y, por otra, como mal causado, la colaboración con la organización o el grupo criminal, con la consiguiente contribución a la afectación a la seguridad ciudadana, y, en el caso de la organización, además, al desafío a la calidad democrática de los países, para la que se prevén penas de prisión que van desde los dos a cinco años -pena máxima en relación a la organización criminal -, hasta los tres meses a un año -pena mínima, prevista para los tipos de grupo criminal-. El envío al periódico de la información provocaría, de publicarse la noticia -lo cual parece de entrada más que probable -, una difusión a gran escala de la información, que no se restringiría sólo a su grupúsculo de amigos y familiares, sino a la entera sociedad española, e internacional, habida cuenta del fácil acceso a todo tipo de contenidos periodísticos a través de internet. Esta consecuencia, si bien no directa, sino indirecta y más que probable, del envío del vídeo o fotos a la editorial periodística habría de considerarse también dentro del mal a evitar de cara a realizar la ponderación de males¹⁴⁶³. Y ello podría llevar a una

¹⁴⁶² Véase STC 134/1999, de 15 de junio, FJ 5: “Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”. Señalando también esta idea, ROMEO CASABONA, C. M., “*Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*”, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

¹⁴⁶³ Nótese que ello no afectaría a las responsabilidades penales que puedan recaer en el sujeto amenazado tras el descubrimiento del hecho delictivo por él perpetrado. Esto es, no responderá penalmente por cooperar económicamente con una organización criminal o un grupo criminal, por estar su conducta en

decantación en abstracto por el mal a evitar como mal superior, atendiendo también a otros factores complementarios citados en los ejemplos anteriores como el carácter individual y concreto de la intimidad, frente al colectivo, genérico e intermedio de la seguridad colectiva, y la superficialidad del ataque a la seguridad colectiva por parte de la conducta de colaboración, como conducta externa a la agrupación criminal.

En el caso en que el contenido de la amenaza fuese la revelación inmediata del secreto, no a una editorial, sino a la policía, a través de la denuncia online del hecho con la aportación del vídeo como prueba, el caso podría variar en su calificación sustancialmente. Y es que tal conducta, de realizarse, si bien sería típica *ex art.* 197.3 CP, se entendería, a nuestro juicio, justificada por el cumplimiento de un deber, concretamente el deber de poner en conocimiento de la Policía la perpetración de un delito contemplado en los arts. 259 y 264 LECrim¹⁴⁶⁴. Nótese que a este respecto el delito debiera ser de carácter público, pues los delitos privados sólo son perseguibles a instancia de parte, no habiendo obligación alguna de denuncia. Si el “mal a evitar” resulta justificado¹⁴⁶⁵ por el ordenamiento jurídico-penal *ex art.* 20.7º CP¹⁴⁶⁶ no constituye un “mal” propiamente dicho, por lo que no podría entenderse aplicable el estado de necesidad al no concurrir el requisito *sine qua non* para su aplicación: la existencia de una situación de peligro de la producción de un mal.

a.1.4. Requisitos restantes del estado de necesidad

Poco hay que comentar en relación a los ejemplos que nos ocupan sobre los requisitos restantes que la ley exige para la aplicación del estado de necesidad, cuales son, “que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto” y “que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”¹⁴⁶⁷. Claramente ambos elementos concurren en los casos expuestos, por lo que no merecen aquí de mayores consideraciones.

a.2. El pago de rescates y la intermediación en las negociaciones entre el amenazado y la organización criminal como conductas de colaboración a justificar

principio justificada por el estado de necesidad, pero sí por el delito que ha cometido del que ha dado difusión el periódico.

¹⁴⁶⁴ Establece el art. 259 LECrim. que “el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas”, y el art. 264 LECrim. que “el que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela. El denunciador no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión”.

¹⁴⁶⁵ No resultaría, sin embargo, justificada la conducta del robo con intimidación, por el que sí respondería el sujeto que amenaza.

¹⁴⁶⁶ Art. 20.7º CP: “El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

¹⁴⁶⁷ Se corresponden, respectivamente, con los requisitos segundo y tercero del art. 20.5º CP.

Otro instrumento al que pueden recurrir las organizaciones terroristas o criminales para conseguir fondos económicos es el secuestro de ciudadanos, especialmente si éstos ostentan renombre en la sociedad y gran capital, reclamando a sus familiares, amigos, o al propio Estado la entrega de una cantidad económica como condición para su liberación¹⁴⁶⁸. A este respecto, cabe plantearse si los familiares o amigos que, cediendo a la amenaza, entregan la cantidad reclamada, realizando, por tanto, la conducta típica de colaborar económicamente con una organización criminal o de financiar a un grupo criminal, pueden verse exonerados de responsabilidad penal por la concurrencia de la circunstancia del estado de necesidad. Nótese que, además, en estos casos, como señalan, si bien en referencia al ámbito del terrorismo, LLOBET ANGLÍ¹⁴⁶⁹ y NÚÑEZ CASTAÑO¹⁴⁷⁰, podría coexistir otra conducta típica que exonerar, en su caso, de pena. Nos referimos a la conducta del sujeto que intermedia en las negociaciones eventualmente existentes entre los integrantes de la organización criminal y los familiares o amigos del sujeto secuestrado¹⁴⁷¹. Para realizar la conducta típica de colaborar con la organización criminal es preciso, obviamente, que este sujeto intermediario no pertenezca a la agrupación criminal, pues, de ser miembro su conducta de “colaboración”, ya se encontraría comprendida en la de “participación activa” o “integración”¹⁴⁷². Esto suele ser, además, lo habitual en la práctica, al menos en el ámbito del terrorismo, en el que LAMARCA PÉREZ señala que las organizaciones, seguramente por su deseo de mantener a sus integrantes y a la agrupación en sí en la clandestinidad, “no suelen contar con intermediarios propios”, acudiendo para estas labores a sujetos externos a la agrupación¹⁴⁷³. También, y en conexión con la idea de la imparcialidad del mediador, es necesario que el sujeto que intermedia en las negociaciones no participe en la conducta delictiva del secuestro o de las amenazas ya que, si es así, en atención al carácter subsidiario del tipo de colaboración con organización o grupo criminal frente al resto de delitos, la responsabilidad penal del

¹⁴⁶⁸ Se refiere al secuestro como instrumento típico de las organizaciones terroristas de cara a autofinanciarse, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 217.

¹⁴⁶⁹ LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pp. 425 y 426.

¹⁴⁷⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 219.

¹⁴⁷¹ LAMARCA PÉREZ, C., “La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?”, *Jueces para la democracia*, nº 20, 1993, pág. 51, define al intermediador como “aquella persona que actúa de transmisor entre la víctima o su familia y la organización terrorista y que interviene solo en la fase de negociación de las condiciones económicas impuestas por los autores de estos hechos delictivos”.

¹⁴⁷² Así, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 204.

¹⁴⁷³ LAMARCA PÉREZ, C., “La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?”, *op. cit.*, pág. 53. A este respecto, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 219, señala que ya del mismo término “mediar”, que significa interponerse entre dos que riñen, se infiere que el mediador no ha de pertenecer, al menos, en teoría, a ninguna de las dos partes en conflicto, debiendo estar su actuación presidida por la imparcialidad.

sujeto habría de restringirse a su intervención en el delito de secuestro o amenazas¹⁴⁷⁴, no pudiendo responder por la conducta de colaboración.

Aclárese que también puede darse la figura del intermediador en los supuestos vistos *supra* de amenazas de un mal si no se entrega una cantidad económica determinada a la organización o grupo criminal. Así, en el ámbito concreto del terrorismo, y de la exigencia de pago del impuesto revolucionario, la organización ETA hacía uso con frecuencia de *extranei* para mediar en las negociaciones con el amenazado. No obstante, vimos que el pago de la cantidad, como conducta típica de colaboración, sólo puede justificarse vía estado de necesidad cuando el sujeto tiene que tomar de inmediato la decisión de colaborar o no con la agrupación criminal. Así veíamos como ejemplo de supuesto en que es aplicable el estado de necesidad el del individuo que tiene que entregar una cantidad a la organización, si no quiere que el sujeto activo de la amenaza envíe en ese momento y lugar a sus contactos por móvil un vídeo de carácter sexual del amenazado. La figura del mediador, que se caracteriza en abstracto por su carácter imparcial, y, por ende, no violento ni amenazante, difícilmente va a poder actuar en esos casos. Su ámbito de actuación propio se relacionará, así, normalmente con supuestos en que el sujeto amenazado dispone de un tiempo para cumplir con la exigencia impuesta, en los que no se podrá apreciar, por tanto, la situación de peligro inminente de un mal que requiere el estado de necesidad. Por ello, analizaremos en sede de culpabilidad la posibilidad de exonerar de pena mediante el expediente de la inexigibilidad de otra conducta al intermediador en los supuestos de amenazas en que se otorga un tiempo al amenazado para ejecutar el pago, como sucedería, en el ámbito del terrorismo, y concretamente de la organización terrorista ETA, con la exigencia del pago del impuesto revolucionario. En lo que respecta a los supuestos de pago de rescate, que ahora nos ocupan, sí tratamos la conducta del mediador ya en sede de antijuridicidad pues, a pesar de otorgarse un plazo al amenazado para pagar el rescate, la situación de peligro sí es inminente pues, como veremos, ya se está produciendo una privación de libertad del secuestrado, estando su vida en peligro actual. Los autores que se han pronunciado expresamente sobre la antijuridicidad de este tipo de conductas lo han hecho en el ámbito concreto del terrorismo, sosteniendo la justificación por estado de necesidad de las conductas de colaboración de los intermediadores, que negocian las condiciones del pago¹⁴⁷⁵, y de los amigos y familiares que realizan el pago¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁴ En el ámbito del terrorismo, señala el carácter subsidiario del tipo de colaboración con organización o grupo terrorista en relación a la participación en los delitos de secuestro o amenazas, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 220.

¹⁴⁷⁵ Así, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 224, y LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pp. 429 y 430.

¹⁴⁷⁶ LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pp. 425 y 426: “En los supuestos en que los allegados pagan la suma económica exigida como condición de la puesta en libertad del familiar secuestrado, no puede sino afirmarse que el hecho está justificado por el estado de necesidad: existe una situación de peligro que sólo puede conjurarse mediante un hecho típico, y el mal causado es menor del que se trata de evitar”.

En lo que respecta a la jurisprudencia, encontramos una sentencia del Tribunal Supremo, la 2117/1994, de 5 de diciembre¹⁴⁷⁷, que aplica la exigente completa de estado de necesidad en relación a la conducta típica de colaboración con organización terrorista de un abogado que media en el pago de un rescate de una persona secuestrada por ETA. Para verter una conclusión personal al respecto, es necesario que analicemos previamente si concurren en estos supuestos los elementos constitutivos del estado de necesidad, como hiciéramos anteriormente.

a.2.1. Situación de peligro objetivo y actual de la producción de un mal propio o ajeno

El primer elemento, requisito *sine qua non* para la aplicación del estado de necesidad, ya como exigente completa, ya como exigente incompleta, parece concurrir de entrada en los supuestos que analizamos. La reclamación por parte de la organización o el grupo criminal del pago de un rescate para la liberación de un sujeto que se haya secuestrado parece presuponer una situación de peligro para éste último. No obstante, habrá de atenderse a las circunstancias en su caso concurrentes.

En el ámbito del terrorismo, y concretamente, en relación a la práctica de ETA de reclamar el pago de rescates, la doctrina¹⁴⁷⁸ y jurisprudencia¹⁴⁷⁹ coincidían, con razón, en que el secuestro de una persona por esta banda implicaba una clara situación de peligro para la vida e integridad física del secuestrado, sin obviar el dato de que con

¹⁴⁷⁷ También puede mencionarse la STS 659/2012, de 26 de julio, que señala la posibilidad, si bien en abstracto, de justificar, vía art. 20.5º CP, la conducta del pago de rescates para la liberación de sujetos secuestrados, negando, sin embargo, tal posibilidad en relación a la conducta del pago del impuesto revolucionario que enjuicia, respecto a la que aprecia la circunstancia de miedo insuperable. Así, el FJ Segundo de la mentada sentencia: “El estado de necesidad que aporta datos y vías interesantes para la valoración de la conducta de los mediadores en secuestros, sin embargo, en esta otra situación no ofrece soluciones claras y seguras. A lo más, si se superan algunos obstáculos, llevaría a un estado de necesidad subjetivo vinculado al principio de no exigibilidad y con un fundamento equivalente al del miedo insuperable”.

¹⁴⁷⁸ Véanse, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 223 (“En el caso de la mediación en el pago de un rescate, es evidente tanto la existencia del mal como su inminencia, ya que la situación de secuestro no sólo amenazaba de manera actual y efectiva la libertad deambulatoria del secuestrado, sino que se extendía a la propia vida de la persona a la que se trataba de ayudar, como lo demuestra la práctica habitual de la organización terrorista que lo tenía en su poder y la existencia de otros casos en que la víctima había sido asesinada”, y, más tarde, de nuevo en la pág. 227, ratifica esta idea: “en el caso de un secuestro el ataque al bien jurídico no sólo es inminente, sino que ya ha comenzado al encontrarse el secuestrado privado de libertad”), y LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 426 (“la vida del secuestrado está en peligro concreto y su libertad está siendo vulnerada mediante la detención ilegal”).

¹⁴⁷⁹ Así, la supra mencionada STS 2117/1994, de 5 de diciembre, FJ Primero y Único, apartado 2, en el caso del secuestro de un empresario madrileño efectuado por la organización terrorista ETA con la intención de obtener dinero de sus familiares, declaraba que: “el secuestro no sólo amenazaba de una manera actual y efectiva la libertad deambulatoria del secuestrado sino que se extendía a la propia vida de la persona a la que se trataba de ayudar, como lo demuestra la práctica habitual de la organización terrorista que lo tenía en su poder y la existencia de otros casos en los que la víctima había sido asesinada o simplemente por los rasgos violentos que caracterizan la actuación de esta banda armada”.

el secuestro ya se estaba produciendo una lesión a su libertad deambulatoria. Como señala NÚÑEZ CASTAÑO¹⁴⁸⁰ muchos secuestros perpetrados por la banda habían concluido con el asesinato del secuestrado, siendo, quizás, el caso más conocido y denunciado el de Miguel Ángel Blanco. A día de hoy, ya extinguida la actividad criminal de ETA, de los 86 secuestrados que se cuentan por manos la banda, consta que diez de ellos fueron asesinados, y catorce liberados con un tiro en la pierna¹⁴⁸¹, lo que corrobora la clara situación de peligro tanto para la vida como la integridad física de la persona secuestrada en los casos de exigencia del pago de un rescate a sus familiares y/o allegados. El mal a evitar constituiría así un mal jurídico-penal ajeno constituido por la muerte o la lesión a la integridad física del secuestrado.

El elemento cuya concurrencia aquí podría dar lugar a algún debate sería de nuevo el de la inminencia del mal. En casos como éstos en que se da un tiempo a los familiares o allegados del secuestrado para pagar pudiera sostenerse por algún autor o tribunal que tal mal jurídico-penal no es inminente, no concurriendo así el presupuesto del estado de necesidad. No obstante, a dicha posible observación podría objetarse, por una parte, que la doctrina mayoritaria entiende que la inminencia del mal no es un elemento esencial del estado de necesidad, bastando con que concurra una situación de peligro futuro pero que haga necesaria ya la actuación para evitar el mal, y, por otra, y como argumento esencial, que la privación de la libertad del secuestrado constituye ya un mal actual a evitar. Por otro lado, pudiera suceder, aunque no fuera lo habitual, que, por circunstancias cuales sean, los integrantes de la organización hiriesen, o incluso causaran la muerte, del secuestrado antes del transcurso del plazo dado a los familiares para efectuar el pago del rescate, por lo que a nuestro juicio puede hablarse de cierta inminencia del peligro para la vida e integridad física del secuestrado. En los casos de criminalidad organizada de tipo común, que aquí nos ocupa, habría de estarse al contenido concreto de la amenaza, así como a las características, potencial y práctica habitual de la organización criminal o grupo criminal “autor/a” del secuestro. ¿Ha precisado la agrupación criminal a los familiares amenazados lo que sucederá de no efectuar el pago del rescate?, ¿qué ha sucedido en casos anteriores -si los hay - de secuestros con amenazas condicionales a los familiares para el pago del rescate perpetrados por la agrupación criminal?, ¿ha sido en alguno de estos secuestros el sujeto privado de libertad herido o muerto?, ¿se caracteriza la agrupación criminal en cuestión por el uso de la violencia? Aun así, dada la ya existente privación de libertad al secuestrado entendemos que, por regla general, obviando circunstancias específicas concurrentes en el caso, concurriría una situación de peligro inminente de la producción de un mal.

Mención aparte merece el supuesto hipotético en que la agrupación criminal exija el pago del rescate para la liberación de un sujeto, cuando éste ya ha fallecido a

¹⁴⁸⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 223.

¹⁴⁸¹ Véase EL PAÍS, 01/05/18 (fecha de consulta: 13/06/18).

causa de un disparo o de una paliza por parte de alguno o algunos de los integrantes de la organización o grupo criminal, o cuando éste no se encuentre realmente secuestrado por la agrupación criminal, siendo la amenaza una mera farsa para conseguir dinero. En estos casos no podrá hablarse de una situación de peligro de la producción de un mal: en el primer supuesto el mal ya se ha producido¹⁴⁸², por lo que no concurriría la actualidad que exige doctrina y jurisprudencia, y en el segundo, nunca llegó a producirse, siendo un caso de los llamados “secuestros virtuales”¹⁴⁸³. Si el allegado o familiar del supuesto secuestrado cree, engañado, que el sujeto se encuentra actualmente privado de libertad por la agrupación criminal y cede a la amenaza, pagando el rescate, concurrirá un error sobre un elemento constitutivo de la causa de justificación¹⁴⁸⁴. Ante el silencio de la ley penal, y concretamente del art. 14 CP, sobre cómo han de resolverse estos supuestos concretos de error, se mantienen diversas posturas al respecto en la doctrina, habiendo autores, como MIR PUIG¹⁴⁸⁵ o LUZÓN PEÑA¹⁴⁸⁶, que califican estos errores como errores de tipo, si bien sobre la parte negativa del mismo, en su concepción de las causas de justificación como elementos negativos del tipo; y autores, como WELZEL, que entienden estos supuestos como casos de error de prohibición, que atenúan o excluyen la responsabilidad penal en sede de culpabilidad.

Nuestra postura aquí, aunque más cercana a la de los primeros autores, se mantendría en puridad en un punto intermedio entre ambas, pues no entendemos las causas de justificación como elementos que nieguen la tipicidad ni la culpabilidad de una conducta, sino como elementos cuya concurrencia suprime la antijuridicidad de una conducta típica. La presencia de una causa de justificación en relación a una conducta no influye, así, en nuestra opinión, en el carácter típico de la misma, sólo en su consideración como antijurídica. Por ello, y ante la laguna legal existente al respecto, abogamos por aplicar analógicamente *in bonam partem* el art. 14.1 CP¹⁴⁸⁷, relativo al error de tipo, a los supuestos de error sobre elementos objetivos de causas de justificación, en tanto similares. De esta forma, y volviendo al ejemplo que nos ocupa,

¹⁴⁸² Así lo señala MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 472: “La inminencia concretaría la exigencia de actualidad del peligro que requerimos en la definición general de estado de necesidad. Supone tanto que el peligro no debe hallarse demasiado alejado aún, como que no debe haberse producido ya la lesión -puesto que en este caso ya ha desaparecido el peligro -”.

¹⁴⁸³ EL MUNDO, 11/07/16 (consultado el 04/07/18), alertaba sobre el aumento de esta práctica en España, refiriéndose a la misma como “nueva modalidad de delito que cada vez se está produciendo más en España y que tiene en alerta a las Fuerzas de Seguridad del Estado”. En estos casos la conducta de simular un secuestro reclamando dinero para la liberación del supuesto secuestrado podría constituir una estafa si se utiliza engaño bastante para producir error en otro e inducirle a realizar una disposición patrimonial en perjuicio propio o de terceros. La clave estaría en valorar en su caso si el engaño fue bastante.

¹⁴⁸⁴ En la doctrina se viene utilizando la terminología de “causa de justificación putativa” o imaginaria para aludir a estos supuestos de error sobre elementos objetivos de las causas de justificación. Véase, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág.267.

¹⁴⁸⁵ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 438, que llama a estos supuestos “error sobre el tipo negativo”.

¹⁴⁸⁶ LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 269 y 270.

¹⁴⁸⁷ Dispone el art.14.1 CP: “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

si el error sobre la presencia de una situación objetiva y actual de peligro de la producción de un mal se considera invencible no habrá responsabilidad penal para el sujeto que realiza la conducta típica -si concurren, eso sí, todos los elementos del estado de necesidad, y, si se entiende el error, atendidas las circunstancias, como vencible, la infracción será castigada en su forma imprudente si se prevé expresamente su castigo.

En los dos casos expuestos de error podría discutirse con sólidos argumentos su carácter invencible. En la reclamación del rescate para la liberación del secuestrado estando éste último ya muerto, podría objetarse que un ciudadano medio en tal circunstancia¹⁴⁸⁸ reclamaría a los integrantes de la organización o grupo criminal, sujetos activos de la amenaza, de una prueba sobre la realidad del secuestro, y sobre la condición vital del secuestrado, como una foto, vídeo, o exigiría mantener una conversación telefónica con él, o, al menos, escuchar su voz. Lo mismo es trasladable al supuesto del “secuestro virtual”. En este caso, además, los familiares o allegados del “supuesto secuestrado” podrían llamar a su teléfono, contactando con éste y comprobando la veracidad del secuestro¹⁴⁸⁹. Otra cosa distinta es que el miedo y la angustia sentidas por el familiar o allegado del “secuestrado” ante la comunicación del secuestro por parte de la organización o grupo criminal le hiciesen no actuar con la cautela correspondiente a tales casos, lo que habría de ser, en su caso, considerado, no en sede de antijuridicidad, sino de culpabilidad, mediante el expediente de la inexigibilidad de otra conducta distinta a la típica. En cualquier caso, aún apreciando en estos casos el carácter invencible del error sobre la existencia de una situación actual y real de peligro de producción de un mal, habría que señalar que no por ello habría de apreciarse la causa de justificación del estado de necesidad pues pudiera suceder que no concurriera algún otro de los presupuestos necesarios para la aplicación de esta eximente. Eso, además, es lo que ocurre, como veremos, en nuestra opinión en los casos de reclamación del pago de un rescate.

a.2.2. La ponderación de males: Que el mal a evitar sea igual o mayor que el mal causado

En el caso examinado los bienes jurídicos que se ven afectados por el “mal a evitar” y el “mal causado” son, por un lado, la libertad, la vida y la integridad física, y,

¹⁴⁸⁸ Para la determinación del carácter vencible o invencible del error, doctrina y jurisprudencia vienen adoptando como criterio la valoración *ex ante* de la situación desde la perspectiva del hombre medio en la posición del autor. Véase, por ejemplo, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 439.

¹⁴⁸⁹ A este respecto, en 2016, y ante el aumento de estos fraudes en España, la UCO (Unidad Central Operativa de la Guardia Civil) emitió un comunicado dando pautas a seguir a los ciudadanos en caso de ser víctimas de estos fraudes. De ellas da cuenta el artículo periodístico antes mencionado, EL MUNDO, 11/07/2016: “la UCO recomienda a los ciudadanos que sean conscientes de que estos fraudes pueden producirse y tomen precauciones. Y, sobre todo, que nunca paguen el rescate que se les exige. El Instituto Armado advierte de que estas fechas son muy propicias para estos delitos”, pues “con el verano, es más difícil tener localizados a los seres queridos, cosa que aprovechan estos estafadores. Una madre no puede perder los nervios por el hecho de que su hijo no le coja el teléfono a la primera”.

por otro, la seguridad colectiva, y, en su caso¹⁴⁹⁰, el correcto funcionamiento de los mercados y de las instituciones democráticas. A la indubitable mayor relevancia de los primeros bienes jurídicos frente a los segundos, se une el carácter instrumental de la seguridad colectiva, que, como vimos, no es sino un artificio para procurar una segunda barrera de protección a bienes jurídicos especialmente valiosos frente a ataques abiertos y generalizados. Así, podemos decir que el modo de ataque a los bienes jurídicos es sustancialmente distinto en un mal y otro: en el “mal a evitar”, se trata de una lesión, un ataque directo, mientras que en el “mal causado” por la entrega del rescate, la afectación a los bienes jurídicos es abstracta o abierta¹⁴⁹¹. Estas consideraciones, unidas al carácter secundario y no esencial de la conducta de colaboración para con el injusto sistémico de organización o grupo criminal, en cuanto conducta llevada a cabo por individuos externos a la agrupación delictiva, nos llevan a concluir que el mal a evitar es en los casos que ahora examinamos claramente superior al mal causado. Se infiere que ésta es también la opinión unánime de la doctrina y jurisprudencia. Y es que, si bien no encontramos un pronunciamiento expreso al respecto en relación a la conducta del pago de rescate a miembros de una organización o grupo criminal, sí se viene sosteniendo con contundencia esta conclusión en relación a las organizaciones y grupos terroristas¹⁴⁹², cuyo injusto sistémico es mayor que el de las agrupaciones que nos ocupan.

a.2.3. La necesidad de la conducta típica para evitar el mal.

El elemento cuyo análisis hemos dejado para el final por ser el que mayor complejidad suscita en los casos que analizamos es el relativo a la necesidad de la conducta típica para evitar el mal, esto es -siguiendo a la STS 1157/1998, de 5 octubre-, la exigencia de que “el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva¹⁴⁹³”. En puridad, estos medios

¹⁴⁹⁰ De referirse la conducta de colaboración económica a una agrupación criminal calificable de organización criminal *ex art. 570 bis.1.II CP*.

¹⁴⁹¹ Emplea este argumento en sede de terrorismo para justificar las conductas de colaboración con organización terrorista mediante el pago de rescates, LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 426: “el tipo de colaboración con banda armada es de peligro abstracto respecto a los bienes jurídicos personales más esenciales, mientras que la vida del secuestrado está en peligro concreto y su libertad está siendo vulnerada mediante la detención ilegal”.

¹⁴⁹² Véase NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 224 (“que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar [...] resulta indiscutible al encontrarse implicados dos bienes jurídicos tan importantes como la vida y la libertad”), y LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 426. En la jurisprudencia, la ya citada STS 2117/1994, de 5 de diciembre, FJ Primero y Único, concluyó en relación al requisito primero del art. 20.5º CP - sin ofrecer apenas argumentaciones dado lo aparentemente obvio del asunto- que: “el acusado se movió dentro de los parámetros marcados por el legislador”.

¹⁴⁹³ Este fragmento, extraído de la STS de 5 de octubre de 1998, ha sido posteriormente reiterado en varias ocasiones por los tribunales. Así, lo encontramos, por ejemplo, en la SAP Tarragona 498/2011, de 27 de septiembre. También resulta, a este respecto, muy ilustrativo el siguiente fragmento de la STS de 24 de noviembre de 1997: “cuando no se han agotado todas las vías legítimas para la salvación del bien [...] faltará, en verdad, al presunto estado de necesidad la cualidad de absoluto. Entendido todo ello con sanos y ponderados criterios atentos a la idea de exigibilidad, bastando el acreditamiento de que el sujeto, antes

alternativos no tendrían que ser obligatoriamente lícitos, pudiendo entenderse que no hay necesidad de realizar la conducta típica también en el caso en que las otras vías menos lesivas de evitar el conflicto sean delictivas. La idea, pues, es reclamar para la justificación de la conducta que no existieran medios alternativos menos graves, sean éstos delictivos o no¹⁴⁹⁴.

Nótese que no hemos dedicado apartado independiente al análisis de los requisitos segundo y tercero del art. 20.5º CP en los supuestos de pago de rescate, pues su presencia en estos casos es prácticamente obvia. Difícilmente los familiares o allegados que pagan el rescate o el mediador que intermedia en las negociaciones van a provocar intencionadamente la situación, o van a tener el deber de sacrificarse. Así, la STS 2117/1994, de 5 de diciembre, que estima la circunstancia eximente del estado de necesidad en la conducta del abogado que media en el pago del rescate a ETA para la liberación de un empresario secuestrado, no realiza argumentación alguna en relación a la presencia en el caso enjuiciado de esos elementos, limitándose a señalar su clara concurrencia¹⁴⁹⁵.

La doctrina y jurisprudencia que han valorado la posibilidad de justificar por el estado de necesidad la conducta del pago de rescates a organizaciones terroristas no han realizado por lo general consideraciones expresas sobre el elemento de la necesidad de la conducta típica para evitar el mal, dando por sentado su presencia por la sola gravedad y actualidad del mal objeto de amenaza¹⁴⁹⁶. No obstante, lo cierto es, que, en abstracto podría imaginarse una conducta alternativa posible a la típica con la que evitar la continuidad de la privación de libertad del secuestrado, y el consecuente riesgo para

de decidirse por la drástica solución lesiva del bien ajeno, puso en práctica, en su caso, cuanto humanamente aparezca como exigible para salvar y preservar el bien [...] en peligro”.

¹⁴⁹⁴ Así, BALDÓ LAVILLA, F., “Estado de necesidad y legítima defensa”, *op. cit.*, pág. 201, que mantiene que no habrá necesidad concreta de realizar la acción típica cuando exista un medio alternativo menos lesivo que sea en alguna medida “objetivamente apto para evitar o disminuir el riesgo de que el peligro amenazante se realice en lesión”.

¹⁴⁹⁵ Así, sobre la presencia en el caso enjuiciado del requisito de “Que el sujeto no haya provocado intencionadamente la situación de necesidad”, el Alto Tribunal (STS 2117/1994, de 5 de diciembre, FJ Único, afirma: “La concurrencia de este último requisito resulta tan obvia que no es necesario hacer más consideraciones para reforzar y fundamentar lo que a todas luces resulta evidente, como también la inexistencia de una obligación de sacrificarse por parte del necesitado”.

¹⁴⁹⁶ Así, en la doctrina, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas”, *op. cit.*, pág. 224, y LLOBET ANGLÍ, M., “Derecho penal del terrorismo”, *op. cit.*, pág. 430, que afirman la justificación de la conducta, sin referencia expresa al elemento de la necesidad que analizamos. En la jurisprudencia, la STS 2117/1994, de 5 diciembre, FJ Primero y Único, parece afirmar la presencia de la necesidad de la acción típica por la concurrencia de una situación de peligro de un mal objetivo y actual, dando así por sentado que no hay otra acción alternativa posible a la conducta típica para evitar el mal: “La acción que se imputa al acusado que fue absuelto por aplicación de la eximente completa, es la de actuar de mediador entre la familia del secuestrado y la organización terrorista que lo tenía en su poder lo que llevaría a que su conducta pudiera ser incardinada en la modalidad delictiva tipificada bajo la denominación de colaboración con banda armada. El acusado se encontraba, por tanto, ante la disyuntiva de actuar para evitar un mal actual, inminente y grave y, al mismo tiempo, colaborar en la entrega a ETA de importantes cantidades de dinero que permitirían la subsistencia de esta organización terrorista con el peligro, como dice la sentencia recurrida, meramente potencial que esta aportación económica representaba”.

su vida e integridad física, cual es la de poner los hechos en conocimiento de la policía¹⁴⁹⁷. Teniendo ello en mente LUZÓN PEÑA niega la aplicación del estado de necesidad a las conductas típicas de familiares que pagan el rescate y de intermediarios que median en las negociaciones con la organización criminal o terrorista por no considerarlas necesarias para evitar el mal, “al poder acudir a la autoridad”¹⁴⁹⁸. Pudiera, a este respecto, objetarse que la ayuda estatal no garantiza en un cien por cien la evitación del mal, pues pudiera suceder que antes de que la policía detenga a los secuestradores, haya ya transcurrido el plazo para el pago del rescate, y haber matado éstos al secuestrado por el impago, o bien que la organización o grupo criminal, enterada del aviso a la policía, tomara represalias, provocando la muerte del sujeto. No obstante, en abstracto, y, desde una perspectiva *ex ante*, que es desde la que se debe valorar la existencia o no de otras vías alternativas para evitar el conflicto, entendemos que el aviso a la policía es una conducta apta para evitar el mal, y, menos lesiva, en cuanto lícita, que la de pagar el rescate a la organización o grupo criminal, contribuyendo con ello a sus “arcas”. Por otra parte, desde esa argumentación pudiera asimismo cuestionarse la misma idoneidad de la conducta del pago del rescate para evitar el mal pues no es, desde luego, seguro que el pago signifique la liberación del secuestrado, pudiendo la agrupación criminal exigir más dinero, o suceder cualquier desavenencia imaginable que impidiese su puesta en libertad. Entendemos, por todo ello, que la conducta típica de pagar el rescate o de intermediar en el pago no es en España necesaria para evitar el mal, pudiéndose acudir en tales casos a una vía alternativa menos lesiva como es la referida puesta en conocimiento de los hechos a los agentes de la policía. Realizamos el acotamiento espacial a España y a países occidentales de su entorno porque, como ya señalamos anteriormente, en ciertas zonas de determinados países, principalmente del sur y centro de América, caracterizadas por altas tasas de corrupción, donde el poder de las grandes organizaciones criminales se infiltra en instituciones oficiales del Estado, como los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pudiera cuestionarse con fundamento la aptitud de la denuncia para frenar el secuestro y evitar la muerte del secuestrado.

La eventual alegación de que el familiar o allegado que efectuó el pago del rescate no acudió a la policía ante el temor de que la organización o grupo criminal pudiera darse cuenta y tomar represalias con el secuestrado no tendría peso alguno para desvirtuar la afirmación sobre la no necesidad de la conducta típica para evitar el mal. Nótese que en el estado de necesidad el juicio sobre la necesidad o no de la conducta típica se realiza desde una perspectiva *ex ante* meramente fáctica, sin atender al estado psicológico de tensión o temor que pudiera sufrir el sujeto autor de la conducta típica cuya antijuridicidad se cuestiona. Dicho estado psicológico habrá de evaluarse, en su caso, como factor eximente o atenuante de la responsabilidad penal, más tarde, a la hora

¹⁴⁹⁷ BALDÓ LAVILLA, F., “*Estado de necesidad y legítima defensa*”, *op. cit.*, pág. 201.

¹⁴⁹⁸ LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 544, que propone exonerar de pena a los sujetos activos de esas conductas en sede de culpabilidad, mediante la figura del miedo insuperable.

de valorar si el sujeto pudo o no motivarse racionalmente por la norma primaria, esto es, al examinar el carácter o no culpable de la conducta típica y antijurídica¹⁴⁹⁹.

c. Respeto a la conducta típica de participar activamente o integrar una organización o grupo criminal

Hemos venido restringiendo hasta aquí el estudio de viabilidad de la aplicación del estado de necesidad motivado por amenazas o secuestros condicionales a la conducta típica de cooperar, ya estemos ante el art. 570 bis o 570 ter CP, ante la dificultad que entraña, en principio, el intento de visualizar su aplicabilidad respecto a las restantes conductas típicas. No obstante, lo cierto es que pueden también encontrarse en los diarios internacionales algunos ejemplos de supuestos en los que sujetos, víctimas de amenazas, se integran en una organización criminal –conducta de los arts. 570 bis y 570 ter CP –. Así, está constatado que el Cártel de Jalisco Nueva Generación (CJNG), actualmente la organización criminal más poderosa de México, tiene como práctica habitual el reclutamiento de miembros mediante la publicación en redes sociales de falsos anuncios de empleo. Una vez que las personas acuden engañadas a las supuestas entrevistas, son privadas de libertad y obligadas a unirse a las filas de la organización, donde se les instruye en el uso y manejo de armas de fuego, así como en tácticas de autodefensa¹⁵⁰⁰. La concurrencia del peligro inmediato y real de la producción de un mal es clarísima en estos casos. El sujeto sabe que, o cede ante las amenazas, o será ejecutado, siendo así la integración a las filas el único camino posible para evitar la muerte. Muy conocida, es, por otra parte, la práctica del alistamiento de menores mediante amenazas por parte de organizaciones guerrilleras, como las FARC en Colombia.

¹⁴⁹⁹ Este mismo razonamiento es extrapolable al delito de omisión del deber de denunciar determinados delitos (concretamente, delitos que afecten a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual) del art. 450.2 CP, que castiga a “quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia”. Se exige, como se ve, como elemento del tipo objetivo, la posibilidad de acudir a la autoridad. Si físicamente se pudo acudir a la autoridad, pero no se hizo por miedo o temor a posibles represalias por parte del autor del delito, habría, a nuestro juicio, conducta típica (y antijurídica), pero posiblemente no culpable, por no podersele reprochar al sujeto su actuación, al no serle exigible otra conducta en esa situación psicológica. Las conductas concretas que nos ocupan de pago de rescates para la liberación de secuestrados han sido en ocasiones perseguidas precisamente por este delito, por no haber acudido a la policía los sujetos amenazados para dar cuenta del secuestro. Así sucedió, por ejemplo, en el caso enjuiciado en la STS 659/2012 de 26 julio, FJ Primero: “El Fiscal recondujo la imputación para una buena parte de las personas implicadas respecto de las que existían indicios de haber accedido al pago de las cantidades reclamadas bajo amenazas, a la tipicidad del art. 450.2 del Código Penal (omisión del deber de denunciar determinados delitos: el incumplimiento del genérico deber de denunciar que alcanza a todos los ciudadanos según nuestra legislación procesal adquiere rango delictivo en algunos casos específicos). Esa eventual tipificación no es totalmente descartable en algún supuesto aunque presenta dificultades derivadas de la relación de causalidad entre la denuncia y el impedimento del delito no denunciado que parece exigirse”.

¹⁵⁰⁰ Véase EL PAÍS, 01/08/17, “El cártel de Jalisco reclutaba sicarios a través de Facebook” (fecha de consulta: 05/08/18).

Estos ejemplos constituyen, a nuestro juicio, casos prototípicos de estado de necesidad “pleno” al concurrir en ellos claramente todos los elementos que el art. 20.5° CP exige: la citada situación de peligro inminente y real de la producción de un mal propio o ajeno, la necesidad de lesionar un bien jurídico para evitar dicho mal, que el mal causado no resulte mayor que el mal a evitar, que el sujeto no haya provocado intencionadamente la situación de necesidad y que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse.

1.3.2. Situaciones de penuria económica

Junto con el de las amenazas el otro ámbito imaginable de realización “forzosa” de las conductas típicas de los delitos de organización o grupo criminal, ante el que poder analizar la viabilidad del estado de necesidad como causa de justificación, sería el de las situaciones de penuria económica: sujetos que, sin solvencia económica, deciden colaborar con una agrupación criminal a cambio de una cantidad con la que poder satisfacer sus necesidades básicas o hacer frente al pago de una deuda o una operación médica determinada. Tales supuestos son sobre todo factibles en el ámbito de las organizaciones criminales, aquí caracterizadas por su poder de autorregulación normativa. Entre las normas de conductas y funcionamiento existentes en el marco de las organizaciones criminales del art. 570 bis CP, podrían encontrarse perfectamente las que estipulen unos sueldos u honorarios para sus integrantes y colaboradores, fijándose el importe en función de la relevancia del rol desempeñado, si se trata de miembros del entramado criminal¹⁵⁰¹, o del concreto trabajo realizado, si hablamos de meros colaboradores¹⁵⁰². Pero, también en relación a la figura del grupo criminal pondrían

¹⁵⁰¹ Resulta de interés la información sobre los sueldos estipulados por las principales organizaciones criminales italianas aportada por ELECONOMISTA.ES, 24/10/14 (consultado el 14/06/17), “La tabla salarial de la mafia italiana: el sueldo del primer mes puede alcanzar los 4.000 dólares”, extraída a su vez de un artículo del famoso escritor italiano SAVIANO: “Un sujeto que se acabe de unir a la mafia podría cobrar el primer mes de trabajo entre 2.500 y 4.000 dólares, probablemente un salario muy superior al que obtendría el primer mes en un trabajo legal”, asegura Saviano. El sueldo del primer escalafón no está nada mal si se compara con el sueldo medio que se cobra en España, por ejemplo, en un trabajo legal, que es de 1.634 euros brutos –año 2014 –. Y si ese sujeto que cobraba entre 2.500 euros y 4.000 decide hacer carrera dentro de la mafia e ir tomando ciertas responsabilidades de coordinación, pues bien, su sueldo puede oscilar entre los 6.500 y los 13.000 dólares. Si las responsabilidades del individuo dentro la mafia siguen su progresión y “se convierte en la mano derecha de un jefe, el sueldo mensual estaría entre los 32.000 y los 38.000 dólares”. Por último, si el sujeto termina de convertirse en un baluarte para la mafia y llega al puesto de ‘capo’ o ‘vicecapo’, el salario podría llegar a ser hasta de 130.000 dólares mensuales. Saviano explica que estos son los salarios medios. Y es que, al final el salario depende mucho de la mafia en la que se trabaje. En Italia existen cuatro mafias principales: Cosa Nostra, La Camorra, la Ndrangheta y la Sacra Corona Unita”.

¹⁵⁰² En el diario argentino LA NACIÓN, 29/01/2017 (consultado el 14/06/17), se da cuenta de los sueldos medios que cobra un sicario contratado por la Mafia china en Argentina, que oscilarían entre los 5.000 y los 10.000 pesos. También ilustrativa en relación al modo de vida de los sicarios del crimen organizado es la entrevista realizada el 07/12/2015 por el diario peruano TROME al apodado “Popeye”, sicario de Pablo Escobar que mató por encargo a más de 250 personas directamente y de manera indirecta a casi 3 mil, además de organizar torturas, extorsiones, secuestros y atentados. En dicha entrevista, “Popeye”, que afirma estar arrepentido por sus actos, aconseja a los jóvenes que están iniciándose en el sicariato “que busquen un nuevo norte en la vida. El sicario siempre tiene tres puertas: la cárcel, el hospital y el

imaginarse, aunque con menor frecuencia, supuestos de este estilo. Si bien es cierto que la existencia de un grupo criminal no supone, de acuerdo con nuestra interpretación del precepto, un desafío a la calidad del propio sistema democrático, por no emplear métodos mafiosos para adentrarse ilícitamente en los resquicios del Estado, su objetivo es cometer delitos, obteniendo con ello, en la mayoría de ocasiones, ganancias económicas, que son repartidas entre sus integrantes.

Por otra parte, pudiera suceder que informalmente se estableciera un determinado porcentaje de ganancias para cada sujeto en función del rol desempeñado. En consecuencia, pudiera imaginarse, aunque sea, como decimos, más infrecuente en la práctica, la situación de un sujeto que en un estado de penuria económica decidiese integrarse en un grupo criminal para obtener recursos con que poder hacer frente a su situación. La colaboración con el grupo criminal con esta finalidad, si bien podría también imaginarse, no plantearía problemas en cuanto a su justificación por estado de necesidad, ya que en sí esta conducta es atípica, habida cuenta de que en relación al grupo criminal sólo se castiga la colaboración de tipo económico como se desprende del propio art. 570 ter CP, que se refiere exclusivamente a la conducta de financiar.

La cuestión, por tanto, a plantear en relación a las conductas típicas de organización criminal y de grupo criminal en su modalidad de integrar, motivadas por el ánimo de obtención de recursos económicos en situación de precariedad es: ¿podrían tales conductas encontrar una justificación *ex art. 20.5° CP*? Para dar una respuesta a esta pregunta es necesario que analicemos, como ya hicieramos en relación a los casos de amenazas, si podrían o no concurrir los elementos constitutivos del estado de necesidad en estos supuestos, empezando a tal efecto dicho análisis con el que es el presupuesto consustancial a la figura.

a. Situación de peligro de la producción de un mal

¿Puede la penuria económica por sí sola tener la consideración de “mal a evitar”, pudiendo en consecuencia hablarse en estos casos de la presencia de una situación de peligro de la producción de un mal? Esta cuestión ha sido planteada y resuelta en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo, que ha tenido que determinar en muchos de los casos ante él planteados si determinados sujetos que delinquirían en situaciones de precariedad económica actuaban en un estado de necesidad *ex art. 20.5° CP*. A este respecto, el Alto Tribunal ha afirmado sin dubitaciones la insuficiencia de la sola situación de desempleo¹⁵⁰³ o insolvencia económica¹⁵⁰⁴ a efectos de integrar un “mal a evitar” a efectos de la aplicación de esta causa de justificación. Así, por ejemplo, en sentencia de 6 de junio de 1984 el Alto Tribunal afirmaba, en relación a la posible justificación por estado de necesidad de la conducta típica de hurto, que “el desempleo

cementerio. La justicia siempre prevalecerá sobre el mal. Hay que buscar una vida limpia, honesta, humilde. Lo que lleva a uno a meterse en esto es la ambición”.

¹⁵⁰³ Véase, por ejemplo, las SSTs 6 de junio de 1984, 2 de julio de 1979, o las más recientes SSTs 4 de mayo de 1992, 30 de diciembre de 1992, y 19 de junio de 2000.

¹⁵⁰⁴ STS de 21 de octubre de 1978.

sin otras connotaciones o circunstancias personales o familiares (enfermedades, riesgos de perder la vivienda, etc.) [...]no explica por sí solo una situación carencial en términos tales que origine un conflicto actual e inminente”¹⁵⁰⁵ que sólo pueda resolverse mediante la realización de una conducta típica.

Estamos de acuerdo con el sentir jurisprudencial a este respecto. El desempleo o la insolvencia económica, por las que atraviesa la mayor parte de la ciudadanía en uno u otro momento de su vida, no constituyen males con la relevancia jurídica suficiente a efectos de la consideración de la aplicación del estado de necesidad. Y, en cualquier caso, de considerarlos como tal en una interpretación laxa y excesivamente amplia del “mal a evitar”, resulta claro que la posible aplicación del art. 20.5º CP decaería al realizarse la ponderación de males, pues el mal causado, consistente en la perpetración de un delito, será siempre mayor que el mal a evitar, conformado por la insolvencia económica o el desempleo. Por otra parte, y en el caso concreto del desempleo, el dinero obtenido mediante la perpetración del delito de que se trate no evitaría dicho mal, pues, en puridad, el sujeto seguiría administrativamente siendo desempleado, por lo que el mal a evitar debiera ser en puridad otro.

Ante estas constataciones, se impone en estas situaciones de precariedad económica la búsqueda de otros significados posibles al término “mal a evitar”. A este respecto, se han barajado dos posibilidades: una interpretación más restrictiva y tradicional¹⁵⁰⁶, que entendería por tal sólo a la muerte por inanición, y otra más generosa, y hoy mayoritaria¹⁵⁰⁷, según la cual el “mal a evitar” comprendería el sufrimiento físico por los dolores por hambre o frío, o la indigencia¹⁵⁰⁸. Nos parece más razonable esta segunda interpretación. Y es que la primera, aparte de poco humanitaria, puesta en relación con la exigencia doctrinal y jurisprudencial de la existencia de un “peligro inminente o actual” supondría prácticamente la nula aplicación de esta causa de justificación. Como señala RODRÍGUEZ DEVESA¹⁵⁰⁹, si el peligro de muerte por

¹⁵⁰⁵ STS 6 de junio de 1984, segundo considerando.

¹⁵⁰⁶ Serían un exponente de esta interpretación las SSTS 22-1946, 1-3-1974 y 3-12-1976.

¹⁵⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, J., “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 35, Fasc. 3, 1982, pp. 667 y 668, da cuenta de la evolución sufrida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al concepto de “mal a evitar” en el estado de necesidad desde una concepción muy estricta a otra más laxa y humanitaria. En el ámbito concreto de las situaciones de penuria económica ello se ha manifestado –dice el autor –en el hecho de que “si antes se requería un peligro inminente para la vida ahora [...] el mal sería [...], no la muerte, sino la propia indigencia”. Exponente de la actual interpretación, más laxa, del “mal a evitar” sería la STS 2 de julio de 1979, 30 de octubre de 2000.

¹⁵⁰⁸ Resultan muy ilustrativas en relación al cambio jurisprudencial mencionado las siguientes observaciones de SILVA SÁNCHEZ, J., “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *op. cit.*, pp. 667 y 668: “...se produce así una conversión de lo que antes no se consideraban indicios o males en sí mismos, lo que es importante para la ampliación del concepto del mal que conlleva. Permite, además, ubicar el peligro inminente –como real presupuesto de la acción necesaria –en un estado anterior (el inmediatamente previo a la grave indigencia). Con todo ello el estado de necesidad justificante experimenta, consiguientemente, una sustancial extensión de su ámbito de aplicación”.

¹⁵⁰⁹ RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, J.M. “*Derecho Penal Español, Parte General*”, *op. cit.*, pág. 575.

inanición es verdaderamente inminente el sujeto apenas será capaz de cometer un delito para paliar su hambruna dada su letal situación.

Nótese que a estos dos entendimientos de “mal a evitar” se contrapondría la interpretación doctrinal en su momento señalada que sostiene que el mal a evitar de cara a la aplicación del estado de necesidad ha de tratarse necesariamente de un mal jurídico-penal. La muerte por causas naturales, y el sufrimiento físico o indigencia quedarían para los autores partidarios de esta interpretación -entre los que se encuentran GIMBERNAT¹⁵¹⁰, LUZÓN PEÑA¹⁵¹¹ y CUERDA RIEZU¹⁵¹² -fuera de la consideración legal de “mal a evitar”, no pudiéndose, en consecuencia, justificar ex art. 20.5º CP las conductas típicas realizadas para su evitación. Nosotros, sin embargo, consideramos, como MIR PUIG¹⁵¹³, y, en general, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias¹⁵¹⁴, que el mal a evitar no tiene por qué ser un mal en sentido jurídico-penal, pues puede suceder que un mal que no tenga esta consideración sea igual, o incluso superior, en gravedad, a un mal que sí lo merezca. Si el mal a evitar ha de entenderse como sufrimiento físico por los dolores por hambre o frío, o indigencia, estaremos ante una situación de peligro actual y objetivo de su producción ex art. 20.5º CP cuando se identifique una pérdida o disminución importante de bienes esenciales, esto es, de bienes para cubrir las necesidades básicas, como alimentos, vivienda, vestidos o asistencia médica. Así lo consideró en su momento, con acierto, la STS 615/1998, de 14 de diciembre, que desestimó la aplicación del estado de necesidad en un supuesto en que la acusada padecía una simple disminución de su capacidad adquisitiva, que, si bien redujo su nivel de gastos, no determinó en ningún caso el peligro de “la privación de elementos esenciales para la vida doméstica”¹⁵¹⁵.

Junto a estos casos en que la situación de peligro de producción de un mal estaría motivada únicamente por la penuria económica en sí, coexistirían en este ámbito otros en los que concurrirían otras circunstancias, que, junto a la falta de recursos, llevarían al sujeto a delinquir. El mal a evitar en estos casos a que nos referimos no sería así la indigencia o el hambre sino otro distinto, que no puede ser evitado en principio por medios lícitos debido precisamente a la falta de activo patrimonial. Piénsese así en

¹⁵¹⁰GIMBERNAT, E., “Notas”, *op. cit.*, pp. 964-965.

¹⁵¹¹LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 408 y 409

¹⁵¹²CUERDA RIEZU, A., “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, *op. cit.*, pp. 295 y ss.

¹⁵¹³MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 473.

¹⁵¹⁴CEREZO MIR, J., “La regulación del estado de necesidad en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 57 y ss., y CÓRDOBA RODA en CÓRDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Madrid, 1976, pág. 276.

¹⁵¹⁵ En este sentido, véase la STS 615/1998, de 14 de diciembre, que desestima la pretensión de la aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad porque “no se aprecia el dato primordial del peligro de daño a bienes esenciales, porque la estrechez o la penuria económica que señala la sentencia no significa que hubiese peligro de pérdida, falta o disminución de bienes básicos para la acusada y su familia, como alimentos, vivienda, vestidos, asistencia médica, máxime cuando los ingresos de Isabel A. y de su esposo, próximos a las 300 mil pesetas mensuales, suponían más del quíntuplo del Salario Mínimo Interprofesional en las fechas de los hechos, comprendidas entre el año 1991 y el 1994; por lo que la penuria o estrechez económica que señala la sentencia debe entenderse como una disminución de la capacidad adquisitiva de la acusada, que redujo su nivel habitual de gastos, [...] pero, que no determinó la amenaza del mal de la privación de elementos esenciales para la vida doméstica ”.

el supuesto en que un padre, cuya hija ha de ser operada para la curación de una enfermedad mortal, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de la citada operación, recurre para ello a vías delictivas como el robo, el tráfico de drogas a cambio de una contraprestación, o en nuestro caso concreto a la colaboración puntual remunerada con una organización o grupo criminal. Otra hipótesis imaginable sería la del individuo deudor que, amenazado por su acreedor por sucesivos impagos, delinque para obtener dinero y evitar así que se materialice el mal objeto de la amenaza. En estos dos casos la presencia de un mal a evitar sería aún más clara que en los supuestos anteriores. El mal a evitar no sería un próximo estado de indigencia o el hambre, sino la vida o la integridad física de un sujeto: la hija en el primer caso, hablándose de “mal ajeno”, o el propio individuo autor de la conducta típica cuya justificación se examina, en el segundo caso, tratándose de un “mal propio”.

El problema en estos casos se encontraría en la exigencia de inminencia del mal. Ya vimos que en los casos de amenazas, al no ser el mal a evitar de producción inminente, no podría hablarse propiamente dicho de estado de necesidad. La interpretación laxa de la situación de peligro, en el sentido de aceptar también como tal los supuestos de peligro permanente, tampoco solucionaría el problema, pues en estos casos se venía exigiendo que no se pudiera contemplar en este tiempo otra forma de hacer frente al conflicto, lo que no sucedería en este caso, en que el sujeto tendría que representarse la posibilidad de acudir a la policía. En la hipótesis en que el mal a evitar sea la muerte de un familiar por la imposibilidad de hacer frente al coste del tratamiento médico, también habría que estar al requisito de la inmediación. En los casos en que la situación de peligro fuera permanente, habría que atender a la posibilidad del sujeto de acudir en el periodo de tiempo a otros medios diversos a la realización de la conducta típica para evitar el mal, lo que nos lleva al examen del requisito de la necesidad de la conducta típica.

b. Necesidad de realizar la conducta típica

Si el elemento de la situación de peligro de la producción de un mal no genera, con las matizaciones supra realizadas sobre la inmediación, especiales problemas en los supuestos de precariedad económica que analizamos, no sucede lo mismo con lo que se refiere al requisito de la necesidad de la conducta típica para evitar dicho mal¹⁵¹⁶.

En los casos de precariedad económica en los que el mal que se pretende evitar a través de la comisión de una conducta típica es la indigencia, el sufrimiento por el hambre o el frío ante la falta de bienes esenciales, resulta especialmente compleja la apreciación de este elemento por los tribunales, habida cuenta de la disponibilidad de

¹⁵¹⁶ Así, BALDÓ LAVILLA, “*Estado de necesidad y legítima defensa*”, *op. cit.*, pp. 182 y 183, que, respecto a los supuestos de delincuencia motivada por situaciones de estrechez económica, considera que: “en gran número de casos, la eximente de estado de necesidad no es aplicable, no porque no concurra una amenaza de un peligro inminente, sino porque falta la propia situación de necesidad de una salvaguarda que acarree riesgos típicamente relevantes para terceros”.

medios alternativos de que en principio disponen los ciudadanos para evitar dichos males¹⁵¹⁷. Ello al menos en Estados sociales de derecho, como lo es el Estado español. Muchos son los ejemplos que pueden citarse de sentencias de nuestro Alto Tribunal que han desestimado el estado de necesidad en base a estas consideraciones. Así, en el caso de un sujeto que, en grave situación económica, accedió a transportar sustancias estupefacientes a cambio de dinero, el Alto Tribunal, en STS 71/2000, de 24 de enero, consideró no aplicable – incluso como circunstancia atenuante analógica – el estado de necesidad considerando que a tal fin no era suficiente “el mero hecho de encontrarse supuestamente en una situación económica deficiente”, circunstancia ésta -afirmaba - “que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trata, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícito”. La existencia de comedores sociales, bancos de alimentos y albergues o centros de acogida en nuestro país dificultan así, con mucho, la posibilidad de hablar en casos de delincuencia como medio para obtener recursos económicos de verdadera necesidad a efectos de apreciar la exigente de estado de necesidad.

Cuando concurren, junto a la penuria económica, otras circunstancias, no siendo el mal a evitar la indigencia o el hambre en sí, sino la muerte o lesión de la integridad física del propio sujeto o de un allegado ante la imposibilidad de pagar una operación médica, podría alegarse en ciertos casos que lo elevado de la cantidad requerida haría ineficaz para evitar el mal cualquier tipo de ayuda estatal. No obstante, también en estos casos los tribunales son reticentes a estimar el requisito de la necesidad. Así, por ejemplo la STS 1726/1999, de 10 de diciembre, en un caso también de tráfico de drogas, para cuya justificación el acusado alegaba la necesidad de recaudar dinero para pagar los gastos médicos para la curación de una enfermedad que su hija padecía, consideraba que “el encausado debió agotar otras vías a su alcance antes de transgredir cualquier tipo de legalidad”, señalando entre éstas últimas el “acudir a un trabajo remunerado o, en cualquier caso, a entidades públicas o privadas que en cualquier país existen por deficiente que sea su nivel de vida”¹⁵¹⁸. No obstante, nótese que en este caso el tribunal consideraba que el peligro de la producción del mal no era inminente, ni el mal grave, pues según los hechos probados la chica ya había sido antes operada, no siendo el segundo tratamiento de carácter urgente¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁷ Así lo sostiene BALDÓ LAVILLA, “*Estado de necesidad y legítima defensa*”, *op. cit.*, pp. 182 y 183: “existen otros procedimientos alternativos con posibilidades objetivas de salvación –todos los que tienen que ver con el Estado social –”.

¹⁵¹⁸ STS 1726/1999, de 10 diciembre, FJ Primero.

¹⁵¹⁹ STS 1726/1999, de 10 diciembre, FJ Primero: “El mal que se dice trató de evitar el encausado con su acción no era de carácter grave, ni actual, ni causaba un peligro inminente a su hija pues la posible gravedad, así como la inminencia en el tratamiento médico, habían sido solventados con mucha anterioridad a la comisión de los hechos enjuiciados, dado que si éstos se realizaron en septiembre de 1997, la operación urgente de la menor se había llevado a cabo en el año 1995, no pudiéndose entender, según lo probado, que el segundo tratamiento que habría de llevarse a cabo (en él se basa exclusivamente el recurso) tuviera ese carácter temporal de urgente, ni de una gravedad excesiva. Y es que como dicen las Sentencias números 729 y 667 de 1996, ese concepto de temporalidad y su medición «ha de hacerse en el momento álgido en que se provoque la necesidad imprescindible de evitarlo...» es decir, el mal ha de estar latente, no parado”.

Distinta fue la conclusión del Alto Tribunal en el caso enjuiciado en la STS 1957/2001, de 26 de octubre, en el que sí se estimó, si bien como eximente incompleta, el estado de necesidad en la conducta de un padre que traficó ilícitamente con drogas para poder sufragar los gastos de una carísima intervención quirúrgica a su hijo, aquejado con una enfermedad cerebral. En este supuesto, en que se consideró que el mal a evitar, constituido por la muerte del hijo, sí era grave y de producción inminente, se entendió que sí existía una necesidad de realizar la conducta típica. Consta en la causa que el acusado había solicitado previamente un préstamo al banco, que le había sido denegado, para hacer frente a la situación, lo que, unido a la citada inminencia y gravedad del peligro, y a lo elevado del importe requerido para la operación (9.000 dólares), llevó al tribunal a considerar que la conducta delictiva fue necesaria para evitar la muerte del hijo¹⁵²⁰.

De estos supuestos se extrae que habrá de estarse en cada caso a las circunstancias concurrentes de cara a apreciar si hubo o no necesidad de realizar la conducta típica, prestándose a este respecto especial atención al carácter más o menos inminente del mal a evitar, a la suma económica requerida para hacerle frente, al porcentaje de probabilidades de que la operación médica evite efectivamente la muerte del enfermo, y a la posibilidad de acudir, en el intervalo más o menos breve de que se dispone para actuar, a medios alternativos a la conducta típica abstractamente eficaces para conjurar el mal. De concurrir esta última posibilidad, habría de acreditarse para la estimación del requisito de la necesidad de la conducta típica que se acudió previamente a estos medios, siendo los mismos infructuosos para evitar el mal. Entre estos medios podrían considerarse el solicitar un préstamo al banco, el pedir ayuda a familiares o amigos, el acudir al Defensor del Pueblo, o el dar visualización de la gravedad de su situación a través de internet. Todo ello sin obviar la circunstancia de que en un Estado social de derecho, como el nuestro, con un sistema de salud público, las situaciones de riesgo inminente para la salud o la integridad física de las personas resultan en principio cubiertas por el sistema de seguridad social.

Por otro lado, habría que reseñar que, de entre las conductas típicas de organización y grupo criminal, la única respecto a la cual podría estimarse en abstracto el estado de necesidad, en lo que se refiere al elemento de la necesidad, sería la de

¹⁵²⁰ STS 1957/2001, de 26 octubre, FJ Cuarto: “En el presente supuesto se dan circunstancias relevantes y excepcionales que justifican la estimación de la eximente incompleta: A) un hijo del acusado padece una gravísima enfermedad en el cerebro que precisa intervención quirúrgica a la mayor brevedad; B) el importe de esta urgente operación es de 9.000 dólares; C) el acusado solicitó a tal fin un préstamo que le fue denegado por la entidad bancaria. La reunión de estos datos que la Sala declara probados –sobre la base además de una documentación traída al Juicio Oral por los cauces procesales adecuados, y no de sospechosos documentos que ya poseyera anticipadamente el sujeto al llegar a España– por sí mismos reflejan las exigencias del conflicto propio del estado de necesidad: a la extrema gravedad e inminencia del mal, se añade la imposibilidad de evitarlo por el único medio lícito y eficaz de pagar la intervención quirúrgica, una vez fracasado el intento de obtener su importe, sin tampoco disponer de tiempo para esperar mejor fortuna. No se trata aquí, como tantas otras veces de una situación de pobreza más o menos real y de difusos contornos, difícilmente encajables dentro de un verdadero conflicto grave y actual entre bienes jurídicos concretos, sino ante una angustiosa necesidad de obtener con rapidez un dinero imprescindible para salvar la vida de un hijo en inminente peligro de muerte”.

colaboración con organización criminal. La naturaleza esencialmente permanente de las conductas típicas de participación activa en organización criminal y de integración en grupo criminal chocan en principio con la causa de justificación del estado de necesidad. Nótese que, de cara a la estimación del art. 20.5º CP, el mal causado ha de ser, además de inevitable, proporcionado¹⁵²¹. En otras palabras, la conducta típica ha de ser la justa y precisa para evitar que se produzca el mal que se quiere evitar, resultando, por tanto, no justificado todo exceso que a este respecto se produzca. Así, en el caso ejemplificado sería suficiente de cara a conseguir el importe requerido para sufragar la operación médica, con la realización por encargo de una o más, pero en todo caso puntuales, actividades delictivas para la organización criminal. La integración como miembro, de forma permanente, en una organización criminal, algo que se asemeja a la adopción de un modo de vida criminal, parecería exceder en principio de lo requerido para evitar el mal concreto.

Habría de estarse en cualquier caso, como siempre, a las circunstancias concurrentes, y, en especial, a la cantidad económica exacta requerida para hacer frente al “mal a evitar”. En el caso de la conducta de cooperación, cuando se realicen más actos de colaboración que los estrictamente necesarios para conseguir la suma requerida a tal fin, la justificación *ex art. 20.5º CP* debiera abarcar exclusivamente a los actos necesarios a tal efecto. En caso de no resultar clara la delimitación de éstos, por ejemplo en caso de apreciación de delito continuado de cooperación, se aplicase la eximente incompleta de estado de necesidad respecto de la totalidad de conductas. De encontrarnos ante un solo acto de cooperación, pero realizado a cambio de un importe económico muy superior al del coste del tratamiento, podría apreciarse el estado de necesidad de manera incompleta *ex art. 21.1º CP*, siguiendo la línea jurisprudencial seguida por sentencias como la STS de 20 de marzo de 1991¹⁵²².

c. La ponderación de males

La necesidad de realizar la conducta típica no es, sin embargo, el único elemento de la causa de justificación del estado de necesidad cuya apreciación plantea problemas en los casos de precariedad económica. El primer requisito de la figura formulado en el art. 20.5º. Primero, si bien de carácter no esencial, conformado por la exigencia de que el mal causado sea menor, o en todo caso, igual que el mal a evitar, suscita también gran

¹⁵²¹ Así, por ejemplo, la STS de 19 de junio de 2000, que precisa que “el acto necesitado” constituido por la conducta típica sea “inevitable y proporcionado”.

¹⁵²² En un caso de “hurto famélico”, el Alto Tribunal en STS de 20 de marzo de 1991, FJ Cuarto, afirmaba: “En el caso de autos hay que aceptar la concurrencia del núcleo esencial de la eximente o situación de necesidad en cuanto la propia sentencia recurrida dice en su fundamento jurídico 3.º «que la procesada carecía de medios económicos que le permitirían atender a las necesidades de sí y de sus hijos, de modo que el bien jurídico ajeno es sacrificado en aras de aquella necesidad obteniendo objetos de uso primario -calzado- y otros que transformaría en dinero». Ahora bien, la reiteración de la conducta delictiva en el espacio de pocos días y la obtención de bienes ajenos en cuantía muy próxima a las treinta mil pesetas, parece indicar que no se ha «tomado lo estrictamente indispensable» según palabras de la Jurisprudencia citada y en este exceso del mal causado radica la estimación de la eximente incompleta apreciada por la Sala de instancia”.

problemática en este ámbito en sede jurisprudencial de cara a la aplicación de la eximente.

Cuando el mal a evitar es el mismo hambre, el frío o la indigencia, los tribunales en relación a conductas remuneradas de tráfico de drogas han venido desestimando por sistema¹⁵²³ la aplicación del estado de necesidad en base a consideraciones sociales y de justicia material como pueden serlo los efectos nocivos que tiene el narcotráfico en la sociedad, a través de “la destrucción física y psíquica de los individuos y la descomposición y escisión de sus familias”¹⁵²⁴ o las “imprevisibles consecuencias” que una legitimación, total o parcial, generalizada de estas situaciones podría conllevar¹⁵²⁵, afirmando así la mayor gravedad del “mal causado”, conformado por la afectación de la salud pública, que el “mal a evitar”. Cuando la penuria económica ha sido esgrimida, no como mal a evitar en sí, sino como justificación de la imposibilidad de hacer frente a la operación médica de un familiar, como sucedió en el caso enjuiciado en la citada STS 1957/2001, de 26 de octubre, los tribunales vienen a utilizar las mismas argumentaciones en casos de tráfico de drogas, afirmando la superioridad del mal causado frente al mal a evitar, lo que resulta en nuestra opinión muy cuestionable. Así, en la sentencia mentada, aun considerando el peligro de producción del mal como inminente y grave, el tribunal afirmó que “el mal de hipotética causación a la salud pública”, por el tráfico de drogas, era mayor que el que se trataba de evitar, y, habida cuenta de que el requisito primero del art. 20.5º CP ostenta la consideración de no esencial, aplicó la eximente de estado de necesidad en grado incompleto (art. 21.1º, en relación con el art. 20.5º CP)¹⁵²⁶.

Las consideraciones del Alto Tribunal respecto a la aplicación del estado de necesidad en el campo del narcotráfico parecerían, desde luego, extrapolables al ámbito

¹⁵²³ No obstante, en alguna ocasión, en materia de narcotráfico, el Tribunal Supremo ha considerado que la situación de penuria económica, o incluso el simple paro laboral, a pesar de no integrar ni la circunstancia atenuante de estado de necesidad, sí es suficiente de cara a aplicar la atenuante por analogía, actualmente prevista en el art. 20.7º CP. Así, la STS de 14 de julio de 1982: “la situación de paro que se invoca [...] con sentido atenuatorio, [...] aunque de suyo y por sí sólo [...] no es suficiente para fundar la eximente incompleta a que aluden los recurrentes, al no constar ni la carencia de medios económicos para subsistir, ni si, antes de resolver la ejecución del delito habían acudido infructuosamente a otros expedientes para remediar su situación, es una realidad sociológica que tal circunstancia crea una situación angustiosa y excepcional que si no llega, en este caso, a dar el supuesto típico de la eximente incompleta, sí el de la atenuante analógica del –entonces –núm. 10 del art. 9.º al estar presente en menor proporción ese estado”.

¹⁵²⁴ STS 1726/1999, de 10 de diciembre, FJ Primero: “...ponderando adecuadamente los intereses puestos en conflicto, se deduce sin ningún género de dudas que el mal causado tuvo mayor entidad que el que se trató de evitar con la comisión delictiva, pues según una lógica escala de valores el tráfico de drogas entraña en sí mismo una gravedad superior a la necesidad de <<completar>> la curación de una enfermedad”. Por otra parte, en la conclusión desestimatoria del estado de necesidad juega también un papel clave el hecho de que la producción del mal no era inminente pues la operación urgente de la hija se había llevado a cabo anteriormente, no siendo el segundo tratamiento, que ahora se alegaba como causa motivadora de la comisión del delito, urgente.

¹⁵²⁵ Así, la STS 43/1998, de 23 de enero, FJ Sexto.

¹⁵²⁶ STS 1957/2001, de 26 octubre, FJ Cuarto: “El que el mal de hipotética causación a la salud pública se considere mayor que el que se trataba de evitar obsta la apreciación de la eximente completa pero no la del estado de necesidad como atenuante, que es la calificación acertadamente estimada por la Sala de instancia”.

de la criminalidad organizada, y concretamente al delito de pertenencia o cooperación con organización criminal. Por una parte, el tráfico de drogas constituye uno de los objetivos y actividades típicas de las organizaciones criminales; por otra, tanto el tipo penal del art. 368 CP como los del art. 570 bis, 517 ó 518 CP vienen a tutelar bienes de carácter supraindividual, cuya titularidad la ostenta el conjunto de la ciudadanía. Por lo que, a falta de una jurisprudencia sobre el tema que nos ocupa, esto es, la aplicación del estado de necesidad a las conductas de organización y grupo criminal, se podría deducir, que de existir, la misma vendría negando la virtualidad del estado de necesidad en supuestos de realización de las conductas típicas de integración o cooperación con organización criminal con fines de subsistencia ante situaciones de penuria económica. No obstante, como adelantamos, no nos parecería justa dicha conclusión de la ponderación de males. La muerte o merma de la salud de una persona, como mal a evitar, nos parece claramente mayor que la afectación a un bien jurídico supraindividual, como es en este caso la seguridad colectiva, y, también, en el caso de la organización criminal, el correcto funcionamiento de los mercados e instituciones en los regímenes democráticos. Lo mismo sucedería en los casos de operaciones remuneradas de tráfico de drogas, donde la afectación a la salud pública, a nuestro entender, considerando la naturaleza de peligro abstracto del delito, y el carácter supraindividual del bien jurídico afectado, es inferior como mal a la muerte o afectación de la salud. Otra cosa es, como comentamos, que no haya necesidad en el caso enjuiciado de realizar la conducta típica, requisito del que ya hemos hablado supra, no pudiéndose estimar la eximente de estado de necesidad, aunque la ponderación de males de como resultado, a nuestro juicio, la superioridad del mal a evitar.

1.4. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho

La última de las causas de justificación contempladas en el art. 20 CP es la consistente en el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho. Realmente la fórmula legal es más amplia pues el ordinal 7º del art. 20 CP exonera de responsabilidad criminal al “que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, pero parte de la doctrina señala, con razón, que, al ser el oficio y el cargo, en última instancia, fuentes de derechos, su ejercicio legítimo entraña en puridad el ejercicio de derechos¹⁵²⁷. No se alude, sin embargo, a la posibilidad de que el oficio y el cargo sean también fuentes de deberes, lo que es, desde luego, factible dado que ambos implican tanto derechos como deberes. Siendo ello así, dos serían los supuestos generales objeto aquí de exoneración: la realización de una conducta típica en cumplimiento de un deber, o en ejercicio de un derecho, pudiéndose realizar una distinción a su vez en cada caso en atención al origen del deber o derecho entre cumplimiento/ejercicio legítimo de derechos/deberes reconocidos de forma

¹⁵²⁷ Así, MORALES PRATS, “Artículo 20.7º”, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7ª ed., Aranzadi, 2016, pág. 266, y MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, págs. 499 y ss., que distingue a estos efectos entre “derechos no procedentes de un oficio o cargo” y “derechos procedentes de un oficio o cargo”.

general por el ordenamiento jurídico, y cumplimiento/ejercicio de derechos/deberes derivados de un oficio o cargo. Aplicando los mismos al ámbito que nos ocupa, habría que plantearse la posibilidad de la realización de las conductas típicas de los arts. 517, 518, 570 bis ó 570 ter CP bajo el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, en cuyo caso la responsabilidad penal de los correspondientes autores sería exonerada *ex* 20.7º CP, de darse todos los requisitos de la causa de justificación, o meramente atenuada *ex* art. 21.1º CP, de no concurrir todos sus elementos. ¿Puede alguien integrarse en una organización o grupo criminal en el ejercicio legítimo de un derecho?

Podría ser imaginable a este respecto que un abogado, en un intento desesperado por conseguir la absolución, o al menos, la atenuación de la responsabilidad de su cliente, acusado de pertenecer a una organización criminal, alegue que el mismo actuaba en el ejercicio del derecho fundamental de asociación, reconocido en el art. 22 de la Constitución Española¹⁵²⁸. No obstante, en caso de existir pruebas de la ilegalidad de los fines de la asociación, tal pretensión sería claramente desestimada pues, lógicamente, tal derecho no ampara –como además se afirma en el apartado 2 del art. 22 CE¹⁵²⁹ –a los integrantes de “asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito”.

En puridad, en el ámbito de la criminalidad organizada los supuestos principales en los que podría plantearse la aplicación de la causa de justificación son aquellos en que magistrados, abogados o políticos colaboran, en el ejercicio de su cargo u oficio, con organizaciones criminales. Así, un magistrado que, por falta de pruebas en la causa, absuelva al máximo dirigente de una organización criminal estará realizando un comportamiento de cooperación con la agrupación, pero, al corresponderse éste con un ejercicio legítimo de su cargo, habría de considerarse que la conducta no es merecedora de reproche penal. Lo mismo es aplicable, desde luego, al abogado que, por sus grandes dotes como jurista, consiga para su representado, dirigente de una organización criminal, la absolución de los cargos por los que venía siendo acusado. No obstante, si, como decimos, el art. 20.7º CP puede claramente aplicarse a estos supuestos, ello no sería siquiera necesario al poderse considerar, ya en sede de tipicidad, dichas conductas como atípicas por la ausencia en ellas de un riesgo jurídicamente desaprobado. Y es que, tales comportamientos constituyen ejemplos claros de “conductas neutrales”.

¹⁵²⁸Art. 22 CE: “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

¹⁵²⁹ Y también en la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, tanto en el apartado II de su exposición de motivos (“la ilicitud penal de las asociaciones, cuya definición corresponde a la legislación penal, constituye el límite infranqueable de protección del derecho de asociación”), como en su art. 2.7 (“Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales”).

Si el juez que absuelve al capo, o el político que concede una licencia administrativa al mafioso, llevaran a cabo su conducta sin cumplir estrictamente con las normas que regulan el ejercicio de su profesión con el objetivo de beneficiar a la organización, la cuestión cambiaría al no poder ser calificada la conducta como neutral, ni ser aplicable la eximente completa ni incompleta del ejercicio de un derecho o cargo. No obstante, en estos casos, atendiendo al carácter subsidiario del tipo de colaboración con organización criminal aquí defendido, normalmente no será de aplicación este tipo, por ser de aplicación preferente otros delitos: en los ejemplos, la prevaricación judicial, en el caso del juez, y el cohecho o tráfico de influencias, en el caso del político.

En lo que respecta a las conductas de participación activa en organizaciones o grupos criminales, el único supuesto en principio imaginable en que podría ser eficaz la alegación del ejercicio legítimo de un derecho de cara a exonerar de responsabilidad penal a este respecto sería el del agente infiltrado. No obstante, lo cierto es que, contando éste con la autorización judicial correspondiente para infiltrarse en la organización criminal, se prevé difícil que pueda llegar a ser acusado en un procedimiento por la comisión de este delito. La figura del “agente encubierto”, introducida en la LECrim. por la LO 5/1999, de 13 de enero, como método especial de investigación en el ámbito de la delincuencia organizada, habilita a funcionarios de la Policía Judicial a participar, bajo una identidad supuesta, del entramado organizativo de que se trate con el objetivo de detectar con mayor facilidad la comisión de delitos y obtener pruebas inculpatorias¹⁵³⁰. Concretamente, el art. 282 bis LECrim. dispone a estos efectos en su apartado primero que “el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”.

Aunque en principio parecería viable la alegación del ejercicio legítimo de un oficio o cargo *ex art. 20.7º CP* para justificar la conducta del agente de la Policía Judicial que se infiltra en una organización o grupo criminal, disponemos ya de un precepto específico a este fin, cual es el art. 282 bis LECrim., que en su apartado quinto prevé la exoneración de toda responsabilidad penal de éste “por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden

¹⁵³⁰ Los motivos alegados en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1999, de 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, para la introducción de la figura fueron –bajo transcripción literal –, entre otros, los siguientes: “Las reformas que se incorporan en la presente Ley parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos. De esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores”.

la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”. Aunque la integración en una organización o grupo criminal no aparece expresamente contemplada entre las actividades objeto de posible autorización judicial del apartado primero del art. 282 bis LECrim., que se reducen a la actuación bajo identidad supuesta –lo que podría derivar en un delito de falsedad documental –, y a la adquisición y transporte de objetos, efectos e instrumentos del delito –que podría integrar, por su parte, un delito de receptación o tráfico de drogas –, parece obvio que la misma ha de encontrarse también abarcada por la exoneración al ser “consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación”, guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de ésta y no constituir una provocación del delito. El hecho de que la integración o la cooperación con la organización criminal no aparezca entre las actividades a autorizar en el art. 282 bis.1 LECrim., a pesar de ser precisamente las conductas claves que permite al agente investigar desde dentro del entramado la planificación de futuros delitos, y detener, así, a sus miembros, resulta en principio llamativo. Tal proceder tendría que encontrar su justificación precisamente en la obviedad de tal conducta para con los fines de la figura del agente encubierto habida cuenta de que la propia exposición de motivos de la LO 5/1999, de 13 de enero, afirma introducir esta técnica de investigación para permitir a los miembros de la Policía Judicial “participar del entramado organizativo”.

En la doctrina ha sido objeto de discusión la naturaleza concreta de la exención de responsabilidad penal contemplada en el citado art. 282bis.5 LECrim., habiéndose planteado las opciones de su calificación como causa de justificación o excusa absoluta. También estaría la posibilidad de buscar la impunidad del agente infiltrado en sede misma de tipicidad, ya en el tipo objetivo, a través de la calificación de la conducta del agente como comportamiento neutral, ya en en el tipo subjetivo, negando la presencia de dolo de participar activamente en la organización o grupo criminal en el agente infiltrado. Ésta última es concretamente la postura que mantiene GARCÍA VALDÉS¹⁵³¹, quien, como vimos, interpreta que el dolo en estos delitos exige compartir y aprobar las finalidades de la organización o grupo criminal, esto es, su voluntad social. Ya expusimos en su momento, al analizar el dolo, nuestra crítica a esta concepción, que no supone sino reclamar la existencia de elementos subjetivos específicos del injusto, no reclamados en los tipos de organización y grupo criminal, ni que debieran reclamarse en nuestra opinión.

La consideración de la exoneración del art. 282 bis.5 LECrim como excusa absoluta, en vez de como causa de justificación, parece sostenerse por alguna sentencia, como la STS 395/2014, que afirma en su FJ Tercero en relación al agente encubierto, que “ha de tratarse de un miembro de la policía judicial que, por resolución motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa

¹⁵³¹GARCÍA VALDÉS, C., “Tres temas penales de actualidad”, *op. cit.*, pág. 3.

absolutoria impropriadamente recogida en una norma procesal. La exención de la responsabilidad criminal por los delitos en los que hubiera podido incurrir el agente encubierto se refiere a aquellas ilicitudes cometidas y que sean consecuencia directa de la autorización para la que se le confiere la condición de agente encubierto". La opinión dominante¹⁵³² considera, sin embargo, a esta exoneración como causa de justificación que excluiría la antijuridicidad de la conducta típica cometida en su caso por el agente encubierto. Sin embargo, es cierto, como han señalado ciertos autores¹⁵³³ que la concepción de esta eximente como causa de justificación podría provocar ciertos problemas prácticos de cara al castigo de la participación de terceros, miembros del entramado criminal, en el delito cometido en su caso por el agente encubierto. Piénsese en el supuesto en que el agente infiltrado se vea obligado a perpetrar un delito para ganarse la confianza de los integrantes de la organización, ostentando durante su ejecución el dominio pleno del hecho. De justificarse su conducta *ex art. 282 bis.5 LECrim.*, los sujetos que hubiesen participado en la conducta no podrían ser castigados si se sigue, como hace la doctrina española mayoritaria, el principio de la accesoriedad limitada de la participación. No obstante, la verdad es que estos supuestos pueden resultar en la práctica extraños si se tiene en cuenta que muchos de los delitos-fin o delitos instrumentales típicos de la delincuencia organizada contemplan en su concreta regulación conceptos unitarios de autor. Tal sería el caso, por ejemplo, del delito de tráfico de drogas¹⁵³⁴, del de trata de personas¹⁵³⁵, o del blanqueo de capitales¹⁵³⁶, o de

¹⁵³² Así, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "*La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*", *op. cit.*, pág. 62, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El agente encubierto", *La Ley*, nº 1132, 2001, pp. 4 y 5, CARDOSO PEREIRA, F., *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, Juruá, Lisboa, 2016, pp. 434 y 435, EXPÓSITO LÓPEZ, L. "El agente encubierto", *Revista de Derecho UNED*, nº 17, 2015, pág. 285, y MOLINA PÉREZ, T., "Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009, pág. 166.

¹⁵³³ Véase DELGADO MARTÍN, J., *La criminalidad organizada (Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción de investigación relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 116, CARDOSO PEREIRA, F., "El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal", *op. cit.*, pág. 434, y EDWARDS, C.E., *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 88 y 89. Éste último parece así avalar la solución adoptada por el legislador argentino mediante la ley 24.424, que configura expresamente la exoneración del agente encubierto como excusa absolutoria. Así, el art. 31 ter de la ley 23.737, incorporado por la citada ley 24.424, establece que "no será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro".

¹⁵³⁴ Art. 368 CP: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos".

¹⁵³⁵ Señala el empleo de un concepto unitario de autor por el legislador en este precepto FERRÉ OLIVÉ, J.C., "Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas", en NÚÑEZ PAZ, M.A. (Coord.), *Un derecho penal comprometido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 417. Véase que el art. 177 bis CP dispone que: "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

los delitos que aquí nos ocupan – la participación en organizaciones y grupos criminales -. En el supuesto en que se cometieran por parte del agente encubierto delitos contra bienes jurídicos individuales, como lesiones u homicidio, que no prevén conceptos unitarios de autor, sí podría darse el problema apuntado; no obstante, lo cierto es que en tales casos la justificación del agente podría resultar especialmente complicada por cuanto que sería difícil defender la necesidad y proporcionalidad con la finalidad de la investigación del delito cometido *ex art. 282 bis.5 LECrim.*

Otra de las posibles consecuencias problemáticas de la concepción de la exoneración del agente encubierto de la LECrim. como causa de justificación que se señalan sería la imposibilidad de exigir en tales casos la responsabilidad civil subsidiaria del Estado *ex art. 121 CP*¹⁵³⁷. No obstante, ello no parece entrañar un serio óbice para descartar esta tesis, considerando, además, el hecho de que siempre podrá reclamarse, conforme a las normas de procedimiento administrativo, la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos¹⁵³⁸.

En nuestra opinión la exoneración de la responsabilidad penal del agente encubierto por la conducta de participación activa en una organización o grupo criminal ha de ser considerada, como mantiene la doctrina mayoritaria, como causa de justificación. El art. 282 bis.5 LECrim. sería así una manifestación concreta del art.

vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados”.

¹⁵³⁶Art. 301 CP: “1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes [...] 2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos”.

¹⁵³⁷Art. 121 CP: “El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

¹⁵³⁸ Véase el art. 121 CP transcritos *supra*.

20.7º CP¹⁵³⁹. Si bien sería también posible plantearse antes su exoneración en sede de tipicidad como conducta neutral, nos parece que responde mejor al caso la causa de justificación del ejercicio legítimo de un cargo. Y es que, la conducta no casa bien con el concepto de conducta neutral en tanto no es un comportamiento de realización habitual.

2. Posible exoneración o atenuación de pena a los sujetos activos de las conductas típicas en sede de culpabilidad

2.1. Consideraciones previas

En el caso en que no pueda aplicarse ninguna “norma permisiva” a las conductas típicas de organización y grupo criminal, siendo, por ende, estas conductas antijurídicas, habría aún que cuestionarse si las mismas pueden ser imputadas a su autor. Entramos así en sede de culpabilidad, ámbito en el que, una vez afirmada la antijuridicidad o contrariedad al ordenamiento jurídico de la conducta típica ante la imposibilidad de aplicarle causas de justificación¹⁵⁴⁰, se comprueba, como requisito ulterior para la afirmación de la responsabilidad penal del sujeto, si éste pudo o no motivarse normalmente por la norma primaria implícita a la norma jurídico-penal en cuestión¹⁵⁴¹. No se atiende así, como se hacía en sede de antijuridicidad, a la conducta en abstracto realizada¹⁵⁴², sino a las circunstancias personales del sujeto que la llevó a cabo. ¿Pudo éste sentirse afectado por la prohibición de participar activamente en o colaborar con organizaciones o grupos criminales contenida implícitamente en los arts. 570 bis y 570 ter CP, o por el contrario, sus circunstancias subjetivas le impidieron motivarse racionalmente por ella? La doctrina y la jurisprudencia vienen señalando, a este respecto, tres factores o causas principales de carácter subjetivo que impedirían a un sujeto aprehender normalmente el mandato de abstención de realizar la conducta típica contenido en las normas jurídicas que prevén delitos.

La primera de ellas se referiría a ciertas condiciones de carácter psiquiátrico-psicológico del sujeto al momento de comisión de los hechos que le impedirían comprender en su plenitud la ilicitud del hecho que se comete o actuar conforme a esa

¹⁵³⁹ Así EXPÓSITO LÓPEZ, L., “El agente encubierto”, *op. cit.*, pág. 285, que, en relación al art. 282 bis.5, afirma: “cabe afirmar que el precepto consagra una causa de justificación, que excluye la antijuridicidad de la conducta del agente encubierto, Se ampara su conducta en la causa prevista en el artículo 20.7 del Código Penal”.

¹⁵⁴⁰ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 549, señala, en este sentido que “las condiciones de imputación del hecho al sujeto sólo deben examinarse una vez comprobada la concurrencia de un hecho antijurídico. [...] no existe una culpabilidad en sí, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico”.

¹⁵⁴¹ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 623, utiliza, a este respecto, la expresión de “anormalidad motivacional” para describir los supuestos de ausencia de culpabilidad, señalando que en los mismos el “el sujeto no podrá adoptar una decisión que responda a las leyes de una motivación racional normal”.

¹⁵⁴² MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 549, se refiere, a este respecto, a la antijuridicidad como “juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho”.

comprensión, entre las que se encontrarían la minoría de edad (art. 19 CP), el sufrimiento de una anomalía o alteración psíquica o de un trastorno mental transitorio (art. 20.1º CP), la intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, y el síndrome de abstinencia (art. 20.2º CP), y las alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia (art. 20.3º CP), circunstancias todas ellas denominadas comúnmente “causas de inimputabilidad”. Estas condiciones no merecen de especial atención en relación a los delitos objeto de este trabajo de investigación, ya que la consideración de las mismas no difiere de un delito a otro al ser intrínsecamente subjetivas. Pudiera así suceder que entre los integrantes de una organización criminal se encontrasen menores de edad o personas víctimas de trastornos psíquicos que, por su falta de madurez psicológica, en el primer caso, o por su enfermedad, en el segundo caso, no pudiesen motivarse como un ciudadano normal por la prohibición de participar activamente en organizaciones criminales contenida implícitamente en el art. 570 bis CP, siendo entonces el hecho por ellos realizado típico y antijurídico pero no culpable o no enteramente culpable¹⁵⁴³. Lo mismo es predicable, como decimos, del resto de delitos contenidos en el Código Penal, por lo que no realizaremos mayores comentarios al respecto.

El factor que en sede de culpabilidad sí presentaría particularidades propias dependiendo del delito en relación al cual se examine es el desconocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza, esto es, el error de prohibición, regulado en el art. 14.3 CP. Resulta claro que un sujeto que realiza una conducta típica y antijurídica bajo el desconocimiento total y completo de la existencia de la norma penal que la prohibía no pudo motivarse por el mandato contenido en su norma primaria, por lo que no debería serle imputado el delito. En este caso, a diferencia de las causas de inimputabilidad, las características particulares del delito cometido son trascendentes para la valoración de la veracidad del error alegado, por lo que sí dedicaremos un apartado a su examen en relación a los delitos de organización y grupo criminal.

También resultan relevantes las circunstancias concurrentes al hecho típico y antijurídico en el último de los factores de que se hace depender su imputabilidad: la inexigibilidad o no de otra conducta, que encuentra su reflejo en la ley en la circunstancia eximente de miedo insuperable del art. 20.6º CP¹⁵⁴⁴. Cuando un sujeto

¹⁵⁴³ Puede citarse como ejemplo extraído de la jurisprudencia el caso enjuiciado en la STS 575/2014, de 7 de julio, en relación al delito de pertenencia a grupo criminal. El Tribunal estima la concurrencia de la circunstancia de alteración psíquica respecto a una de las acusadas por el delito, si bien como atenuante analógica del art. 21.7º CP, en relación al art. 201º CP, reduciéndole la pena de acuerdo con la regla establecida en el art. 66.1.1º CP.

¹⁵⁴⁴ Conectando el miedo insuperable con el fundamento de la inexigibilidad de otra conducta, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 623 y 624, SÁINZ CANTERO, J.A., *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Bdef, Buenos Aires, 2018, pág. 177, y, en la jurisprudencia, sentencias como la STSJ Madrid 20/2000, de 13 de diciembre, FJ Décimo (“es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad”), y STS 783/2006, de 29 de junio, FJ

actúa típica y antijurídicamente movido por una situación de miedo insuperable, ante la que la mayoría de ciudadanos, de sufrirla, hubieran actuado igual, el legislador considera que no puede serle exigible en esas circunstancias un comportamiento ajustado a derecho, por no poderse motivar, ante el miedo, por la norma, eximiéndole de responsabilidad penal. Como veremos, en la práctica la circunstancia de miedo insuperable actúa de modo supletorio respecto a la causa de justificación del estado de necesidad, de carácter eminentemente objetivo, de forma que, cuando no concurren los requisitos de ésta última *ex art. 20.5º CP*, lo habitual es examinar, a continuación, la posible exoneración de pena al autor del hecho típico y antijurídico en sede de culpabilidad vía *art. 20.6º CP*¹⁵⁴⁵. En las páginas que siguen analizaremos, ayudados de material doctrinal y jurisprudencial al respecto, la viabilidad de los arts. 20.6º y 14.3 CP para exonerar o atenuar la pena, en sede de culpabilidad, de los autores de las conductas típicas y antijurídicas de organización y grupo criminal.

2.2. El miedo insuperable

Como se extrae de la acepción de “miedo” recogida en el DLE¹⁵⁴⁶, sufre tal estado quien siente “angustia por un riesgo o daño” o “aprensión [...] de que le suceda algo contrario a lo que desea”¹⁵⁴⁷. A diferencia de lo que sucede con las denominadas “causas de inimputabilidad”, donde la falta de motivación racional por la norma primaria proviene de características intrínsecas al sujeto, en la eximente de “miedo insuperable” esta deficiencia en el proceso de motivación trae su causa, pues, de circunstancias externas al sujeto¹⁵⁴⁸. Este temor o sentimiento angustioso ante la producción de un acontecer no deseado, si bien no anula por completo la libertad de decisión del sujeto que lo sufre, como hace la fuerza irresistible, sí provoca una

Octavo. No obstante, cabe reseñar que junto a este entendimiento mayoritario de la cuestión coexiste un sector jurisprudencial y doctrinal que concibe el miedo insuperable como causa de inimputabilidad “al actuar sobre la psiquis de la persona dominando la voluntad de ésta y sometiéndola completamente a los dictados de su propio instinto”. Así, el ATS 16 junio 2000, FJ Primero. Particularmente, discrepamos con esta última interpretación, concibiendo el miedo insuperable como expresión del principio de inexigibilidad de otra conducta.

¹⁵⁴⁵ Destacando la función supletoria del miedo insuperable respecto al estado de necesidad, VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000, pp. 351 y ss.

¹⁵⁴⁶ Según el DLE, “miedo” es la “angustia por un riesgo o daño real o imaginario”, o el “recelo o aprensión que alguien tiene de que le suceda algo contrario a lo que desea”.

¹⁵⁴⁷ LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 538, define en sentido similar el miedo como “*emoción o estado pasional de debilidad ante el temor al daño amenazante*”.

¹⁵⁴⁸ Así lo señalan GÓMEZ RIVERO, M.C., “Lección XXII. La inexigibilidad de otra conducta”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ªed., Tecnos, Madrid, 2019, pág. 321 (“La reacción de miedo debe haber sido provocada por un acontecimiento externo [...] De otra forma, estaríamos ante un miedo patológico, que podría reconducirse, en su caso, a una causa de exclusión de la imputabilidad por anomalía o alteración psíquica”), MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 618 y 619 (“la “anormalidad motivacional” no procede de una anomalía en el sujeto -permanente o transitoria – sino de una anomalía en la situación”), y CUERDA ARNAU, M. L., *El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*, Universidad de Valencia, 1997, pp. 86 y 87, que conecta el origen del miedo *ex art. 20.6º CP* con “estímulos externos”.

importante merma en la misma¹⁵⁴⁹. El sujeto podría, en puridad, actuar de otro modo, no realizando la conducta típica y antijurídica¹⁵⁵⁰, pero el legislador, habida cuenta de la situación en que se encuentra, considera que no puede exigirle en esas circunstancias realizar otra conducta diversa a la efectivamente realizada¹⁵⁵¹. De ahí que el fundamento de la circunstancia eximente que nos ocupa sea, según doctrina y jurisprudencia dominantes¹⁵⁵², que aquí seguimos, el denominado principio de inexigibilidad o no exigibilidad subjetiva de una conducta adecuada a la norma, conforme al cual cuando un sujeto es víctima de un estado psicológico de temor insuperable no debe de serle reclamada la realización de un comportamiento ajustado a la norma, en cuanto constituiría un comportamiento heroico dadas las circunstancias. Y es que, como refiere MIR PUIG, “un Derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría”¹⁵⁵³.

El legislador, como ciudadano que es, capaz, por tanto, de encontrarse en una situación que le produzca un sentimiento subjetivo de miedo insuperable, no querría que en tales circunstancias se le hiciese penalmente responsable de la conducta típica y antijurídica eventualmente realizada, disponiendo para ello la exoneración de responsabilidad penal en tales casos *ex art. 20.6º CP*. No obstante, claro está, siempre que concurren unos parámetros objetivos mínimos, que eviten que el precepto se convierta en una excusa para privilegiar el comportamiento antijurídicos de cobardes¹⁵⁵⁴. De ahí la exigencia de que el miedo sea “insuperable”, lo que tendrán que

¹⁵⁴⁹ Así lo señalan en la doctrina MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 623, que se refiere, en este sentido, a la existencia de una “*voluntad cohibida*”, pero voluntad, SÁINZ CANTERO, J.A., “*La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*”, *op. cit.*, pág. 177, y CUERDA ARNAU, M. L., “*El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*”, *op. cit.*, pág. 84, que refiere que este miedo “afecta de modo serio a la libertad de determinación pero sin que sea necesario que anule la capacidad intelectual o volitiva del sujeto”.

¹⁵⁵⁰ Destacan este aspecto en la doctrina, SÁINZ CANTERO, J.A., “*La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*”, *op. cit.*, pp. 60, 62, 176, y 177, que señala que el sujeto víctima del miedo está “en condiciones de abstenerse” de realizar la conducta típica, no obstante tal abstención no le es exigible jurídicamente, como veremos (“La idea de la exigibilidad [...] indica que el sujeto ha podido actuar con lo que la norma dispone. De aquí resulta que para la exigibilidad son fundamentales las ideas de poder y deber”), y CUERDA ARNAU, M. L., “*El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*”, *op. cit.*, pág. 137.

¹⁵⁵¹ La cuestión a dilucidar aquí no es, por tanto, como en el estado de necesidad, si hay o no otra vía menos lesiva para evitar el mal, sino si le era o no al sujeto exigible recurrir a esa otra vía. Véase CUERDA ARNAU, M. L., “*El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*”, *op. cit.*, pág. 137.

¹⁵⁵² Así lo señala MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 243. MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 620, también de esta opinión, critica, no obstante, el término “inexigibilidad” empleado generalmente a este respecto señalando que, en realidad, el Derecho sí exige el comportamiento heroico, aunque considere como no responsable a quien no lo lleve a cabo por miedo insuperable.

¹⁵⁵³ Véase MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 619. En este sentido, son también muy ilustrativas las palabras vertidas en su día por DÍAZ PALOS, F., *Culpabilidad jurídico-penal*, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 59: “no es posible exigir a los humanos el heroísmo, sino una conducta media normal para el común de los hombres”.

¹⁵⁵⁴ MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 246, subraya la necesidad de estas exigencias de tipo objetivo para la aplicación de la eximente para evitar “*un subjetivismo exacerbado*” que llevaría a situaciones injustas.

valorar en cada caso los tribunales, que para ello vienen sirviéndose principalmente del criterio del hombre medio, planteándose la cuestión de si en las circunstancias valoradas un ciudadano de diligencia media habría realizado también la conducta típica, o si, por el contrario, habría podido, superando la situación psicológica de angustia, realizar una conducta alternativa para evitar el mal. Aun así, los parámetros objetivos exigidos se han reducido notablemente respecto a la regulación de la eximente contenida en el anterior CP de 1973, cuyo art. 8.10 reclamaba, además del carácter insuperable del miedo, que el mal causado mediante la realización de la acción típica no fuera superior al mal a evitar¹⁵⁵⁵, a imagen y semejanza del estado de necesidad. La supresión de esta exigencia en el CP de 1995, que fue celebrada por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que señalaban el carácter eminentemente personal y subjetivo del miedo insuperable frente al objetivo del estado de necesidad¹⁵⁵⁶, tuvo como consecuencia una importante mayor aplicación de la eximente, que hasta entonces se encontraba prácticamente en la “marginalidad” dada su estrecha conexión con el estado de necesidad¹⁵⁵⁷. El miedo insuperable puede así dar cobertura actualmente a los supuestos en que el mal causado por la realización de la acción típica y antijurídica resulte superior al mal a evitar¹⁵⁵⁸, asumiendo así la eximente una función de recogida de muchos de los supuestos que no puedan ser justificados por el estado de necesidad. La necesidad de que no haya otras vías posibles para evitar el mal y el carácter inminente y objetivo del mal son también otros elementos intrínsecos al estado de necesidad, que, según la interpretación que aquí seguimos¹⁵⁵⁹, no habrán de concurrir para la aplicación

¹⁵⁵⁵ Art. 8: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 10º El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor”.

¹⁵⁵⁶ Celebrando la supresión de la referencia a la ponderación de males en la figura del miedo insuperable, por ejemplo, MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pp. 241 y 242: “suponía un plus de objetivización de su contenido y límites que se situaba más allá de lo necesario [...] para el lógico desenvolvimiento del juicio de exigibilidad subjetiva de conducta adecuada a la norma”. En la jurisprudencia, en el mismo sentido, la STS 783/2006, de 29 de junio, FJ Octavo: “La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima”, y CUERDA ARNAU, M. L., “*El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*”, *op. cit.*, pp. 111, y 135 y ss.

¹⁵⁵⁷ Así lo señala la STS 659/2012 de 26 julio, FJ Sexto: “la jurisprudencia en los últimos años, singularmente a raíz de los cambios introducidos en el Código Penal de 1995 [...] en la definición legal (art. 20.6), ha dulcificado sus posturas sobre esta eximente a la que con justicia se ha considerado como una de las “grandes marginadas” dentro del sistema de causas de exención de la responsabilidad penal. Un elocuente dato es indicativo de ello: en los últimos veinte años del siglo pasado no recayó ni una sola sentencia en que este Tribunal apreciase esa eximente con eficacia exculpante completa. Desde el año 2000, sin embargo, son menos insólitas las sentencias que acogen la exención caracterizada como una causa de inexigibilidad (por todas, SSTS 340/2005, de 8 de marzo [...] o 180/2006, de 16 de febrero [...]) y que atraviesa un proceso de “reconstrucción”, también en la dogmática”.

¹⁵⁵⁸ Así lo indica MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 241.

¹⁵⁵⁹ Nótese que hay discrepancia a este respecto. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo viene por lo general reclamando de cara a la aplicación del miedo insuperable los elementos propios del estado de necesidad del carácter objetivo e inminente del mal a evitar y de la necesidad de realizar la conducta típica. Véanse, por ejemplo, las SSTS 19 julio de 1994, 29 enero de 1998 y 31 marzo de 1998, que exigen la existencia de un “mal real, efectivo y acreditado”, y las SSTS 180/2006, de 16 de febrero, FJ Cuarto, y 116/2013 de 21 febrero, FJ Décimo-tercero, que, además, reclaman su carácter inminente (“ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente”). Nosotros, sin embargo, somos proclives a una interpretación en

del miedo insuperable, dado su carácter eminentemente subjetivo y psicológico, por lo que también en este aspecto el art. 20.6º CP funcionará como norma supletoria respecto al 20.5º CP. Habida cuenta de todo ello trataremos en lo siguiente los supuestos de conductas de colaboración con organización y grupo criminal que estimamos supra que no podrían ser justificadas vía estado de necesidad, para comprobar si podríamos exonerar de pena a sus autores al menos en sede de culpabilidad mediante la figura del miedo insuperable.

2.2.2. Conducta de financiación de organización o grupo criminal ante el miedo a que se materialicen unas amenazas condicionales

Ya vimos cómo en nuestra opinión, así como en la de otros autores, como NÚÑEZ CASTAÑO¹⁵⁶⁰, las conductas de colaboración de tipo económico con organizaciones y grupos criminales movidas por el miedo a que se materialice una amenaza condicional no resultaban justificables vía estado de necesidad por la falta de inminencia del mal a evitar¹⁵⁶¹. Al contar el sujeto amenazado de un tiempo para entregar la cantidad, pudiendo en el transcurso del mismo acudir a otras vías alternativas al pago para evitar el mal, como acudir a la policía dando cuenta de los

clave subjetiva de esta eximente en pro de establecer una clara diferenciación de la misma con el estado de necesidad, acorde al fundamento de la misma, que, como vimos, radica en el principio de inexigibilidad de otra conducta. Así, seguimos al sector doctrinal representado por autores como MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 245, LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 541 y 542, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 626, CUERDA ARNAU, M. L., *El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*, Universidad de Valencia, 1997, pp. 123 y ss., o MARTÍNEZ CANTÓN, S., “*La ponderación en el estado de necesidad*”, *op. cit.*, pág. 59, que admite el miedo insuperable cuando el mal sea irreal y no inminente, pues, como señala LUZÓN PEÑA (referencia citada *supra*), “lo que cuenta para entender y disculpar al sujeto es lo que ese individuo concreto se ha representado y teme, lo que considera un mal y la importancia intimidante que para él tiene”. También ilustrativas de este entendimiento, que aquí seguimos, son las siguientes palabras de MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 626: “Lo único que se exige [...] es la existencia del miedo insuperable. El error sobre la apreciación del mal amenazante -así, cuando el sujeto cree que concurre cuando no concurre -puede determinar la misma situación de anormalidad motivacional en el sujeto exigida para la exclusión de responsabilidad penal”. No obstante, al menos en lo que respecta a la cuestión de la inminencia o no del mal a evitar, se encuentra en el terreno jurisprudencial alguna sentencia más laxa al respecto, que, con buen criterio, admite esta interpretación doctrinal. Así, la STS 659/2012 de 26 julio, FJ Sexto: “Aunque a veces se ha hablado de la necesidad de que el mal que se percibe como amenaza sea “inminente”, la doctrina discute esa exigencia no sin sólidos argumentos. Sin duda un mal que se capta como inminente es más apto para dificultar la capacidad de sobreponerse al miedo; pero eso no excluye otras situaciones equiparables aunque el hipotético mal temporalmente sea más lejano. [...] No se puede olvidar que el universo del miedo es territorio nada propicio para ecuaciones con resultados exactos”.

¹⁵⁶⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pág. 214, en relación a los casos de exigencia del pago del impuesto revolucionario por la organización terrorista ETA.

¹⁵⁶¹ En Alemania se viene también negando la justificación de estas conductas, buscándose su impunidad en sede de culpabilidad. Así lo señala LOHSE, K., “§ 129 StGB”, *op. cit.*, pág. 931, quien, en relación a la conducta de colaboración consistente en el pago de la cuota de protección a la organización criminal, refiere que su punición no queda excluida por regla general por el estado de necesidad como causa de justificación *ex* §34 StGB, sino por la figura del estado de necesidad exculpante *ex* §35 StGB. En España, sin embargo, este doble carácter, como causa de justificación y causa de exculpación, no se suele atribuir actualmente al estado de necesidad del art. 20.5º CP.

hechos, la situación de peligro perdía la condición de inminente o de permanente, en un entendimiento de éste último como peligro duradero para el que no pueden preverse otras vías de resolución que la realización de la conducta típica.

Afirmado el carácter típico y antijurídico del sujeto que colabora económicamente con una organización o grupo criminal ante el miedo de que se materialicen las amenazas de que ha sido víctima, cabe ahora plantearnos si sería viable exonerar o al menos atenuar su responsabilidad penal en sede de culpabilidad ex art. 20.6º CP. A este respecto, si bien en el ámbito del terrorismo, y concretamente del pago del impuesto revolucionario a la organización terrorista ETA, en la doctrina NÚÑEZ CASTAÑO estima que estas conductas de colaboración económica habrían de quedar impunes por el expediente del miedo insuperable pues “no puede pedirse al sujeto amenazado que no efectúe el pago de la cantidad reclamada y ponga en peligro su libertad o vida”, en tanto que ello constituiría un comportamiento heroico, que va más allá de lo exigible al ciudadano medio¹⁵⁶².

En lo que respecta al terreno jurisprudencial, son escasas las sentencias que han abordado la posible exención de pena a este respecto vía art. 20.6º CP¹⁵⁶³, o incluso, antes, a través del estado de necesidad, en sede de antijuridicidad, de lo que se extrae que en la práctica este tipo de conductas no suelen ser perseguidas judicialmente¹⁵⁶⁴. Se debe pensar, a este respecto, que ya suficiente tuvo el sujeto “colaborador” con ser víctima de un delito de amenazas, con lo que ello supone, como para tener que soportar

¹⁵⁶² NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pp. 215 y 216: “Resulta evidente que el Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena en cuanto en situaciones extremas alguien prefiera realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida, integridad física, libertad, etc. [...] a esta idea [...] responden los casos de amenazas para el pago del impuesto revolucionario”.

¹⁵⁶³ Señala esta circunstancia, en sede de terrorismo, la STS 659/2012, de 26 de julio, FJ Primero: “La eventual responsabilidad derivada del abono del mal llamado “impuesto revolucionario” no ha sido objeto de tratamiento por esta Sala, lo que de por sí resulta un dato singularmente significativo a la vista de la amplitud y dilatada trayectoria de ese fenómeno de extorsión mafiosa llevado a cabo por la banda terrorista ETA”. En el mismo sentido, véase EL PAÍS, *La luz que nunca se encendió*, 02/02/15 (fecha de consulta: 14/03/17), que refiere, además, que esta falta de tratamiento del fenómeno de las extorsiones por parte de la banda terrorista ETA se extendió a todas las disciplinas, no sólo a la jurídica: “Este tipo de terrorismo extorsionador con finalidad de financiación fue un punto oscuro cuando se practicó, tanto para sus víctimas (borrosamente estigmatizadas en la percepción social como poco menos que explotadores atrapados por su riqueza), como para la propia sociedad vasca en cuyo seno tuvo lugar, que nunca quiso afrontar un debate abierto sobre los complejos dilemas humanos, éticos y jurídicos que la extorsión encaminada a financiar al terrorismo planteaba. Pero también fue un punto ciego para la justicia, que prefirió no investigar ni eventualmente sancionar las cesiones al chantaje, por mucho que objetivamente una tal cesión pudiera constituir un delito de colaboración con el terrorismo. [...] ...las instituciones nunca se plantearon qué debían hacer; sencillamente, no hicieron. Miraron para otro lado ignorando el Código Penal y dejaron que cada uno de los extorsionados se buscara la vida solo. El Estado de derecho coincidió con la sociedad en no querer asumir un debate que era ciertamente difícil e incómodo, porque el mismo Estado, que no podía garantizar la seguridad del extorsionado, debía sin embargo pedirle que no cediera”.

¹⁵⁶⁴ Así, LLOBET ANGLÍ, M., “*Derecho penal del terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 432: “se desprende que en la práctica no se persiguen tales supuestos [...], esto es, no se abre un procedimiento contra quienes, conminados con un mal, pagan el dinero requerido por una banda armada”.

que su conducta de colaboración sea objeto de enjuiciamiento en los tribunales. No obstante, habida cuenta de que su conducta, como aquí sostenemos, es a pesar de coaccionada, típica y antijurídica, ha de plantearse su culpabilidad, pues pudiera darse el caso, no habitual, como vemos, de que fuera denunciada en los tribunales, o perseguida de instancia por el Ministerio Fiscal.

Ello precisamente fue lo que sucedió en el caso enjuiciado en la STS 659/2012, de 26 de julio, en el que dos hermanas empresarias entregaron seis mil euros en concepto de impuesto revolucionario a la organización terrorista ETA. El que este comportamiento fuera perseguido por los tribunales encuentra su causa seguramente en las sospechas existentes en torno a los móviles que movieron la actuación de las acusadas, que, precisamente llevaron a la Audiencia Nacional, en primera instancia (SAN 20/2011, de 1 de junio), a apreciar la eximente de miedo insuperable en su grado incompleto, haciéndolas por tanto responsables penalmente, si bien con una pena disminuida por esa culpabilidad atenuada, por la conducta típica de colaboración con organización terrorista¹⁵⁶⁵. El presunto tono de agradecimiento y beneplácito de la carta enviada por la organización a las acusadas tras el efectivo pago de la cantidad, y la proximidad ideológica de las acusadas con fuerzas políticas independentistas, llevaron a la Audiencia a considerar que el temor inicial sentido por las acusadas ante el proceso de extorsión de que eran víctimas fue “disminuyendo, hasta el punto de asumir el acto de entrega de dinero como un acto de colaboración con una banda terrorista”¹⁵⁶⁶, considerando el miedo como superable, y la eximente como incompleta. En segunda instancia, sin embargo, dicha sentencia es casada por el Tribunal Supremo, que estima en su grado completo la eximente que nos ocupa. El tribunal, que admite que un beneplácito a colaborar con la organización atemperaría de forma importante el sentimiento miedo, y el grado de inexigibilidad de otra conducta, considera, no obstante, que las pruebas obrantes para afirmar tal beneplácito no son suficientes a tal fin, señalando, por un lado, que el tono cordial de la carta era el habitual en las comunicaciones efectuadas por la banda terrorista, y, por otro, que “si se considera probada la extorsión, y la capacidad de las amenazas para torcer la voluntad de las víctimas y se afirma de forma rotunda que sin las amenazas no se habría producido la aportación, se sientan las bases para rechazar la presencia de una difusa y etérea mayor connivencia con la banda”¹⁵⁶⁷. Negada la complicidad de las acusadas con la banda, el Alto Tribunal afirma con contundencia la inexigibilidad de otra conducta distinta a la del pago en dichas circunstancias empleando para ello en su argumentación el habitual criterio del ciudadano medio, y así señala que: “Lo que el ordenamiento jurídico, el

¹⁵⁶⁵Muy crítica con esta sentencia, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “*Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*”, *op. cit.*, pp. 216 y 217, que entiende que concurre en el caso la eximente en su grado completo.

¹⁵⁶⁶SAN 20/2011, de 1 de junio, FJ Cuarto, que, del resultado del ejercicio probatorio practicado, infiere: “el miedo y temor a un mal causado por la Banda va disminuyendo, siendo más improbable, y por ello no es necesaria una actitud heroica para no ejecutar el acto criminal de la colaboración”.

¹⁵⁶⁷STS 659/2012, de 26 de julio, FJ Quinto, que refiere así que: “no existe prueba concluyente de que la aportación económica fuese realizada por ambas hermanas movidas por razones ajenas o superpuestas a la propia extorsión a la que habían sido sometidas”.

Estado, y la sociedad [...], esperan del ciudadano que sufre una extorsión amenazadora por parte de la organización terrorista es que denuncie los hechos y se niegue a pagar; que se rebele frente a ese chantaje criminal. Esa conducta se adecua al óptimo nivel cívico y merece la mayor de las valoraciones ética, social y ciudadana. Es además la actuación que se ajusta a la legalidad. Ahora bien, frente a ese comportamiento ejemplar, y en algún caso incluso heroico, no resulta soportable que quien no asume iguales patrones de conducta, por razones susceptibles de ser comprendidas aunque no respondan a lo esperado social y legalmente, se pliega a la extorsión realizando las aportaciones económicas exigidas temeroso de que se cumplan las amenazas en un contexto en que ha sido testigo cercano de la despiadada actuación de la banda chantajista, haya de ser sometido, sin consideración y al margen de mayores matizaciones o modulaciones, a la más intensa de las censuras que el Estado dispensa: el reproche penal”¹⁵⁶⁸.

En el ámbito de la criminalidad organizada común, que aquí nos ocupa, la valoración del miedo insuperable resultaría en principio algo más sencilla que en sede de terrorismo habida cuenta del generalmente nulo carácter ideológico de las organizaciones y grupos criminales. Así, no nos encontraríamos con casos como éste, en los que se sospeche del beneplácito del colaborador para con la agrupación criminal en atención a que profesa una ideología cercana a la banda. En nuestra opinión, además, y aquí somos más estrictos que los tribunales en las sentencias supra mencionadas, dicho beneplácito a colaborar con la banda, de resultar probado, tendería a anular por completo la circunstancia del miedo insuperable pues difícilmente va a ser la misma compatible con el sentimiento de temor y angustia, característico del miedo insuperable, ya como eximente completa, ya como incompleta.

Aceptada en principio la viabilidad del instituto jurídico del miedo insuperable para exonerar o atenuar de pena a los sujetos que, psicológicamente coaccionados por amenazas condicionales, entreguen cierta cantidad de dinero a una organización o grupo criminal, se impondría, no obstante, en cada caso atender a las circunstancias concretamente concurrentes para valorar si en ellas un ciudadano medio hubiera o no actuado de igual forma, siendo o no jurídicamente exigible una conducta alternativa. A este respecto, aspectos a los que podría prestarse especial atención en nuestra opinión para llegar a una conclusión serían la gravedad del concreto mal a evitar, y la seriedad, y con ello apariencia de autenticidad, de la amenaza. En lo que hace al primer aspecto, si bien en nuestra opinión el mal a evitar podría ser cualquiera a efectos de aplicar el art.20.6º CP¹⁵⁶⁹, en el sentido de que no hay un acotamiento al respecto, es obvio que, cuanto más importante sea el valor potencialmente afectado por el mal, mayor será la dificultad de superar el miedo, y, por tanto, de abstenerse de realizar la conducta

¹⁵⁶⁸ STS 659/2012, de 26 de julio, FJ Segundo.

¹⁵⁶⁹ Así, en la doctrina MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 246, y LUZÓN PEÑA, D.-M., “Lecciones de Derecho penal. Parte General”, *op. cit.*, pp. 541 y 542, CUERDA ARNAU, M. L., “El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad”, *op. cit.*, pág. 134.

típica¹⁵⁷⁰. En consecuencia, si el mal objeto de la amenaza consiste en la muerte o la lesión de personas, y, con ello, en la afectación de los bienes jurídicos personalísimos “vida” e “integridad física”, el sentimiento de temor del amenazado será en principio mucho mayor, y la exigibilidad de otra conducta alternativa a la típica menor, que si el mal a evitar es otro distinto. Aunque, lo cierto es que en la práctica en muchas ocasiones el mal con que se amenaza no es explicitado por el sujeto activo de la amenaza. Ello es lo que sucedía, por ejemplo, en el ámbito del terrorismo, con la reclamación del impuesto revolucionario por ETA. Como se vio precisamente en el caso enjuiciado citado *supra*, la organización tenía como práctica iniciar el proceso extorsivo mediante el envío de cartas formales, incluso que podríamos tildar de cordiales, en que se solicitaba educadamente colaborar con la banda mediante el pago del citado impuesto. No obstante, a pesar del silencio en cuanto a las consecuencias derivadas del impago, la práctica habitual extorsiva de la banda, así como los efectos de la desobediencia a la educada solicitud, eran de sobra conocidos por el común de los ciudadanos habida cuenta de la difusión pública dada a los asesinatos de empresarios por miembros de ETA por este motivo.

Aquí, por tanto, entra en juego el otro indicio señalado *supra* para valorar el carácter insuperable o no del miedo, véase: la seriedad de la amenaza. Y para evaluar en cada caso si la amenaza es objetivamente seria, y capaz, por tanto, de generar en un ciudadano medio una situación de temor insuperable, habrá de atenderse a la potencialidad lesiva de la organización o grupo criminal autor de la misma. Así, en el caso de ETA su historia y precedentes delictivos, harían sin duda esperar que, en los años de vigencia activa de la banda, la recepción por cualquier ciudadano de una carta de la organización en que se inste a pagar el impuesto revolucionario provocaría en el sujeto una situación psicológica de importante temor y angustia ante las consecuencias, por todos conocidas, que acarrea el impago del citado “impuesto”. La valoración a este respecto de la potencialidad ofensiva de la organización no sólo se ha llevado a cabo por los tribunales en casos de terrorismo independentista, sino también en relación a otro tipo de organizaciones. Así, en la STS 774/2009, de 10 de julio, en relación al caso de un sujeto que aceptó, ante las amenazas de una organización guerrillera, transportar casi dos kilogramos de cocaína de Colombia a España, el tribunal utilizó en su argumentación para atenuar la pena del acusado vía miedo insuperable la circunstancia de que la organización en cuestión ostentaba una potencialidad ofensiva nada desdeñable¹⁵⁷¹. Nótese que para contribuir de cara a la aplicación del miedo insuperable esta potencialidad lesiva habría de ser conocida por el sujeto víctima de la amenaza que colabora con la organización criminal pues, de ignorar éste este aspecto, y

¹⁵⁷⁰ Señala este aspecto en la doctrina CUERDA ARNAU, M. L., “*El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*”, *op. cit.*, pág. 110.

¹⁵⁷¹ STS 774/2009 de 10 julio, FJ Primero. Señálese, no obstante, que en este caso, el tribunal aplicó la eximente en su grado incompleto al entender que el miedo sentido por el acusado, si relevante, no era insuperable pues “existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta”.

por tanto, la gravedad de la amenaza, pudiera no sentir la angustia necesaria a efectos de afirmarse la inexigibilidad de otra conducta alternativa.

En lo que se refiere a la realidad del mal objeto de amenaza, o, dicho de otra manera, a la voluntad real de la organización o grupo criminal de llevar a cabo el mal en caso en que el sujeto no realice la conducta que se le solicita coactivamente, habrá de atenderse en su caso, junto a la celebridad y trayectoria de la agrupación criminal en cuestión, a la eventual aportación por ésta de pruebas de su veracidad. Así, en la STS 180/2006, de 16 de febrero, donde el Alto Tribunal consideró aplicable como eximente completa la circunstancia de miedo insuperable respecto a la conducta de un sujeto que delinquirió por miedo a que se materializaran unas amenazas de que había sido víctima, se constataba que inicialmente el acusado se negó a ello, siendo en el momento posterior en que le es exhibida una fotografía de su familia, afirmándose un control sobre la misma, cuando cede, víctima de un temor de notable intensidad, y realiza la conducta típica y antijurídica¹⁵⁷². No obstante, es obvio que cuanto mayor sea la relevancia y el potencial lesivo de la organización o grupo criminal en cuestión de que provenga la amenaza, menores habrán de ser las pruebas a este respecto. Así, en los casos de reclamación del pago del impuesto revolucionario por parte de ETA, la sola recepción de la carta, sin necesidad de más elementos, podría en principio ser suficiente para provocar en el sujeto receptor de la misma una situación psicológica relevante de miedo.

Por otra parte, para valorar el carácter superable o insuperable del miedo, a efectos de aplicar la eximente en su grado completo o incompleto, entendemos necesario atender además en cada caso a las circunstancias subjetivas concretas del sujeto víctima de la amenaza que realiza la conducta típica y antijurídica¹⁵⁷³. Y ello porque aplicar estrictamente el criterio del ciudadano medio, sin modularlo en determinados casos por la concurrencia de especiales características en el sujeto en cuestión, podría dar lugar a resultados injustos. El derecho a la igualdad ante la ley proclamado en el art. 14 CE supone tratar a cada uno según sus circunstancias

¹⁵⁷²STS 180/2006, de 16 de febrero, FJ Cuarto: “Un ciudadano extranjero, trabajador en un establecimiento hostelero que es requerido a la realización de un hecho delictivo a la que, inicialmente se niega, siendo determinante de su cambio de criterio la exhibición de una fotografía de su familia, ignorando como ha llegado a su poder, y la afirmación de un control sobre la misma. Esta amenaza la realiza alguien que ya está en el delito, en un delito cometido, normalmente, por grupos organizados, y la amenaza se realiza a un trabajador en un país lejano del suyo y alejado de su familia. En esta situación objetiva, la situación de temor alcanza una notable intensidad, basta con colocarse en su situación para comprender la inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma”.

¹⁵⁷³ Señalan la conveniencia de modular el rígido criterio del hombre medio en determinados casos atendiendo a características subjetivas del sujeto en cuestión, MORALES PRATS, F., “Art. 20.5º”, *op. cit.*, pág. 247, LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 545, y MAÑALICH R., J.P., “Miedo insuperable y obediencia jerárquica”, *Revista de Derecho*, Vol. XXI, nº 1, 2008, pág. 66: “lo crucial sigue siendo determinar si en la situación en que esa persona se encontraba, desde el punto de vista de la persona responsable [...], la motivación de actuar con arreglo a deber ha de ser tenida por inexigible. Ciertamente, aquí pueden resultar determinantes las características individuales de la persona en cuestión, pero en todo caso sometidas al estándar objetivo que representa la regla de exculpación en cuestión”.

especiales, pues de lo contrario se produciría desigualdad, que es precisamente lo que el precepto proscribiera. Por fortuna, éste es el entendimiento mayoritario de la cuestión a nivel jurisprudencial. Ejemplo de ello son sentencias como la STS 340/2005, de 8 de marzo, en la que el tribunal, de cara a estimar la concurrencia del miedo insuperable, junto a las pruebas de la seriedad de la amenaza aportadas -en concreto, datos de la vida privada de la familia del amenazado, y la realización de una visita a su familia -, tiene en consideración la circunstancia de que el sujeto, víctima de la amenaza por la que se le instaba a delinquir, presentaba “anomalías de carácter psíquico, infantilidad e inocencia”, y “había sido operado de un tumor cerebral”¹⁵⁷⁴. Teniendo todos esos factores en cuenta, el Alto Tribunal declaró aplicable la eximente completa de miedo insuperable a la conducta de tráfico de drogas realizada por el acusado ante el miedo de que causaran a su familia algún daño, considerando que la situación subjetiva de temor que le impulsó a ello fue insuperable.

2.2.3. Conducta de financiación de organización o grupo criminal en casos de secuestros

Otra de las conductas para la que no pudimos encontrar una exención de pena en sede de antijuridicidad, por el instituto del estado de necesidad, y cuyo examen abordamos ahora, es la del pago de rescates a organizaciones o grupos criminales para la liberación de sujetos secuestrados. Si bien la situación de peligro de la producción de un mal sí era inminente en estos casos, pues podía decirse que, latente el secuestro, la vida de la persona privada de libertad ya peligraba, y su libertad se encontraba ya siendo coartada, la posibilidad del familiar o allegado, víctima de la amenaza, de llevar a cabo otras conductas alternativas a la típica, como es la de acudir a la policía para dar cuenta de los hechos, impedía en nuestra opinión, y en la de algún autor como LUZÓN PEÑA¹⁵⁷⁵, la justificación del pago *ex art. 20.5° CP*.

El miedo insuperable como circunstancia eximente que atiende a circunstancias esencialmente subjetivas, como es el estado psicológico de tensión, y angustia del sujeto ante la producción de un mal caso bien para, en sede de culpabilidad, eximir de responsabilidad penal al sujeto que realiza el pago en las condiciones supra expuestas. Esto es, si bien es cierto que el individuo al que se insta a entregar cierta cantidad de dinero para la liberación de un familiar o allegado secuestrado puede recurrir a una conducta alternativa al pago objetivamente eficaz para evitar el mal, como es el acudir a la policía, dado el estado psicológico en que se encontraría en dichas circunstancias cualquier ciudadano, la misma no se le debería de exigir jurídicamente. El acudir a la policía sería así, en principio, una conducta no exigible jurídicamente, siendo la

¹⁵⁷⁴ STS 340/2005, de 8 de marzo, FJ Duodécimo.

¹⁵⁷⁵ LUZÓN PEÑA, D.-M., “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 544: “el secuestro exigiendo los delincuentes o terroristas rescate para la liberación del secuestrado, lo que produce miedo en sus familiares o amigos y les lleva a actuar como intermediarios o buscarlos para pagar el rescate, lo que no puede estar cubierto por estado de necesidad, al poder acudir a la autoridad”.

conducta típica de colaboración económica con organización criminal o de financiación de grupo criminal típica, antijurídica pero no culpable en aplicación del art. 20.6º CP.

2.3. El error de prohibición

La última de las causas o factores por las que un sujeto puede no motivarse por las normas primarias contenidas en las normas penales, y no abstenerse así de realizar la conducta prohibida, es el desconocimiento de la prohibición, pues, como señala GÓMEZ RIVERO, “quien no conoce una norma no puede motivarse por ella”¹⁵⁷⁶. Este factor causante de la ausencia de motivación racional de los sujetos ante los mandatos implícitos contenidos en las normas prohibitivas no se contempla, sin embargo, como el resto de factores supra vistos, en el art. 20 CP como causa de exención de responsabilidad penal, siendo, por el contrario, regulado, junto al error de tipo, en el art. 14 CP, cuyo apartado 3 establece que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. La consecuencia de su concurrencia plena es, por tanto, la misma que la de las causas de inimputabilidad y el miedo insuperable: la exclusión de responsabilidad penal al sujeto que no puede racionalmente motivarse por el mandato normativo. Habría que señalar que, en puridad, en lo que hace a los delitos que aquí nos ocupan, que sólo pueden ser cometidos dolosamente, al no preverse expresamente en los arts. 570 bis y 570 ter CP el castigo de su comisión imprudente, la consecuencia del desconocimiento de la ilicitud de la conducta por los sujetos activos sería siempre la exoneración de toda responsabilidad penal, ya fuera el error vencible o invencible.

Cabe, por tanto, plantearnos aquí la posibilidad de exonerar de pena *ex art.* 14.3 CP a un sujeto, integrante o colaborador de una organización o grupo criminal, por, siendo víctima de un error vencible o invencible, desconocer que su conducta se encontraba al momento de los hechos prohibida por el ordenamiento jurídico, y, más concretamente por los arts. 570 bis y 570 ter CP. El supuesto de hecho del que se parte, por tanto, para la valoración de la eventual aplicación del art. 14.3 CP es aquel en que una persona que conoce que forma parte de una agrupación con fines delictivos, y quiere tal conducta, siendo, por tanto, la misma típica, ignora, o alega ignorar, el carácter antijurídico de la misma, esto es, que la conducta que realiza se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico penal. ¿Resulta esto factible? Valoremos esta

¹⁵⁷⁶ GÓMEZ RIVERO, M.C., “Capítulo XXI. El conocimiento de la antijuricidad de la conducta”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, 4ªed., 2015, pág. 309: “La capacidad de motivación que [...] es el fundamento de la culpabilidad, no concurre en los casos en que el sujeto no tiene conocimiento de la prohibición. Quien no conoce una norma no puede motivarse por ella”. En el mismo sentido, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 571 y 572: “para que el sujeto pueda ser motivado por una norma penal que protege un bien jurídico penal determinado, es preciso que dicho sujeto pueda saber que se encuentra frente a un tal bien jurídico protegido por el Derecho. Si el sujeto no puede saber que su acción va a lesionar un bien amparado por el Derecho, ¿cómo podrá sentirse motivado a evitar dicha acción por la norma penal, si no puede ser motivado por ella?”.

cuestión en función de cuál sea la conducta típica concreta cuyo desconocimiento se alegue: la creación, dirección, y participación activa, o la colaboración con o financiación de la organización o grupo criminal.

2.3.1. Respecto a las conductas de constituir o participar activamente en una organización o grupo criminal

Promover, constituir, organizar, coordinar, dirigir o participar activamente en una organización criminal conociendo todos los elementos objetivos del tipo, como requiere el delito, en tanto tipo doloso, y desconocer al mismo tiempo el carácter antijurídico de la conducta es difícilmente factible. Dicho de otro modo: si se conoce que la agrupación en la que se participa como miembro tiene una finalidad delictiva, y, se comete, por ende, la conducta típica, al concurrir el dolo respecto al tipo objetivo, consecuentemente va a tenerse, si no un conocimiento claro de la antijuridicidad de la conducta, sí al menos la sospecha sobre ese extremo. Y, atendiendo a la doctrina jurisprudencial y doctrinal, para la afirmación de la concurrencia del conocimiento del carácter antijurídico de la conducta que se realiza es suficiente con la existencia de una duda por parte del sujeto al respecto.

Como señala la STS 865/2005, de 24 de junio, “existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva”¹⁵⁷⁷. No se requiere así un conocimiento pormenorizado de la norma que prohíbe la conducta¹⁵⁷⁸, sino la mera sospecha por parte del sujeto que la realiza de que su actuar pueda estar prohibido por el ordenamiento jurídico.

La circunstancia concreta de que entre los elementos del tipo objetivo de los delitos que nos ocupan se encuentre la finalidad de la organización o grupo criminal de cometer delitos, lo que ha de ser conocido ya en sede de tipicidad por el sujeto activo de la conducta para que su conducta tenga la consideración de típica, en cuanto dolosa, hace a nuestro juicio inviable cualquier alegación de error de prohibición como factor de exoneración de responsabilidad penal en sede de culpabilidad. Resulta insostenible negar que el sujeto que se integró en una organización o grupo criminal conociendo su finalidad delictiva no sospechó en momento alguno que la conducta que realizaba podría encontrarse prohibida por el ordenamiento jurídico-penal. Podemos concluir, por ende, que en estos delitos el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, esto es, el dolo, ya implica por las características del delito el conocimiento, o al menos, la sospecha de la antijuridicidad de la conducta. Así como los tribunales vienen afirmando

¹⁵⁷⁷ Véase la STS 865/2005 de 24 junio, FJ Octavo. En la doctrina, señala este aspecto, entre otros, GÓMEZ RIVERO, M.C., “Capítulo XXI. El conocimiento de la antijuridicidad de la conducta”, *op. cit.*, pág. 305: “La actualidad del conocimiento no debe entenderse [...] como un saber exacto de la prohibición. Basta por el contrario con que en el momento de actuar el sujeto suponga la prohibición de su conducta, lo que se asimila a una especie de dolo eventual”. En Alemania, el entendimiento de la cuestión es el mismo. Véase, por ejemplo, la BGHSt (4,4).

¹⁵⁷⁸ Véase GÓMEZ RIVERO, M.C., “Capítulo XXI. El conocimiento de la antijuridicidad de la conducta”, *op. cit.*, pp. 304 y 305.

que en los delitos pertenecientes al “Derecho penal nuclear”, como el homicidio o el hurto, no tiene en principio cabida una alegación de error de prohibición por ser delitos comúnmente conocidos¹⁵⁷⁹ y afectar a los bienes jurídicos más básicos¹⁵⁸⁰, en el caso que nos ocupa, pese a no encontrarnos con infracciones nucleares o básicas en ese sentido, son también las características de los delitos las que presuponen el conocimiento de la antijuridicidad. La reclamación por el tipo de una intención ulterior al dolo en relación a la agrupación en cuanto institución o injusto sistémico, como es el fin de cometer delitos, supone que las personas físicas que se integren en dicha institución conociendo sus fines, han de presuponer obligatoriamente la antijuridicidad de su conducta.

Junto a la naturaleza del delito concurre además otro elemento que corroboraría el obligado conocimiento del carácter antijurídico de estas conductas por parte de los eventuales sujetos activos de las mismas, y que se refiere al “modus operandi” en que éstas se llevan a cabo¹⁵⁸¹, así como, en general, todo lo que se refiere a la agrupación criminal. En este sentido, hay que señalar que las organizaciones y grupos criminales operan en la clandestinidad, actuando sólo de cara al público cuando se trata de simular una aparente actuación legal, circunstancia ésta que revela claramente el conocimiento de los integrantes de que lo que realizan no es lícito. Y es que, una persona que pensase erróneamente que la conducta que voluntariamente lleva a cabo es lícita, no trataría desde luego de ocultar su realización, pues no tendría motivos para ello.

Todo lo hasta aquí afirmado es aplicable en relación a todas las agrupaciones que puedan calificarse como organización o grupo criminal *ex art. 570 bis y 570 ter CP*, independientemente de que su fin único sea o no la comisión de delitos. Ya vimos al analizar los conceptos legales de organización y grupo criminal que los mismos también abarcan a las agrupaciones que compatibilizan sus fines delictivos con otros fines legales, siempre y cuando los primeros marquen la estructura de la agrupación en cuestión. Cuando la agrupación tenga una finalidad legal, pero emplee como medio consustancial a la misma el recurso a vías delictivas, de forma que éstas tengan un peso decisivo en la estructura y medios del entramado, vimos que también serán aplicables los arts. 570 bis y 570 ter CP pues la dinámica delictiva formará parte sustancial del

¹⁵⁷⁹ Así lo señala OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 132 y ss.

¹⁵⁸⁰ GÓMEZ RIVERO, M.C., “Capítulo XXI. El conocimiento de la antijuridicidad de la conducta”, *op. cit.*, pág. 306.

¹⁵⁸¹ Señala la atención al “modus operandi” en la realización del delito como criterio frecuentemente empleado por los tribunales para dilucidar la existencia o no de error de prohibición OLAIZOLA NOGALES, I., “El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad”, *op. cit.*, pp. 142 y ss. Entre los ejemplos que la autora cita, a este respecto, como indiciarios del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta por el sujeto activo de la misma se encuentran “los casos en los que el sujeto esconde la droga, oculta una pistola, simula una determinada actuación, emprende la huida cuando ve a la Guardia Civil, etc.”. Véase, los supuestos en que el sujeto actúa clandestinamente, como sucede en la dirección o participación activa en una organización o grupo criminal.

entramado. En consecuencia, pues, también en estos casos resultará inefectiva la eventual alegación de error de prohibición por parte de alguno de los sujetos que realiza la conducta de participación activa en organización o grupo criminal sabiendo de los fines o medios delictivos consustanciales a la agrupación a la que pertenece. Ésta es también la opinión de los tribunales, o mejor habría que decir, de la Audiencia Provincial de Madrid, pues sólo encontramos en la jurisprudencia una sentencia en la que se aborde la posible aplicación del error de prohibición en relación a conductas de participación activa en agrupaciones criminales. Esta sentencia es, además, anterior a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, por lo que se refiere al único tipo entonces existente para reprimir estas conductas: el delito de asociación ilícita, en relación a integrantes de la banda latina *Latin Kings*. Ante la alegación en segunda instancia de uno de los condenados por el delito de asociación ilícita “que, aun teniendo por objeto un fin lícito, emplee medios violentos” (entonces art. 515.3º CP) de que desconocía el carácter ilícito de su conducta, la audiencia negó tajantemente tal posibilidad señalando que el sujeto, antes de ser aceptado por la banda, “era instruido en sus principios programáticos y sus reglas, de la obligación de acatarlas y de las sanciones que lleva anejo su incumplimiento, uno de cuyos principios y objetivos eran los actos de violencia contra las bandas enemigas”, concluyendo, en consecuencia, que no pudo desconocer el carácter delictivo de su conducta¹⁵⁸².

La única modalidad de asociación ilícita, si bien hoy, por suerte, derogada, en la que cabría plantearse la posibilidad de estimar el error de prohibición sería la asociación de carácter político. Nótese que durante el régimen franquista, bajo la vigencia del CP de 1944, en el catálogo de asociaciones ilícitas figuraban, junto a las que tienen por objeto la comisión de delitos, las “asociaciones contrarias a la moral pública”, o las “asociaciones subversivas”, esto es, conceptos jurídicos con una excesiva indeterminación buscada precisamente para reprimir cualquier oposición política a las directrices del régimen gobernante. Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁵⁸³ que

¹⁵⁸² SAP Madrid 72/2007, de 30 de marzo, FJ Tercero. Más adelante señala, además, “que tampoco pueda prosperar la alegación de que en otra autonomía los miembros locales de dicha asociación hayan alcanzado algún acuerdo de legalización; si ello ha sido así, lo que no se ha acreditado en forma, es sin duda alguna sobre la base de la renuncia a llevar a la práctica los principios programáticos cuya ejecución ha dado lugar a la presente causa”.

¹⁵⁸³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Asociaciones ilícitas en el Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 323: “Por último -y sobre todo en las asociaciones de carácter político -cabe plantear la hipótesis del error esencial sobre la antijuridicidad: el asociado, por ejemplo, que conociendo los fines reales de la asociación, estima equivocadamente que no son contrarios a Derecho, o que concurre en el mismo una causa de justificación”. No obstante, este autor difiere con nosotros sobre la forma de abordar el tratamiento de estos errores, pues, adoptando un concepto amplio de dolo, que abarca también al llamado “*dolus malus*”, concluye que el error sobre el carácter antijurídico de la conducta que se realiza excluye, no su culpabilidad, sino el propio dolo (“dicho error -sea vencible o no -excluye el “dolo”, lo que implicaría la inculpabilidad del afiliado, al no poderse configurar en estos delitos la forma “culposa”). Las consecuencias de sostener una visión u otra en relación al tratamiento del error de prohibición son importantes, pues, de seguirse la tesis de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA la conducta sería atípica, no pudiendo castigarse a terceros que participasen en la misma a título de partícipes, mientras que, de seguirse la otra concepción -a nuestro juicio, la más acertada - la conducta del sujeto víctima del error de

podría darse el supuesto en que un integrante de algunas de estas asociaciones, pese a conocer los fines políticos de la misma, creyese que su conducta de participación en la misma es lícita, no sospechase en momento alguno de su ilicitud, o, sospechándolo, actuara bajo la creencia de que le ampara una causa de justificación. Supuestos ambos que integrarían casos de error de prohibición directo e indirecto, respectivamente.

A nuestro juicio, el error de prohibición directo en estos casos podría venir motivado por la misma indeterminación de la ley, que, al emplear -en este caso, con una intención maliciosa -cláusulas generales, creaba una gran inseguridad jurídica, desconociendo así los ciudadanos el objeto concreto de prohibición penal. En el caso en que el sujeto conociese o sospechase de la antijuridicidad de su conducta, y aun así actuase movido por sus propias convicciones políticas, contrarias a las estatales, no podríamos hablar de un supuesto de error de prohibición propiamente dicho pues no se dan sus elementos característicos. Estaríamos en este supuesto ante lo que doctrinalmente se conoce como “delincuencia por convicción”¹⁵⁸⁴, cuyo tratamiento jurídico-penal no se encuentra explicitado en el Código Penal, y, que, por ello, abordaremos en un apartado independiente. No obstante, en supuestos como el mencionado de delincuencia política durante la vigencia de regímenes autoritarios, la abolición del régimen con la instauración de un orden jurídico democrático suele venir acompañada de amnistías a los presos políticos condenados por el antiguo régimen, como sucedió en España con los reos, víctimas del régimen franquista mediante la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía¹⁵⁸⁵. Obviamente durante un régimen fascista como el liderado por el general Franco no se va a considerar la posibilidad de eximir o atenuar de pena a reos por delinquir por convicciones políticas, pues eso es precisamente lo que se quería castigar: toda oposición al régimen.

2.3.2. Respecto a las conductas de colaboración con organización criminal y de financiación de grupo criminal

prohibición sería típica y antijurídica, aunque no culpable, lo que permitiría, bajo el sistema de accesoriidad limitada de la participación, el castigo de los partícipes en la conducta del autor.

¹⁵⁸⁴ RADBRUCH, G., “El delincuente por convicción”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005, pág.4, define al “delincuente por convicción” como “alguien que ni precisa ser corregido ni resulta merecedor de retribución, sino sólo uno que —rebatible o no— piensa de otra manera, un adversario del actual poderío moral, religioso o político, a quien ciertamente cabe combatir en interés de la preservación de aquél”.

¹⁵⁸⁵ No obstante, se ha criticado mucho a esta ley, habiendo sido tachada por las fuerzas de izquierda de “excusa perfecta de los poderes del Estado para rechazar cualquier petición de Justicia por parte de las víctimas” del régimen franquista”. Se quiso así con ella poner punto y final a un periodo oscuro de la historia de España, olvidándose que aún hoy, como da cuenta PÚBLICO, 14/10/17 (fecha de consulta: 03/04/18), “al menos 114.226 desaparecidos siguen en las cunetas del Estado en alrededor de 2.500 fosas comunes aún por exhumar. Tampoco hay ninguna investigación ni ningún responsable por los alrededor de 400.000 presos políticos que fueron utilizados como trabajadores forzados ni sobre las empresas que los emplearon”.

Resulta difícil también imaginar un supuesto de error de prohibición respecto de las conductas de colaborar económicamente con una organización criminal y de financiar un grupo criminal. Si la conducta es típica, lo que conlleva el conocimiento de que la cantidad económica que se entrega beneficiará a la agrupación criminal, difícilmente puede no sospecharse que la conducta es ilícita. La naturaleza del delito y la clandestinidad con que se realiza son indicios clave de nuevo para negar toda alegación sobre un eventual desconocimiento directo de la ilicitud de la conducta. No obstante, sí podría imaginarse la situación en que un sujeto que entrega bajo coacción una cantidad determinada de dinero a una organización o grupo criminal crea erróneamente que su conducta se encuentra justificada por una causa de justificación, como el estado de necesidad, cuando, en realidad, no concurre alguno de los elementos básicos de esta causa de exención de la responsabilidad penal, bien porque el peligro no es inminente, bien porque no hay necesidad de realizar la conducta típica, al haber comportamientos alternativos aptos para evitar el mal objeto de la amenaza. Podría hablarse en estos supuestos de la existencia de un error de prohibición indirecto, esto es, de un error sobre la concurrencia de una causa de justificación. No obstante, lo habitual en estas situaciones, como vimos anteriormente, es que sea aplicable a la conducta típica y antijurídica la eximente, o al menos atenuante, de miedo insuperable del art. 20.6° CP. Ya vimos cómo, una vez suprimida por el CP de 1995 la exigencia de la ponderación de males existente en el Código Penal anterior, la eximente de miedo insuperable viene en la práctica a jugar en la mayoría de ocasiones como recurso supletorio al estado de necesidad al que acudir para exonerar de responsabilidad penal cuando éste no resulta aplicable por faltar alguno de sus requisitos esenciales.

En los supuestos en que la colaboración con la organización criminal no sea económica, sino de otro tipo, el planteamiento de un error de prohibición al respecto podría dar lugar a un mayor debate. Ha de prescindirse, sin embargo, en este punto del examen de las conductas respecto a las que precisamente mejor se aplicaría esta eximente. Nos referimos a las conductas neutrales, esto es: conductas como la del taxista, que, en horario laboral y a cambio de las tarifas normales estipuladas por ley, transporta a miembros de una organización criminal que huyen de un determinado lugar, o del dueño de un hotel que aloja a estos sujetos, sabiendo que se esconden allí tras la realización de un delito. Estos sujetos conocen la pertenencia a una organización criminal por parte de los sujetos a los que transportan o alojan, pero podrían pensar que su conducta al no tener per se un contenido moralmente reprochable no es ilícita. Dicha argumentación podría sostenerse de cara a aplicar el error de prohibición, pero como adelantamos, su examen no es necesario pues dichas conductas resultarían mucho antes exoneradas de toda responsabilidad penal, al no resultar siquiera típicas de acuerdo a nuestro entender de la cuestión, que ya explicamos en su momento.

Las conductas de colaboración de tipo no económico a analizar aquí son, pues, las que resultan típicas de acuerdo con los criterios de imputación objetiva. Así, por ejemplo, la del sujeto que aloja a miembros de una organización criminal que se encuentran en búsqueda y captura tras la comisión de un delito. ¿Puede este individuo,

que, como decimos realiza una conducta típica, conociendo, por ende, la pertenencia a una agrupación criminal de los sujetos a los que ayuda, no sospechar que su conducta sea ilícita? Lo cierto es que, fuera de los supuestos de conductas neutrales, ya atípicas, resulta difícil argumentar la existencia de un error de prohibición directo. En la jurisprudencia no encontramos ningún ejemplo de alegación en este sentido, pero ello se explica también por la circunstancia de que a día de hoy no ha habido ni una sola condena por el delito de colaboración con organización criminal. No obstante, sí las ha habido en sede de terrorismo, donde sí se ha planteado en un caso concreto la posible existencia de error de prohibición por parte del sujeto activo colaborador. Se trata de la famosa STS 2/1997, de 29 de noviembre, que condenó a miembros de la entonces coalición política Herri Batasuna por el delito de colaboración con banda armada por difundir en sus espacios gratuitos de la campaña electoral de 1996 un video de ETA en el que integrantes de esta organización terrorista llamaban, bajo la exhibición de armas, a aceptar sus propuestas de su “Alternativa Democrática”. La respuesta del tribunal a la alegación de uno de los condenados en primera instancia relativa a que desconocía el carácter antijurídico de la conducta que realizaba fue tajante. Se negó rotundamente toda posibilidad de exonerar de pena la conducta bajo el error de prohibición argumentándose que la infracción en cuestión es de las de “carácter elementalmente opuesto al Derecho”, resultando su ilicitud “evidente para cualquier persona aun sin conocimientos jurídicos”¹⁵⁸⁶.

Para nosotros también es, en abstracto, inviable una alegación en este sentido. El conocimiento de la pertenencia a una agrupación con fines criminales por parte de los sujetos con los que se colabora, así como de que el acto de colaboración redundará en beneficio de esta agrupación criminal, implícitos en el dolo, hacen difícil, sino imposible, que el sujeto colaborador no se plantee la ilicitud de su conducta. De estarse en la posición de la defensa y representación del acusado, la vía más adecuada, a nuestro juicio, para intentar una atenuación de pena sería la relacionada con las convicciones que motivaron la realización de la conducta, esto es, calificar el supuesto como uno de delincuencia por convicción. No obstante, como adelantamos, estos supuestos carecen de tratamiento personalizado y autónomo legal, y, en la mayor parte de ocasiones su alegación tendrá -se avecina -poco efecto ante los tribunales, sobre todo si, como en el caso examinado, las convicciones políticas van unidas al uso o fomento del uso de la violencia.

¹⁵⁸⁶STS 2/1997, de 29 de noviembre, FJ Vigésimo-Cuarto.

CAPÍTULO V. PENALIDAD

1. Consideraciones sobre la aplicabilidad de excusas absolutorias a los delitos de organización y grupo criminal

Pongamos el caso en que un sujeto ha participado activamente en una organización o grupo criminal, sin que concurran en su conducta causas de justificación ni resulten aplicables circunstancias que anulen su culpabilidad. El sujeto ha realizado, por tanto, una conducta típica, en tanto subsumible en los comportamientos descritos en el art. 570 bis o 570 ter CP, antijurídica y culpable, por poder haberse motivado por la norma de prohibición y pese a ello haber realizado la conducta prohibida. En la mayoría de los casos con la constatación de dicha secuencia de la Teoría general del delito ya se podría imponer al sujeto la pena correspondiente al tipo penal cometido en cuestión. No obstante ello, insta comprobar previamente si se dan los requisitos para que la conducta perpetrada pueda ser punible, pues pudiera suceder, aunque no sea, como decimos, lo habitual, que el legislador previera para tal caso de ciertos requerimientos extra para imponer la pena al sujeto, o que, directamente, estableciera la exoneración de pena en tales circunstancias. Al examen de estos elementos, presupuestos para la imposición al sujeto de una pena por la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, se dedica el instituto dogmático tradicionalmente denominado “penalidad”, “punibilidad”, o “merecimiento de pena”¹⁵⁸⁷, que, siguiendo a NÚÑEZ CASTAÑO, estudiaría “la posibilidad legal de aplicación de una pena al cumplirse los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado”¹⁵⁸⁸.

Dos son, como adelantamos, los presupuestos o requisitos a que principalmente se hace alusión para la imposición de una pena al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable: por un lado, la concurrencia cuando el tipo en cuestión lo exija de requisitos objetivos, que vienen doctrinalmente denominándose “condiciones objetivas de penalidad”; y, por otro, la no existencia para el tipo de que se trate, o la existencia, pero no aplicación al caso, de “excusas absolutorias”, esto es, de la previsión de la no aplicación de pena al sujeto en atención a determinados motivos político-criminales. Ambos elementos, las “condiciones objetivas de penalidad” y las “excusas absolutorias”, no son, en principio¹⁵⁸⁹, de aplicación genérica al conjunto de delitos, sino que se prevén excepcionalmente, como decimos, en relación a determinadas

¹⁵⁸⁷ Así lo señala MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 428, que califica a la “penalidad”, al igual que la “tipicidad”, “antijuridicidad”, y “culpabilidad”, como “categoría autónoma dentro de la Teoría general del delito”.

¹⁵⁸⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XXIII. La penalidad”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pág. 325.

¹⁵⁸⁹ Decimos “en principio” porque el desistimiento voluntario y la inviolabilidad del Jefe del Estado y de los parlamentarios son también por algunos consideradas como excusas absolutorias, y resultan de aplicación a todos los delitos, al contemplarse en la Parte General del Código Penal.

infracciones¹⁵⁹⁰. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos patrimoniales, respecto a los que se prevé una excusa absolutoria para los casos en que el autor perpetre el delito contra un familiar o pareja sentimental¹⁵⁹¹ sin hacer uso de la violencia ni intimidación; o del delito de discriminación laboral, para cuya punición se exige como “condición objetiva de penalidad”, ajena a la voluntad del autor, el requerimiento previo o sanción administrativa¹⁵⁹². Los motivos que llevan al legislador a prever tales presupuestos responden a motivos político-criminales, siendo ajenos, por tanto, a los fines retributivos y preventivos del Derecho penal.

En relación a los delitos de organización y grupo criminal, que aquí nos ocupan, no se prevén, sin embargo, ni condiciones objetivas de penalidad¹⁵⁹³ ni excusas absolutorias específicas; algo que, por otra parte, no debe extrañar si se considera la fuerte tendencia represiva que existe en relación al fenómeno de la criminalidad organizada, habiéndose por muchos calificado a los arts. 570 bis y ss. CP como “normas de Derecho penal del enemigo”¹⁵⁹⁴. No es ésta, desde luego, una de las materias en las que el legislador tenga presente el principio de intervención mínima del Derecho penal. No obstante, lo cierto es que a nivel supranacional, de donde proceden las obligaciones

¹⁵⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 428, se refiere, a este respecto, al “carácter contingente” de estos elementos.

¹⁵⁹¹ Art. 268 CP: “1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”.

¹⁵⁹² Art. 314 CP: “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

¹⁵⁹³ Tampoco se dispone para estos delitos de la exigencia de “condiciones objetivas de procedibilidad”, como la querrela del ofendido. Este tipo de condiciones son de tipo procesal, y no penal sustantivo, por lo que, en puridad, no condicionan directamente la punibilidad de la conducta, aunque sí de forma indirecta, al impedir la apertura del correspondiente procedimiento para la eventual imposición de una pena. Es lógico que no se prevén estas condiciones para los delitos que nos ocupan pues son de los llamados “delitos sin víctima”, siendo el bien jurídico afectado la seguridad colectiva. No hay una víctima concreta de la conducta típica, sino toda la colectividad, por lo que un eventual requerimiento de querrela carecería de sentido.

¹⁵⁹⁴ Así, por ejemplo GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 16: “Por sus características criminológicas, su múltiple, diversificada y grave capacidad dañosa y su evidente impacto social, la criminalidad organizada ofrece las características precisas para convertirse en lo que penalmente se ha convertido: un arquetipo fácilmente instrumentable para la (supuesta) legitimación de la expansión del Derecho penal, un ejemplo modélico del punitivismo más reaccionario y de la exacerbación de la función simbólica del ordenamiento punitivo. Ello, hasta el punto, de que hoy se habla ya abiertamente -y personalmente lo comparto- de que las políticas legislativas que se están siguiendo en el derecho español en la regulación de la criminalidad organizada constituyen una de las más claras expresiones del tan (teóricamente) denostado “Derecho penal del enemigo”.

de armonización de los Estados miembros a este respecto, sí se prevé una excusa absolutoria personal para las conductas de participación activa en organización criminal, o mejor dicho de “organización delictiva”, que es el término empleado en la normativa europea. El art. 4 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, establece la posibilidad de que los Estados miembros prevean en sus legislaciones nacionales la posibilidad de no aplicar las sanciones previstas por la participación en organización delictiva cuando el autor del delito abandone sus actividades y proporcione información relevante a las autoridades¹⁵⁹⁵.

Habida cuenta de que ello se erigía en posibilidad, y no en obligación, de los Estados miembros, el legislador español optó, como se ve, por la no inclusión de esta excusa absolutoria en el Código penal. No obstante, sí prevé, como la mayoría de Estados nacionales, la posibilidad de los jueces y tribunales de atenuar la pena de los autores de las conductas de organización y grupo criminal en caso de que abandonen voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren activamente con las autoridades o sus agentes, lo que también se contemplaba en la citada Decisión-Marco de 2008 de referencia. Esta medida potestativa, aunque no excluye la pena, sí la afecta considerablemente, al establecer su reducción en uno o dos grados, y la misma responde también a puros motivos político-criminales, desconectados del injusto de la conducta realizada. La conducta realizada por el autor del delito de abandono de la agrupación y colaboración con las autoridades, que le otorga un tratamiento jurídico-penal más beneficioso, es una conducta post-delictiva, realizada una vez consumado el delito de organización o grupo criminal. Con el fin de poner fin a la actividad delictiva de las organizaciones y grupos criminales, el legislador ofrece una recompensa punitiva, traducida en una notable reducción de la pena, a los criminales delatores, que, una vez realizada la conducta típica, proporcionen información relevante para la captura del resto de miembros y la disolución del ente criminal. Ello explica que esta circunstancia atenuante específica de los delitos de organización y grupo criminal sea estudiada aquí en sede de punibilidad, y no de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad.

A pesar del señalado carácter específico de las condiciones objetivas de punibilidad y de las excusas absolutorias, en cuanto a que se prevén en relación a determinados delitos, existen ciertas normas genéricas, aplicables, por tanto, a la

¹⁵⁹⁵ Dispone exactamente el art. 4 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, que: “Todos los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones previstas en el artículo 3 puedan reducirse o no aplicarse si, por ejemplo, el autor del delito:

- a) abandona sus actividades delictivas, y
- b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habrían podido obtener de otra forma, y que les ayude a:
 - i) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito,
 - ii) identificar o procesar a los otros autores del delito,
 - iii) encontrar pruebas,
 - iv) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas, o
 - v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2”.

Nótese que la anterior la anterior Acción común 93/733/JAI no disponía nada al respecto.

totalidad de delitos - y, con ello, a los de organización y grupo criminal que nos ocupan -, que contemplan la exoneración de responsabilidad penal del autor de la infracción penal de que se trate por razones de política criminal, y, que, por ello, han sido también consideradas generalmente como excusas absolutorias, si bien de ámbito general¹⁵⁹⁶. Nos referimos, concretamente, al art. 16.2 CP, que establece la exoneración de responsabilidad criminal por el delito intentado al sujeto que desista voluntariamente de la ejecución iniciada, o que, una vez ejecutada en su totalidad la conducta, evite voluntariamente su consumación, y, con ello, la producción del resultado¹⁵⁹⁷; y a los arts. 56.3 y 71.1 CE, que disponen la inviolabilidad absoluta del Jefe de Estado, y la inviolabilidad limitada de los parlamentarios, respectivamente¹⁵⁹⁸.

No hay mucho que comentar sobre la aplicabilidad de estas inviolabilidades a los delitos de organización y grupo criminal. Si se demostrase la participación del Jefe de Estado en una organización o grupo criminal -lo que sería un auténtico escándalo - éste no podría responder penalmente por su conducta típica, antijurídica y culpable, al igual que ocurriría respecto a cualquier otro delito. En lo que hace, sin embargo, a la inviolabilidad parlamentaria, la restricción legal de su ámbito de aplicación a los delitos perpetrados mediante la manifestación de opiniones en el ejercicio de su cargo, haría en principio inaplicable el art. 71.1 CE, como excusa absoluta, a los delitos de organización y grupo criminal. La única conducta típica de los arts. 570 bis y 570 ter CP en que pudiera en principio subsumirse la acción de manifestar una opinión sería la de colaborar con organización criminal; sin embargo, al interpretar dicha conducta en sede de tipicidad, concluimos, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que la sola manifestación verbal de apoyo a una organización o grupo criminal debiera quedar extramuros del tipo.

En lo que respecta al desistimiento voluntario como excusa absoluta general, el mismo no es aplicable a las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal en la interpretación que aquí sostenemos de los mismos, como tipos que no permiten el castigo de las formas de ejecución intentadas. Si no se admite la punición de la tentativa en estos delitos, resultando ésta impune, el desistimiento, que consiste ex

¹⁵⁹⁶ Así lo considera, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 401.

¹⁵⁹⁷ Art. 16.2 CP: “Quedaré exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

¹⁵⁹⁸ Dispone el art. 56.3 CE: “La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”. Es una inviolabilidad absoluta, no restringida en ningún sentido, que abarca por tanto todas las conductas del Jefe de Estado. Por su parte, el art. 71.1 CE afirma que: “Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”. Se trata en este caso, por tanto, de una inviolabilidad limitada, acotada a los delitos que puedan cometerse mediante la manifestación de opiniones cuando se encuentren en el ejercicio de sus funciones. Estos delitos serán principalmente calumnias, injurias, delitos de odio o de apología del terrorismo, esto es, delitos que puedan cometerse mediante la expresión verbal de manifestaciones.

art. 16.2 CP en exonerar de pena al que evita voluntariamente la consumación del delito intentado, pierde todo ámbito posible de aplicación a este respecto¹⁵⁹⁹.

2. Consecuencias jurídicas de los delitos de organización y grupo criminal

2.1. Penas para las personas físicas autoras de las conductas típicas

Dos son las penas que el legislador establece para las personas físicas sujetos activos de las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP: la prisión y la inhabilitación especial para las actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la agrupación criminal o con su actuación en el seno de los mismos. La primera se prevé en los mismos arts. 570 bis y 570 ter CP, como consecuencia jurídica de la realización de las conductas típicas, modulándose en atención a diversas circunstancias que veremos infra. La segunda pena privativa del derecho al ejercicio de profesión u oficio o del derecho a la realización de negocios jurídicos se contempla en el art. 570 quáter.2 CP, entre las disposiciones comunes a los delitos de organización y grupo criminal. Ambas penas, al fijarse expresamente para estos delitos, tienen la consideración de principales, y su imposición resulta preceptiva para los jueces y tribunales¹⁶⁰⁰. No obstante ello, en el caso de la pena de inhabilitación, su imposición, como es obvio, sólo tendrá razón de ser cuando en la actividad de la agrupación criminal, o en relación a la misma, se hayan desarrollado actividades económicas o ejecutado negocios jurídicos. Llama la atención que, a diferencia de lo que sucede en sede de asociaciones ilícitas¹⁶⁰¹, no se hayan previsto aquí penas de multa para las conductas típicas de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP. Quizás el notable incremento de las penas de prisión de los delitos de organización y grupo criminal frente al clásico tipo asociativo haya tenido que ver en esta circunstancia, pudiendo considerar el legislador que la privación de libertad, junto a, en su caso, la inhabilitación, era ya suficiente como castigo a las conductas típicas realizadas.

¹⁵⁹⁹Art. 16.2 CP: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”

¹⁶⁰⁰ Véase que en el art. 570 quáter.2 CP se emplea el verbo “se impondrá”.

¹⁶⁰¹ Establece el art. 517 CP las siguientes penas a los sujetos activos de las conductas típicas del delito de asociación ilícita: “1.º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las 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. 2.º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. Art. 518 CP: “Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”.

2.1.1. La prisión. Cuestiones generales sobre el principio de proporcionalidad, ponderación de penas y organizaciones y grupos pluridelictivos.

Al contrario de lo que viene siendo habitual, no se establece por el legislador un marco penal único para las conductas típicas, sino diversos marcos penales cuya menor o mayor gravedad se hace depender en el tipo de organización criminal de dos criterios: por un lado, de la relevancia de la concreta conducta típica realizada por el sujeto, y, por otro, de la gravedad de las infracciones penales objeto de la organización criminal. La tabla resultante de estas ponderaciones quedaría de la siguiente forma¹⁶⁰²:

Conducta desempeñada para con la organización	Infracción penal perseguida por la organización	
	Delitos graves	“Demás casos” (delitos menos graves y leves)
<ul style="list-style-type: none"> - Promover la organización - Constituir la organización - Organizar la organización - Coordinar la organización - Dirigir la organización 	Prisión de 4-8 años	Prisión de 3-6 años
<ul style="list-style-type: none"> - Participar activamente en la organización - Formar parte de la organización - Cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la organización 	Prisión de 2-5 años	Prisión de 1-3 años

Como se ve, la pena máxima de los distintos marcos penales no resulta nunca inferior a los dos años de prisión, con lo que se cumple el mandato impuesto por el art. 3.1.a de la Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, que insta a los Estados miembros a adoptar “las medidas necesarias para garantizar” que los delitos relativos a la participación en una organización delictiva sean punibles en las legislaciones nacionales “con una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años”.

¹⁶⁰² Tabla extraída de lo dispuesto en el art. art. 570 bis.1 CP: “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”.

De acuerdo con el criterio de la relevancia de la conducta desempeñada en el marco de la organización, se individualizan así dos tipos de comportamientos: los de primer grado, constituidos por “promover”, “constituir”, “organizar”, “coordinar”, y “dirigir”, y los de segundo grado, conformados por “participar activamente”, “formar parte” y “cooperar”. Con esta discriminación penológica no se está sino aplicando el principio de proporcionalidad -según el cual las penas deben ser acordes a la entidad de la conducta delictiva cometida -al ámbito de las organizaciones criminales, caracterizadas, como sabemos, por la existencia en su seno de un rígido reparto de tareas o funciones entre sus integrantes. Ello, en principio, es de celebrar pues responde a un ideal de justicia inherente a todas las ramas del ordenamiento jurídico. Así, es justo que un sujeto que dirija una organización criminal, impartiendo órdenes al resto de integrantes, responda criminalmente con una pena superior a la del mero miembro, sin potestades directivas, que se limita a obedecer y ejecutar las directrices de aquél. No obstante ello, ha habido críticas entre la doctrina en lo que respecta a la equiparación entre sí de las distintas conductas de uno y otro grupo, señalando la procedencia de distinguir más niveles de conducta. En este sentido se han pronunciado autores como GÓMEZ LANZ¹⁶⁰³ y CANCIO MELIÁ¹⁶⁰⁴. El primero ha criticado que la conducta de participación activa tenga asignada legalmente la misma pena que la de mera integración; equiparación ésta, que, si se observa, se produce también en el seno del delito de organización terrorista, donde a ambas conductas se les asigna el mismo marco penal¹⁶⁰⁵. Nosotros, que entendemos que el castigo de la sola pertenencia a una organización o grupo criminal sin contribuir materialmente al mantenimiento del injusto sistémico resulta ilegítimo por resultar contrario a los principios de ofensividad y culpabilidad, abogamos directamente a este respecto por la supresión de la conducta típica de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP.

Como a CANCIO MELIÁ¹⁶⁰⁶, nos llama la atención la asimilación penológica realizada por el legislador entre “participar activamente” y “cooperar” con la organización. Y ello principalmente por dos motivos relacionados con la cualidad del sujeto activo de las conductas, y la naturaleza jurídica de las mismas. Parece, al menos

¹⁶⁰³GÓMEZ LANZ, J., “Medidas conectadas con la lucha contra el crimen organizado en las recientes reformas del Código penal”, *op. cit.*, pág. 171.

¹⁶⁰⁴ CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 653, que señala críticamente que “conductas de muy diversa significación [...] son castigadas con la misma pena”..

¹⁶⁰⁵ Dispone el art. 572.2 CP: “Quienes participaran activamente en la organización o grupo -aclárese que el legislador se refiere a organización o grupo de tipo terrorista -, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años”.

¹⁶⁰⁶ CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 653: “no se comprende que se prevea el mismo marco penal para los miembros en sentido estricto y quienes sólo cooperen <<de cualquier otro modo>> con la organización”. También en este sentido, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pp. 960 y 961: “resulta criticable que [...] se castigue con la misma pena a los miembros en sentido estricto y a quienes se limitan a cooperar <<de cualquier modo>> en una absoluta confusión entre pertenencia y colaboración”.

en principio, desproporcionado castigar de igual forma la conducta de participación activa con la organización de quien pertenece a la misma, que de quien no lo hace, y es un *extraneus*. Y a esto se conecta la segunda circunstancia mentada sobre la naturaleza de las conductas típicas, véase: el *intraneus* que participa activamente con la organización realiza una conducta permanente en el tiempo, habida cuenta de su vinculación para con el entramado. Si la razón de ser de formar parte de una organización criminal es la de participar activamente en la misma, el *intraneus* participará activamente de forma continuada en el tiempo, teniendo, en consecuencia, el delito de participación activa la naturaleza de infracción permanente. Por el contrario, el cooperador, en cuanto *extraneus*, realiza en principio una conducta instantánea, que sólo excepcionalmente es permanente cuando la colaboración se mantiene en el tiempo de forma continuada.

La equiparación penológica objeto aquí de crítica no es realmente nueva, pues si se atiende a la regulación del clásico delito de asociación ilícita aún vigente, se constata que también asigna iguales penas de prisión¹⁶⁰⁷, si bien en preceptos distintos (arts. 517 y 518 CP), al miembro activo y al cooperador. Aquí incluso podría decirse que el castigo genérico del cooperador es más severo que el del miembro activo pues, siendo las penas de prisión las mismas, se establece sólo para el cooperador la pena adicional de inhabilitación especial para empleo o cargo público. El modelo legal preferente a este respecto en la actualidad sería el que rige para las organizaciones terroristas, que sí prevé en abstracto mayores penas para la integración o participación activa que para los actos de colaboración¹⁶⁰⁸. No obstante, dada la realidad de la legislación actual en materia de criminalidad organizada, habrán de ser los tribunales los que ponderen, dentro de la horquilla legal establecida, las penas a imponer en atención a la distinta gravedad de estas conductas¹⁶⁰⁹, siendo así de esperar que el cooperador puntual resulte penado de forma mucho más leve que el sujeto que, dentro de la organización, participa activamente en sus actividades¹⁶¹⁰. Por otra parte, esta equiparación entre las penas del partícipe activo y del colaborador debe llevar a la adopción, como aquí hacemos, de una interpretación restrictiva de la conducta de cooperar, dejando extramuros del tipo comportamientos que no tengan la potencialidad de contribuir sustancialmente al mantenimiento de la organización criminal, y, de su injusto sistémico.

¹⁶⁰⁷ Aclárese: iguales penas de prisión a ambas conductas en el seno de las asociaciones ilícitas (prisión de uno a tres años), pero no iguales penas a las de las conductas homólogas en sede de organizaciones criminales, que pueden ser superiores si el fin de la agrupación consiste en la comisión de delitos graves (prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, prisión de uno a tres años en los demás casos).

¹⁶⁰⁸ Para la participación activa se establece una pena de prisión de seis a doce años (art. 572.2 CP), mientras que para la realización de actos de colaboración el marco penal es de cinco a diez años (art. 577.1 CP).

¹⁶⁰⁹ Así, CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 654: “se deja en manos de los tribunales desarrollar criterios de medición de la pena uniformes que tengan en cuenta la diferente implicación de los sujetos”.

¹⁶¹⁰ No disponemos de jurisprudencia a examinar a este respecto pues a día de hoy las condenas por el delito de cooperación con organización criminal son nulas.

En lo que hace en general a los marcos penales del delito de organización criminal, éstos son notablemente superiores a los del delito análogo de asociación ilícita, que castiga a las conductas de primer nivel con una pena de dos a cuatro años, y a las de segundo nivel, con una pena de uno a tres años. No obstante, los marcos penales son inferiores con mucho a los del delito de organización terrorista: ocho a catorce años de prisión para conductas de primer nivel, y seis a doce para las de segundo nivel. Ello se explica por el mayor injusto de este último delito ante la mayor gravedad de los delitos-fin perseguidos por la organización terrorista frente a la organización criminal. Y es que la primera persigue la comisión de delitos de terrorismo¹⁶¹¹, caracterizados por su gravedad y sus variadas finalidades específicas consistentes en subvertir el orden constitucional, suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones públicas, alterar gravemente la paz pública, o provocar terror en la población, entre otras muchas posibles *ex art. 573.1 CP*¹⁶¹².

En lo que respecta a la otra figura legal que nos ocupa, el grupo criminal, las penas de prisión establecidas en el art. 570 ter CP se ponderan únicamente atendiendo al criterio de la gravedad del delito objeto de la agrupación. La gravedad de la concreta conducta desempeñada en el marco de la agrupación criminal no está aquí presente como factor de cara a establecer las penas, pues se asigna a todas las conductas tipificadas (constituir, financiar e integrar) el mismo marco penológico, variando éste, como decimos, sólo en atención a la gravedad de la infracción penal objeto del grupo¹⁶¹³.

Infracción penal perseguida por el grupo criminal	Pena a establecer al sujeto activo de la conducta de constituir, financiar o integrar
Delito contemplado en el apdo. 3 del art. 570 bis CP ¹⁶¹⁴ que tenga la consideración de delito grave	Prisión de 2-4 años

¹⁶¹¹ Dispone el art. 571 CP: “A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente”. Los “delitos tipificados en la sección siguiente”, esto es, la sección II del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, son los delitos de terrorismo.

¹⁶¹² Las finalidades con que se han de llevar a cabo delitos comunes para ser considerados como de terrorismo son, concretamente, *ex art. 573.1 CP*: “1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”. Nótese que se contemplan como finalidades disyuntivas, esto es, con que concurra una de ellas es suficiente para considerar que el delito cometido con tal finalidad tiene la consideración legal de delito de terrorismo.

¹⁶¹³ Así lo indica el mismo legislador en el apartado XXVIII del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal: “Los grupos criminales se contemplan en el artículo 570 ter, equiparándose las conductas de constitución de los mismos con la financiación de su actividad o la integración en ellos, pero siempre distinguiendo la respuesta punitiva a partir de la gravedad de las infracciones criminales que tratan de cometer, en términos análogos a los que rigen para las organizaciones, y con similares agravaciones en razón de las características del grupo”.

¹⁶¹⁴ Son delitos contemplados en el art. 570 ter CP: los delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexual y la trata de seres humanos.

Delito contemplado en el apdo. 3 del art. 570 bis CP que tenga la consideración de delito menos grave	Prisión de 1-3 años
Delito grave no incluido en el apdo. 3 del art. 570 bis CP	Prisión de 6 meses-2 años
- Delito menos grave no incluido en el apdo. 3 del art. 570 bis CP o - Delitos leves	Prisión de 3 meses-1 año

Tal disparidad en el modelo legal de establecimiento de los marcos penológicos correspondientes a las penas de prisión entre uno y otro tipo delictivo ha de encontrar su causa en la diversa caracterización de los conceptos de organización y grupo criminal: mientras que en el primero está presente un clara y rígido reparto de roles y funciones entre sus integrantes, en el segundo no se exige expresamente tal elemento. No obstante, como vimos, en la práctica la estructuración de los medios personales para la consecución del objetivo criminal de la agrupación requerirá en la práctica también de una cierta distribución de tareas entre los componentes del grupo criminal. Aun así, resulta claro que dicha distribución de tareas no contará con la consistencia y rigidez de dicho elemento en el ámbito de la organización criminal pues la potencialidad lesiva de ésta última como institución es muy superior a la del grupo criminal. De ahí que el legislador no haya considerado necesario discriminar a nivel legislativo las penas en función de la concreta conducta desempeñada en el marco del grupo criminal, asignando así el mismo marco penológico para los que “constituyan”, los que “integren” y los que “financien” la agrupación.

A nuestro juicio, sin embargo, habida cuenta de que en la mayoría de las ocasiones estará presente en el grupo criminal cierto reparto de roles, si bien con menor rigidez que en la organización criminal, sería conveniente, en pro del principio de proporcionalidad, el establecimiento a nivel legal de una ponderación de penas en atención a la gravedad de la concreta conducta ejecutada, como se hace en el tipo de organización criminal. *De lege lata*, a falta de dicha ponderación, se espera que sean los jueces y tribunales los que, dentro del marco legal establecido para todas las conductas, realicen tal discriminación en la atribución concreta de penas en función de la mayor o menor gravedad del comportamiento realizado, en aplicación del principio de proporcionalidad¹⁶¹⁵. Por suerte, tal esperanza se materializa en la realidad si examinamos las condenas por este delito en grupos criminales donde se pudo identificar un claro reparto de tareas entre sus integrantes. Así, por ejemplo en la STS 128/2015, de 25 de febrero, el tribunal confirmó la atribución de penas a los acusados realizada por el tribunal de instancia, que, dentro del marco penal aplicable *ex art. 570 ter CP* en atención a la gravedad del delito-fin del grupo, discriminó la asignación concreta de las

¹⁶¹⁵Resaltando la necesidad de que en sede de “determinación judicial de la pena en sentido estricto”, los jueces y tribunales ejerzan su arbitrio teniendo en mente los principios limitadores del “*ius puniendi*”, y, dentro de éstos, en especial los principios de culpabilidad y proporcionalidad, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 767 y 768.

penas a los acusados en función de la relevancia del rol desempeñado en la agrupación, imponiendo así al que actuaba como jefe una pena de nueve meses de prisión, y al que lo hacía como simple partícipe, la mitad, esto es, tres meses de prisión¹⁶¹⁶.

El criterio que atiende a la gravedad del delito objeto de la agrupación criminal - factor de ponderación penológica – éste sí – presente en ambos delitos (tipo de organización criminal y tipo de grupo criminal), aunque no en el análogo de asociación ilícita – merece aquí de algunas observaciones específicas de cara a su puesta en aplicación práctica. En primer lugar, insta señalar, aunque resulta manifiesto, que la mención de los arts. 570 bis y 570 ter CP a la finalidad de la agrupación de cometer “delitos graves”, “menos graves” o “leves” ha de interpretarse de acuerdo con lo que los arts. 13 y 33 CP definen como tal. Así lo ha señalado expresamente la SAP Barcelona 18/2013, de 2 abril, al aclarar que tales referencias legales se hacen a conceptos normativos ya definidos en el Código Penal, en los preceptos supra mentados¹⁶¹⁷. No nos encontramos, por tanto, ante conceptos jurídicos indeterminados, dejada su interpretación al arbitrio judicial, sino ante conceptos normativos, ya definidos por el mismo legislador, pudiéndose así definir la remisión legal a tales conceptos como un factor que aporta seguridad jurídica.

Como SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ¹⁶¹⁸, estimamos adecuado ponderar las penas ya a nivel legal en atención a la gravedad del delito objeto de la agrupación criminal en cuestión, pues necesariamente cuanto mayor sea ésta, mayor será la potencialidad lesiva de la organización o del grupo criminal. Piénsese que a mayor gravedad del delito perseguido, mayor la complejidad de la estructura criminal. Grandes fines requieren de grandes medios, no siendo, en consecuencia, merecedor del mismo castigo el miembro de una agrupación criminal dedicada a cometer delitos de hurto, que el integrante de una que tiene por objeto traficar con personas con fines de explotación sexual¹⁶¹⁹. No obstante ello, como dijimos en el capítulo relativo al bien jurídico protegido, nos parece desproporcionado por las razones allí expuestas castigar las

¹⁶¹⁶STS 128/2015, de 25 de febrero, FJ Octavo: “Como la finalidad del grupo era la comisión de delitos menos graves -el robo con fuerza en casa habitada tiene una pena de hasta cinco años de prisión-, procede, conforme a lo dispuesto en el art. 570 ter. del Cpenal, apartado 1, letra c), imponer a Miguel como jefe la pena de 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y a José Carlos, único enjuiciado condenado como partícipe, la de tres meses de prisión con la misma accesoria, teniendo en cuenta en uno y otro caso la reiteración de los hechos cometidos y la distinta jerarquía de uno y otro. Verificamos la corrección de la argumentación del Tribunal de instancia”.

¹⁶¹⁷SAP Barcelona 18/2013, de 2 abril, FJ Quinto (sentencia confirmada por la STS 337/2014, de 16 de abril): “Por lo que se refiere a las penas imponibles por integrar la organización criminal debemos distinguir, a tenor de lo dispuesto en el artículo 570 bis del CP y siguientes, y cuando se trata de comisión de delitos graves o menos graves lo cual se articula en el CP en función de la pena, y debemos acudir los artículos 13 y 33 del CP”. Si bien la sentencia se refiere sólo al tipo de organización criminal, por el que se acusa a los acusados en la causa, sus consideraciones resultan igualmente aplicables al delito de grupo criminal.

¹⁶¹⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 563, alaba la ponderación legal de penas en atención a esta circunstancia en el delito de organización criminal.

¹⁶¹⁹ Véase que el delito de asociación ilícita, sin embargo, atribuye la misma pena a ambos sujetos al no ponderar las penas en atención a la gravedad del objeto criminal de la asociación.

conductas de participación activa, y aún más, de colaboración con agrupaciones criminales que tengan como objeto la perpetración de delitos menos graves, y, sobre todo, leves. La configuración de la seguridad colectiva como bien jurídico de carácter formal que no hace sino expresar el peligro abstracto o abierto para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin de la agrupación criminal de titularidad de una colectividad indeterminada nos impide dotar de esta segunda tutela penal a bienes jurídicos que no sean de una especial relevancia. Los bienes jurídicos amenazados así por delitos que no tengan la consideración de “graves” *ex* arts. 13 y 33 CP han de quedar extramuros de la protección otorgada por los arts. 570 bis y 570 ter CP, por lo que, según nuestra propuesta *delege ferenda*, la ponderación del marco penal de las penas de prisión en atención a la gravedad del delito objeto de la agrupación carecería de sentido, al restringirse éste, como decimos, a los delitos graves. En el marco de nuestra propuesta de reforma, cabría, no obstante, cierto margen de ponderación dentro de los delitos graves, identificando dentro de éstos algunos de especial gravedad, cuya persecución por parte de la agrupación determine un mayor marco penal para sus integrantes y colaboradores. Ello, en puridad, ya se viene haciendo en la legislación vigente, que determina la imposición de mayores penas a los sujetos activos de las conductas típicas cuando los delitos objeto de la agrupación fuesen concretamente “delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos”¹⁶²⁰. Sin embargo, debiera aclararse que para ello dichos delitos han de tener en su caso la consideración de graves, pues, si bien en general ostentan tal calificación, en algunos de ellos, como en el delito de lesiones, se contemplan en el Código penal modalidades delictivas que no ostentan tal condición, siendo delitos menos graves o incluso leves. Ello sucede, por ejemplo, con el delito de lesiones del art. 147.3 CP relativo al maltrato de obra, que tiene aparejada tan sólo pena de multa¹⁶²¹, siendo, además, en concreto, un delito leve¹⁶²².

Obviando ahora nuestra propuesta *delege ferenda*, y atendiendo a la situación actual de la legislación, cabe plantearse en lo siguiente la hipótesis en que la organización o el grupo criminal en cuestión se dedique de manera simultánea a la perpetración de distintos delitos de diversa gravedad. Esta hipótesis no es en la práctica extraña, sino, por el contrario, cada vez más habitual si se atiende al último informe de Europol sobre la amenaza de la criminalidad grave y la actividad de la delincuencia organizada en la Unión Europea (SOCTA), publicado el 9 de marzo de 2017, que da cuenta de un aumento exponencial del número de “grupos poli-criminales”, habiendo

¹⁶²⁰ Ello se hace en sede de organizaciones criminales, con el establecimiento de un subtipo cualificado en el que se determina el aumento en su mitad superior de las penas del tipo básico (véase arts. 570 bis.3 CP), y, en sede de grupo criminales, al establecer las penas en el mismo tipo básico en función del delito objeto del grupo (véase art. 570ter.1.a CP).

¹⁶²¹ Establece el art. 147.3 CP que “el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses”. Lo mismo sucede con la modalidad típica del art. 147.2 CP, que prevé también sólo pena de multa (“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses”).

¹⁶²² El art. 33.4.g CP determina que es una pena leve la pena de multa de hasta tres meses.

pasado estos grupos de constituir en 2013 un 33% del total de grupos criminales a, en 2017, un 45% del total¹⁶²³. ¿Qué delito tomar en estos casos como referencia de cara a determinar el marco penal aplicable a los sujetos activos de las conductas típicas? A este respecto, parece claro que han de dejarse al margen los delitos que se cometan de manera ocasional por la agrupación delictiva, en tanto los mismos no definirán la estructura y medios de la organización o grupo criminal, por no constituir su objeto delictivo¹⁶²⁴.

De acuerdo con nuestra interpretación del “objeto social” han de incluirse en el mismo tanto los delitos cuya comisión constituye la finalidad última o razón de ser de la constitución de la agrupación delictiva (delitos-fin), como los delitos que forman parte esencial de la dinámica delictiva del colectivo, por ser medios inherentes a la consecución de los delitos (delitos instrumentales complementarios o inherentes a los delitos-fin). Pues bien, tanto en los casos en los que una agrupación delictiva tenga como razón de ser la comisión de delitos de distinta gravedad (delitos-fin de diversa entidad) como cuando siendo uno sólo el delito-fin, el delito o delitos instrumentales inherentes al mismo sean de gravedad distinta a la de aquél *ex arts.* 13 y 33 CP, en nuestra opinión habrá de tomarse como referencia de cara a determinar la pena aplicable el delito que sea de mayor gravedad. Estaríamos, así, ante un concurso aparente de leyes, a resolver, en nuestra opinión, acudiendo al criterio de alternatividad del art. 8.4º CP. Los criterios de especialidad, consunción o subsidiariedad, si bien de aplicación preferente al de alternatividad, no resultarían aquí aplicables pues la relación entre sí de los distintos apartados del art. 570 bis.1 o 570 ter.1 CP no responde a tales parámetros. Ésta parece ser también la opinión de los tribunales si atendemos a sentencias como la STS 134/2016, de 24 febrero¹⁶²⁵, que, en relación a una agrupación de ciudadanos somalíes dedicada a la comisión de delitos de piratería frente a las Costas de Somalia, aplicó a los acusados el subtipo agravado del art. 570bis.3 CP por considerar que perseguían la comisión de delitos contra la vida e integridad física en tanto utilizaban de manera continuada en su actuación armas, habiéndolas disparado según los hechos

¹⁶²³Serious and Organized Crime Threat Assessment (SOCTA) 2017, pág. 15.

¹⁶²⁴ Así lo indica a los fiscales, entre las pautas de actuación para la aplicación de los tipos de organización y grupo criminal, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 20: “los Sres. Fiscales habrán de valorar y constatar que la finalidad primordial de la organización es ésta y que no se ha cometido delito de los mencionados de forma esporádica u ocasional”. Más adelante vuelve a recordarlo en relación a la figura del grupo criminal en la pág. 24. En la doctrina, en el mismo sentido, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 510.

¹⁶²⁵ Otra sentencia que puede citarse, a este respecto, es la STS 312/2017, de 3 de mayo, en la que se enjuicia a unos sujetos que forman un entramado delictivo dedicado a traer mujeres desde Nigeria a España para ejercer aquí la prostitución, tomando el tribunal como delito de referencia de entre todos los delitos que entrañan el objeto de la organización criminal, y por los que son condenados en la causa los acusados (delito de inmigración ilegal, trata de seres humanos y prostitución) los de trata de seres humanos o prostitución, y no el de inmigración ilegal, por ser los que entrañan penas más gravosas a los acusados *ex art.* 570 bis.3 CP. Caso idéntico es el enjuiciado en la STS 178/2016, de 3 de marzo, relativo también a una agrupación dedicada a traer mujeres a España, desde Nigeria, para lucrarse obligándolas aquí a ejercer la prostitución, en el también se toma como referencia los delitos más graves para determinar las penas aplicables, condenándose a los sujetos por el art. 570 bis.3 CP.

probados contra un pesquero¹⁶²⁶. El tribunal tenía dos opciones: tomar como referente de delito-fin de cara a ponderar las penas el delito de piratería, en su condición de delito grave, y aplicar las penas establecidas en el art.570 bis.1.I CP, o hacer lo propio con el delito instrumental, pero consustancial a la dinámica comisiva de la organización, de lesiones u homicidio, y castigar a los acusados con las penas del art. 570 bis.1.I CP agravadas por el art. 570 bis.3 CP, optando por la segunda posibilidad, que entraña mayor pena¹⁶²⁷.

Por último, es también reseñable en este ámbito que nos ocupa de determinación del marco penal aplicable, el supuesto en que la agrupación criminal mute su actividad delictiva principal, lo que, como también refiere el SOCTA 2017, es bastante frecuente en la práctica¹⁶²⁸. A este respecto, habrá que atender a la actividad de dedicación preferente al momento de comisión de las conductas típicas del art. 570 bis ó 570 ter CP que se enjuician, determinando la pena de acuerdo con ello. Así, si la actividad delictiva principal de la agrupación cuando se realizó la conducta de participación activa en la misma era el tráfico de drogas habrá de tomarse como referencia para determinar la pena *ex art.* 570 bis o 570 ter CP dicho delito, aunque al momento de enjuiciar la conducta la agrupación se dedique a otra actividad criminal.

Si a lo largo de la realización de la conducta típica, la agrupación tuvo en distintos momentos distintos delitos-fin, lo que sucederá esencialmente con las conductas de participación como miembro, debido a su carácter permanente, habría que considerar, de cara a la determinación del marco penal, el delito-fin más grave *ex art.* 8.4° CP. No obstante, si el delito-fin más grave ha sido objeto de la agrupación durante un periodo de tiempo nimio en relación al periodo de vida de la agrupación y, al periodo de vinculación del sujeto activo con la misma, podría excepcionalmente desconsiderarse, y atenderse a los delitos-fin que realmente hayan marcado la vida y trayectoria de la agrupación y de la vida del sujeto como miembro.

2.1.2. Inhabilitación para actividades económicas o negocios jurídicos

¹⁶²⁶ STS 134/2016, de 24 febrero, FJ Tercero *in fine*.

¹⁶²⁷ Por otra parte, nótese que la violencia es uno de los medios comisivos posibles que prevé el mismo art. 616 ter CP para la realización de la acción típica del delito de piratería. No obstante, como el mismo precepto dispone, la causación en su caso de lesiones a la vida o a la integridad será valorada aparte, aplicándose el correspondiente concurso de delitos. Véase el art. 616 ter CP: “El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.

¹⁶²⁸ *Serious and Organized Crime Threat Assessment (SOCTA) 2017*, pág. 15: “Many OCGs are highly flexible and able to shift from one criminal activity to another”.

Junto a la pena privativa de libertad el legislador prevé en el art. 570 quáter CP la imposición como pena principal¹⁶²⁹ adicional para los responsables de las conductas típicas de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP la “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”. En la doctrina, POLAINO-ORTS ha criticado duramente la previsión legal de esta pena conjuntamente con la de prisión, señalando que la misma entraña “un castigo adicional [...] al sujeto que ya ha saldado sus deudas con la justicia”, tachándola de “difícilmente justificable a la vista del principio *non bis in ídem* y del principio de culpabilidad”¹⁶³⁰. Personalmente no compartimos la crítica. En todo caso, podría entenderse que la previsión de la pena de inhabilitación, junto con la de prisión, resulta desproporcionada, y contraria con ello al principio de proporcionalidad entre la gravedad de la conducta castigada y la gravedad de la pena a ella aparejada, pero no atentatoria al principio de culpabilidad ni a la prohibición de *bis in ídem*. Entendemos que la prohibición de castigar con el mismo fundamento dos veces a un mismo sujeto por un mismo hecho es un mandato derivado de la Constitución dirigido esencialmente a los jueces y tribunales en la impartición de justicia, más que al legislador. Si el legislador impone penas excesivas a una conducta en el Código Penal estará quebrantando el principio de proporcionalidad, pero no la prohibición *non bis in ídem*. Por otra parte, las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de una actividad tienen en abstracto distinta finalidad, teniendo la segunda, al contrario que la primera, un nulo papel retributivo, toda vez que cumple una función esencialmente preventiva. De ahí que precisamente la pena de inhabilitación, ya absoluta, ya especial, para el ejercicio de determinados derechos se prevea de forma genérica en la Parte General del Código Penal (arts. 54 y ss.) como pena accesoria a la principal del delito en cuestión.

Aclarada ya la no vulneración, en nuestra opinión, de los principios de culpabilidad y *non bis in ídem* por la previsión de esta pena de inhabilitación en el art. 570 quáter CP junto a la de prisión, insta en lo siguiente interpretar este precepto, caracterizado por su oscuridad. A este respecto, lo primero a reseñar es que la duración de la pena se hace depender de la duración -valga la redundancia -de la pena de prisión impuesta al sujeto, al establecerse que la inhabilitación será “por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso”. Ello casa con la naturaleza temporal, o si se prefiere, no permanente, característica de la inhabilitación profesional como pena accesoria, tras cuya duración el

¹⁶²⁹ La inhabilitación especial constituye aquí una pena principal y no accesoria por preverse expresamente en la Parte Especial del Código Penal para el delito en cuestión. Nótese que el art. 54 CP dispone que “Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo”. El art. 56.1 CP establece en su apartado 3º como pena accesoria a la pena de prisión inferior a diez años la “Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho”.

¹⁶³⁰ POLAINO-ORTS, M., “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 187, y POLAINO-ORTS, M., “Organizaciones y grupos criminales”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 579.

condenado recupera la posibilidad de ejercer de nuevo su profesión o cargo¹⁶³¹. Los criterios que el legislador marca a los jueces y tribunales para ponderar la duración de la pena dentro del marco legal establecido son tres: atender a la gravedad del delito, al número de delitos cometidos y a las circunstancias concurrentes en el delincuente¹⁶³². Como SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS¹⁶³³ critica, son, desde luego, criterios de bastante amplitud y de difícil concreción, al menos en apariencia.

En lo que respecta al primer criterio atinente a la “gravedad del delito”, ha de entenderse que se hace referencia a la gravedad del delito perpetrado al que se conecta la pena de inhabilitación, esto es, al delito de organización o de grupo criminal. La gravedad del delito parece que habrá de medirse por la mayor o menor gravedad -valga la redundancia -del marco penal aplicable *ex* art. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP. De ello resulta que a mayor pena de prisión, mayor el tiempo de inhabilitación especial a establecer por los tribunales. Además del marco penal de la pena de prisión en abstracto aplicable, podrá atenderse más concretamente a la duración específica impuesta para dicha pena de cara a determinar en qué cuantía de años será superior a éste el tiempo de inhabilitación.

En lo que hace al criterio del “número de delitos cometidos”, parece lógico interpretar que la referencia se hace a las infracciones penales perpetradas en el marco de la organización o grupo criminal en cuestión, debiendo desconsiderarse cualesquiera otras infracciones desconectadas con dicho ámbito. Por otro lado, a nuestro juicio no resulta del todo clara la conexión de esta circunstancia con la duración de la inhabilitación, sobre todo en el caso en que los delitos perpetrados en el seno de la agrupación delictiva no guarden relación alguna con la profesión u oficio para la que se inhabilita al sujeto. Controvertido resulta también el criterio de ponderación relativo a las “circunstancias concurrentes en el delincuente”. Las únicas circunstancias que aquí nos resultan considerables por los juzgadores son las atinentes a las cargas familiares del sujeto y a su situación económica. Así, es de esperar que el periodo de inhabilitación para el ejercicio de actividades económicas a acordar respecto de un sujeto que sustenta con su profesión a varios familiares a su cargo sea inferior al correspondiente a una persona que no tenga personas a su cargo, o que teniéndolas, disponga de otras fuentes económicas diversas a sus honorarios profesionales para sufragar tales gastos. La consideración de otro tipo de circunstancias atinentes al sujeto nos parece irrelevante e improcedente de cara a la modulación del plazo de inhabilitación especial. Así, circunstancias como el modelo de vida que lleve el acusado o el hecho de haber

¹⁶³¹ Véase el art. 45 CP: “La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho [...] priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena”.

¹⁶³² El art. 570 quáter.2.I CP establece concretamente, a este respecto, que la inhabilitación especial será 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 concurren en el delincuente”.

¹⁶³³ SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1412.

delincuente anteriormente han de ser a nuestro juicio desconsideradas por los tribunales por estar cargadas de peligrosos tintes de un derecho penal de autor, que no atiende a la conducta externa realizada, sino a las características personales del acusado¹⁶³⁴.

En lo que respecta al objeto sobre el que recae la inhabilitación, esto es, aquello a lo que se inhabilita, la ley hace referencia a “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”. La referencia es ciertamente amplia y abstracta. “Actividades económicas” es un término extenso con el que se abarca a todas las actividades que implican la producción y el intercambio de servicios y productos, y los “negocios jurídicos”, si acudimos al DLE o a cualquier manual de Derecho Civil sobre contratos, constituyen, por su parte, declaraciones de voluntad de una o más personas a las que la ley otorga efectos jurídicos como pueden ser la adquisición, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo¹⁶³⁵. Si el sujeto se dedica profesionalmente a la citada actividad económica para la que se inhabilita, o si en el ejercicio de su profesión realiza constantemente negocios jurídicos a los que se le inhabilita *ex art. 570 quáter.3.I CP*, la inhabilitación para tales actividades y negocios supondrá indirecta e implícitamente la inhabilitación para el ejercicio de su profesión u oficio, si no por entero, si respecto a importantes labores o aspectos del mismo.

Por otro lado, esas actividades económicas y negocios jurídicos objeto de la inhabilitación han de estar relacionados con la actividad de la organización o el grupo criminal o con la actuación del acusado en el seno de la agrupación criminal. En lo que respecta a la alusión a la actividad de la organización o del grupo criminal, VÁZQUEZ IRUZUBIETA se plantea si la misma se refiere a la actividad aparente, de carácter lícito, cuando la hay, o a la actividad encubierta, de carácter delictivo, y, reflexionando, estima que ambas interpretaciones darían lugar a resultados un tanto insatisfactorios porque “en el primer caso, mal estaría inhabilitar al penado a realizar actividades lícitas que nada tienen que ver con los delitos por lo que se le condena”, y “en el segundo caso, si se trata de actividades ilícitas que estaban encubiertas por las lícitas [...], sería absurda la inhabilitación” pues no tienen sentido inhabilitar para el ejercicio de actividades ilícitas, dado que las mismas no están permitidas¹⁶³⁶. A nuestro juicio, el precepto no inhabilita para el ejercicio de las actividades delictivas de la organización o el grupo criminal, lo cual, como este autor señala, no tiene sentido, sino para llevar a cabo actividades económicas o negocios jurídicos obviamente lícitos relacionados con esa actividad criminal de la agrupación delictiva. La relación a que se alude entre las

¹⁶³⁴ De ello parece advertir, en relación a la disposición aquí examinada del art. 570 quáter.2.I CP, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “*Código penal comentado*”, *op. cit.*, pág. 766: “No hay delincuente bueno y delincuente malo y en cuanto a las circunstancias familiares, buena estará que se tengan en cuenta para disminuir el rigor de la pena porque se establecería una discriminación irritante si no se extendiera a todos los penados, quedando fuera los solteros carentes de familia conocida”.

¹⁶³⁵ El DLE define “negocio jurídico” como “Declaración de voluntad de una o más personas a la que la ley reconoce efectos jurídicos”.

¹⁶³⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “*Código penal comentado*”, *op. cit.*, pág. 767.

actividades objeto de inhabilitación y las actividades de la organización o grupo criminal ha de entenderse referida a las actividades delictivas de la agrupación, y no a las lícitas o a las lícitas inexistentes que sirvan de pantalla para encubrir a las delictivas. Un ejemplo que se nos ocurre a este respecto sería el del sujeto integrante de una organización criminal que lleva a cabo las funciones de contable de los gastos e ingresos obtenidos por la perpetración de delitos, o el del informático, miembro de un grupo criminal, que, en el seno de la agrupación, se encarga de crear páginas web falsas que se asemejan a otras oficiales de sucursales y bancos españoles, participando así de los delitos de estafa objeto del grupo criminal. En estos casos la inhabilitación podría estar referida al desempeño de las actividades económicas consistentes en realizar la contabilidad de empresas, y el diseño y creación de páginas web, respectivamente.

En todo caso, la sentencia en cuestión que condene al acusado por esta pena de inhabilitación habrá de concretar expresamente cuáles son esas concretas actividades económicas o negocios jurídicos para cuyo ejercicio se inhabilita a la persona, así como motivar dicha decisión, explicando la relación de tales actividades o negocios con la actividad delictiva de la organización o grupo criminal. Nótese que tal deber judicial de concreción y motivación se viene exigiendo por la propia ley, concretamente, en el art. 45 CP, en relación a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria, comercio, o cualquier otro derecho¹⁶³⁷.

La redacción del precepto no es, desde luego, como hemos visto, clara y, para empeorar el asunto, no disponemos de jurisprudencia atinente a este apartado, que nos pueda aclarar algo al respecto de cara a su interpretación. Cuando se ha condenado a integrantes de una organización o grupo criminal a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de alguna actividad, tal pena se ha impuesto como consecuencia jurídica del delito-fin cometido, y no como pena del delito de organización o grupo criminal *ex art. 570 quáter.2.I CP*. Tal es el caso por ejemplo de la STS 920/2016, de 12 de diciembre, en la que se ratifica la condena de dos sujetos, miembros de una organización criminal dedicada a subir a una página web obras y contenidos varios sin la autorización de sus titulares, como autores de los delitos de organización criminal y contra la propiedad intelectual, imponiéndoseles la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de administrador de servidores y páginas web y de gestor de contenidos en dichas páginas durante cinco años como pena legalmente prevista para el delito contra la propiedad intelectual. La pena de inhabilitación por la que, sin embargo, sí se viene condenando siempre a los sujetos autores de los delitos de organización y grupo criminal, si bien como pena accesoria a este delito *ex art. 56 CP*, y no como pena principal, es la de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la

¹⁶³⁷Art. 45 CP: “La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena”.

condena¹⁶³⁸, que priva al penado de su derecho a ser elegido para el ejercicio de cargos públicos¹⁶³⁹.

Por último, cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede en el delito de asociación ilícita, donde se prevé en el art. 521 CP la pena de inhabilitación absoluta para el ejercicio del cargo o función pública¹⁶⁴⁰ para el reo que fuese autoridad o funcionario público, nada se dice al respecto en los arts. 570 bis a 570 quáter CP. Ello no impide, sin embargo, que, en el caso en que alguno de los condenados por el delito de organización o grupo criminal ostentase tal condición, pueda imponérsele tal pena, si bien como accesoría, pues el art. 56.1.1º CP prevé su imposición judicial en el caso de condenas por penas de prisión inferiores a diez años, como es éste el caso¹⁶⁴¹.

2.2. Atenuación de la pena por el abandono voluntario de las actividades y la colaboración con autoridades. La “medida premial” del art. 570 quáter.4 CP

2.2.1. Consideraciones generales y político-criminales

El legislador prevé en el apartado 4 del art. 570 quáter CP la posibilidad de que la pena de prisión, e indirectamente la pena de inhabilitación especial, en tanto dependiente de aquélla, sean atenuadas o reducidas en uno o dos grados por los jueces o tribunales siempre que “el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes”. Se conforma así un subtipo atenuado respecto a los tipos básicos de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP. La redacción del precepto constituye prácticamente un calco del ya vigente art. 376 CP, que venía y viene hoy facultando a los tribunales a imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, en este caso, para los delitos contra la salud pública previstos en los arts. 361 a 371 CP, siempre que el sujeto en cuestión haya abandonado voluntariamente las actividades delictivas y colaborado con las autoridades¹⁶⁴². En consecuencia, y como la misma

¹⁶³⁸Art. 56.1 CP: “En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1.º Suspensión de empleo o cargo público, 2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, 3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código”.

¹⁶³⁹ Así lo dispone el art. 44 CP.

¹⁶⁴⁰Art. 521 CP: “En el delito de asociación ilícita, si el reo fuera autoridad, agente de ésta o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación absoluta de diez a quince años”.

¹⁶⁴¹ Art. 56.1 CP: “En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1.º Suspensión de empleo o cargo público...”

¹⁶⁴²Art. 376 CP: “En los casos previstos en los artículos 361 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

Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011, ha señalado, de cara a la interpretación del art. 570 quáter CP contamos con la ayuda de toda la doctrina y jurisprudencia dictadas en relación al art. 376 CP¹⁶⁴³. Pero, también, con anterioridad a la reforma del Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, y a la introducción con ella de los arts. 570 bis a 570 quáter CP, existía otro precepto similar, en materia de terrorismo, que preveía una atenuación de la pena en las circunstancias supra descritas; nos referimos al hoy vigente art. 579 bis CP, relativo a los delitos de organización y grupo terrorista, y de terrorismo, que, no obstante, difiere algo más del art. 376 y del art. 570 quáter CP, por cuanto requiere, de cara a la atenuación penológica, de un elemento adicional respecto a los anteriores, conformado por la confesión de los hechos delictivos en que se haya participado¹⁶⁴⁴.

Como en su momento señalamos, la atenuación de la pena en los delitos que nos ocupan de organización y grupo criminal, venía ya propuesta por las instancias internacionales, que, si bien, no obligaban a los Estados parte a preverla en sus legislaciones nacionales respectivas, si la contemplaban como una posibilidad. Así lo hacía a nivel europeo el Consejo en el art. 4 de la Decisión Marco 2008/841/JAI de 2008¹⁶⁴⁵, estableciendo que “los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones” previstas para la conducta de participación en una organización delictiva puedan reducirse, o -incluso incluía -no aplicarse, aportando como ejemplos de requisitos a exigir al autor del delito para ello el abandono de las actividades delictivas y la colaboración con las autoridades mediante la revelación de información relevante. Pero, ya con anterioridad, a nivel supra-europeo venía señalándose como propuesta a adoptar por los Estados parte en el art. 26.1 y 2 de la Convención de Palermo de 2000 -si bien de forma más genérica -“la mitigación de la

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”.

¹⁶⁴³ Así lo indica GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2167. Otro elemento a considerar de cara a la interpretación del subtipo atenuado que nos ocupa es la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, que, en su estudio sobre estos delitos, aborda específicamente la atenuación del art. 376 CP. Señala concretamente la posibilidad de acudir a esta circular y trasladar lo allí dispuesto a sede de organizaciones y grupos criminales, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 41.

¹⁶⁴⁴ Art. 579bis.3 CP: “En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o 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 organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”. Por “delitos previstos en este Capítulo” ha de entenderse a los delitos de organización y grupo terrorista y los delitos de terrorismo, regulados, respectivamente, en las secciones primera y segunda, del Capítulo VII.

¹⁶⁴⁵ Nótese, sin embargo, que la anterior Acción común 93/733/JAI no establecía nada a este respecto.

pena de las personas acusadas que presten unacooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención”, entre los que se encuentra la participación en un “grupo delictivo organizado”. La propuesta fue notoriamente exitosa, pues, como da cuenta la Comisión, en su informe sobre el art. 10 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea contemplan circunstancias que eximen o reducen la pena de los delitos de organización criminal por esta razón¹⁶⁴⁶.

En lo que respecta concretamente a España, la medida se prevé en el actual art. 570 quáter.4 CP, si bien sólo con efectos atenuantes de la pena, y no eximentes. Tal previsión pone ahora de manifiesto una importante discordancia entre el tratamiento legal de los condenados por los delitos de organización o grupo criminal y el otorgado a los reos del delito análogo, más antiguo, de asociación ilícita, que no prevé ninguna atenuación en este sentido¹⁶⁴⁷. En este último delito la única posibilidad de atenuar la pena en casos similares radicaría, por tanto, en acudir a las circunstancias genéricas atenuantes de los arts. 21.4º y 21.5º CP, por confesión de la infracción a las autoridades, y reparación del daño o disminución de sus efectos, respectivamente¹⁶⁴⁸. La atenuación de la pena sería, además, en principio muy inferior a la que otorga el art. 570 quáter.4 CP, pues mientras éste último establece la reducción de la pena en uno o dos grados, las circunstancias genéricas del art. 21 CP aplicadas individualmente reducen la pena en la mitad inferior *ex art.* 66.1.1º CP. Sólo cuando se estimara que la atenuante genérica es muy cualificada podría equipararse el tratamiento legal con el suministrado por el art. 570 quáter.4 CP¹⁶⁴⁹.

Si no se suprime el delito de asociación ilícita, por su solapamiento con el delito de organización criminal -cuestión que veremos en el capítulo atinente a las relaciones concursales -, sería al menos deseable que se introdujera una cláusula específica de atenuación en sede de asociaciones ilícitas, similar a la contemplada en el art. 570

¹⁶⁴⁶ Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo basado en el artículo 10 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (COM(2016) 448 final, pág. 8): “A pesar del carácter facultativo del artículo 4, («Todos los Estados miembros podrán...»), todos los Estados miembros prevén circunstancias en relación con la exención de responsabilidad penal o de la pena o la reducción de esta por circunstancias atenuantes aplicables a los delitos contemplados en el artículo 2”.

¹⁶⁴⁷ Señalan esta discordancia FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 308, y GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 579, instando éste último a que la atenuación se establezca también en el tipo asociativo.

¹⁶⁴⁸ Así lo señala FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 308, haciendo alusión a la atenuante del art. 21.4º CP, y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.L., “Artículo 570 quáter”, en GÓMEZ TOMILLO, M., y JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI*, Aranzadi, Madrid, 2016, pág. 579, incluyendo la posibilidad de acudir a la del art. 21.5º CP.

¹⁶⁴⁹ El art. 66.1.2º CP dispone que: “Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”.

quáter CP, pues lo contrario supone otorgar un trato injustamente desigualitario a los condenados por uno y otro delito, cuando las conductas típicas de los arts. 570 bis y 517 y 518 CP, y los conceptos de asociación ilícita criminal del art. 515.1º CP y organización criminal del art. 570 bis CP son iguales, como mantenemos.

El origen de estas disposiciones se conecta con la Italia de los años 80, en la que estas circunstancias atenuantes se concibieron como estrategia legislativa frente al terrorismo, teniendo las mismas una gran eficacia a este respecto¹⁶⁵⁰. Desde entonces este tipo de medidas se ha ido expandiendo al resto de países europeos, sobre todo, a raíz, como vimos, de la Decisión-Marco de 2008, habiéndose acuñado para hacer referencia a las mismas el término de “Derecho penal premial”¹⁶⁵¹, que refleja esa concepción de la atenuación penológica como premio al delincuente grupal que abandona la senda delictiva y colabora con las autoridades para la detención del resto de sujetos involucrados hasta entonces con él en la delincuencia o para otros fines análogos. El fundamento o razón de ser de este “premio” en forma de atenuación de la pena por el delito cometido - en este caso, de participación en organización o grupo criminal - no se viene conectando con una voluntad altruista de beneficiar al delincuente por su buen hacer, sino con el deseo de obtener pruebas para condenar al resto de delincuentes, impidiéndoles con ello continuar su actividad delictiva¹⁶⁵². De ahí el requerimiento, junto al abandono voluntario de las actividades delictivas, de la

¹⁶⁵⁰ Véase, LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *La Ley*, nº 16988, 2011, pág. 1.

¹⁶⁵¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 quáter”, *op. cit.*, pág. 578, se refiere, por ejemplo, al art. 570 quáter.4 CP como norma de “*Derecho penal premial*”. También así SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1413: “nos encontramos ante [...] un nuevo ejemplo del llamado “derecho premial”.

¹⁶⁵² Así en la doctrina, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 577, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 quáter”, *op. cit.*, pág. 578, que señala que la norma responde a “razones de pragmatismo”, concretamente, a la voluntad de evitar futuros delitos y esclarecer los ya cometidos, estrategia político-legislativa premial “orientada en último extremo a la mera colaboración procesal”, VERA SÁNCHEZ, J.S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1724, que tilda a la disposición de “privilegio político-criminal fundado especialmente en el fomento de conductas asociadas al logro de una mayor eficacia de la persecución penal de la delincuencia organizada”, GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 2164 y 2165, para el que el precepto responde a “simples consideraciones utilitarias de política-criminal: alentar la delación y colaboración como lucha contra el crimen organizado”, y JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M.J., y COMES RAGA, I., “El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado”, *La Ley*, nº 14302, 2010, pág. 2.

En la misma línea, si bien en relación a la atenuación análoga prevista en sede de tráfico de drogas del art. 376 CP, LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 4, que señala la colaboración con las autoridades como “el auténtico sentido o razón de ser del precepto”, afirmando antes, en la pág. 2, que: “el precepto no busca satisfacer ninguna exigencia de justicia que atienda a móviles éticos o al espontáneo arrepentimiento del inculcado, sino que se dirige a propiciar y remunerar con una atenuación de la pena la conducta que facilita la desarticulación de organizaciones que se consideran especialmente peligrosas y de difícil acceso, como es el caso de las que realizan actividades terroristas o de narcotráfico”, y la propia Circular FGE 2/2005 sobre la reforma del Código penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, al que se remite la Circular FGE 2/2011 para la aprehensión del art. 570 quáter.4 CP, que en la pág. 31 define la atenuación prevista en el art. 376 CP como “medida de política criminal tendente a favorecer la investigación en estos delitos”.

colaboración activa con las autoridades. Se busca así con este tipo de normas incentivar al delincuente a colaborar con el Estado para la obtención de pruebas en el ámbito de la represión de delitos grupales que generan una especial preocupación a nivel internacional como son el tráfico de drogas, el terrorismo, y, en general, la delincuencia organizada, los tres ámbitos en que en España se contemplan estas “disposiciones premiales”, y respecto de los que concurre una gran dificultad para obtener material probatorio que posibilite sentencias condenatorias.

En un Estado democrático y social de Derecho, en el que, por fortuna, no es lícito obtener pruebas incriminatorias mediante métodos antes tradicionales para ello, como el uso de las torturas o amenazas, el legislador recurre en su lugar al ofrecimiento de beneficios penales¹⁶⁵³. La naturaleza esencialmente clandestina de las organizaciones y grupos criminales y terroristas, su carácter cerrado, que dificulta que terceras personas ajenas al círculo de integrantes se introduzcan en sus estructuras, y los muchos filtros y controles de seguridad de que disponen, precisamente ante la conciencia de la voluntad de la policía de acceder a sus aparatos mediante agentes infiltrados, hacen muy difícil obtener información y material probatorio para su condena si no es con “medidas premiales” como ésta¹⁶⁵⁴. Por si ello fuera poco, se encuentran, además, los estrictos códigos normativos de muchas de estas agrupaciones criminales, que imponen a sus miembros la obligación de guardar absoluto silencio en caso de ser detenidos por agentes de la policía, cuyo incumplimiento en muchos casos puede poner al delator en una situación de grave peligro para su vida e integridad física¹⁶⁵⁵. Bien pensado, si la finalidad del precepto como decimos es de tipo procesal de cara a conseguir una condena del resto de integrantes y colaboradores de la agrupación criminal, pudiera haber el legislador ido más allá, estableciendo la exoneración de pena a los colaboradores, como proponía también la Decisión-Marco 2008/841/JAI de 2008 del Consejo, pues ello incentivaría aún en mayor medida al reo a colaborar. No obstante, se intuye sin género de dudas que tal previsión hubiera sido objeto de fuertes críticas por el conjunto de operadores jurídicos. Piénsese que ya la medida actual de atenuación contemplada por la mayoría de países de nuestro entorno suscita una gran polémica¹⁶⁵⁶, por lo que puede preverse cuál sería la reacción ante su modificación en el sentido de

¹⁶⁵³ Así, ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 171.

¹⁶⁵⁴ Nótese que esta dificultad se agrava además si se trata de probar la sola comisión de los delitos de participación en organización y grupo criminal y terrorista, cuando no se hayan aún cometido delitos en su seno (delitos-fin o delitos-instrumentales). Si se atiende a las sentencias condenatorias por los delitos de los arts. 570 bis y 570 ter CP se comprueba que la condena por los mismos siempre va acompañada de la correspondiente a determinados delitos-fin o delitos-instrumentales perpetrados en su seno. Sin la perpetración de éstos últimos, en principio la única vía para obtener material probatorio para una condena exclusiva por el delito de organización o grupo criminal sería la colaboración de uno de sus integrantes, de ahí el papel clave de la “medida premial” del art. 570 quáter.4 CP. Lo señala en la doctrina, MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 24.

¹⁶⁵⁵ Señala estas circunstancias para explicar la dificultad probatoria existente de cara a obtener una sentencia condenatoria de integrantes de organizaciones y grupos criminales, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 577.

¹⁶⁵⁶ No obstante, hay autores que estiman que es una medida “útil y adecuada”, como SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 quáter”, *op. cit.*, pág. 578.

otorgar mayores beneficios al reo, como la total absolución. En este sentido, se ha señalado críticamente en la doctrina que la “medida premial” de atenuación de pena por colaboración supone otorgar un tratamiento desigual a sujetos imputados por los mismos comportamientos típicos, o, incluso, en algún caso, otorgar un tratamiento más beneficioso a quien ha cometido la conducta más grave¹⁶⁵⁷, en consideración a la realización de una acción post-delictual, como es la colaboración con la autoridad, que en nada afecta al injusto perpetrado. De ahí que autores como el italiano MOCCIA sostengan críticamente que este tipo de disposiciones resultan ajenas a las “perspectivas de ofensividad” que orientan toda la intervención penal, y, en general “al significado y límites de la pena”¹⁶⁵⁸. El autor llega en su crítica a conectar estas normas con el denominado Derecho penal de autor, sosteniendo que las mismas no se basan en una conducta antijurídica para con un bien jurídico, sino en la personalidad del autor¹⁶⁵⁹. Compara en esta línea el autor esta circunstancia atenuante con otras circunstancias genéricas, ya atenuantes ya eximentes, como el desistimiento o la reparación del daño, que -refiere -, al contrario que aquélla, sí basan la rebaja penológica en motivos relacionados con el principio de ofensividad, en tanto que suponen la supresión, en el caso del desistimiento, o la reducción, en el de la reparación del daño, de la ofensa al bien jurídico¹⁶⁶⁰. No obstante, lo cierto es que también coexisten junto a éstas otras circunstancias genéricas atenuantes que no encuentran relación con tal principio, como es la relativa a la confesión de los hechos¹⁶⁶¹, que, de acuerdo con este discurso del autor, también reflejaría los parámetros del derecho penal de autor.

Otra de las críticas comunes que se hace a las “medidas premiales” es la de que las mismas tienen el efecto colateral de minar la confianza de la población en la correcta y justa administración de justicia, al entender que ésta pacta con delincuentes¹⁶⁶², así como de desorientar a los ciudadanos sobre el sentido y valor de las normas penales¹⁶⁶³, al poderse atenuar la eficacia preventivo-general de las normas primarias. Si el ciudadano sabe que de realizar una conducta prohibida, ésta podrá ser atenuada penológicamente, caso de colaborar luego con la justicia, esa función preventiva de la norma primaria podría verse afectada.

Tras la norma que nos ocupa subyace, por tanto, un conflicto entre pragmatismo y respeto a las garantías y principios jurídico-penales, en el que el primer elemento toma

¹⁶⁵⁷ De esta opinión es ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

¹⁶⁵⁸ MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁶⁵⁹ MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁶⁶⁰ MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

¹⁶⁶¹ Establece el art. 20.4º CP como circunstancia atenuante “la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

¹⁶⁶² Así lo señala ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 170.

¹⁶⁶³ Así, MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 25, que señala que a largo plazo estas disposiciones pueden derivar en “una disminución, en términos de comprensibilidad, del mensaje global sobre los valores que derivan del sistema en su totalidad”.

ventaja frente al segundo, suscitándose con ello las consiguientes críticas por parte de los sectores defensores de la defensa a ultranza de dichas garantías y principios básicos. En lo que a nosotros respecta, no adoptamos una postura tan crítica como los autores supra señalados. La utilidad a nivel procesal y de cara a conseguir una futura condena, descubriendo información de primer nivel, de otra forma difícilmente accesible, de “medidas premiales” es innegable. Por otra parte, como antes comentamos, existen ya otras medidas semejantes contempladas en el Libro I de Código Penal, aplicables, por tanto a todos los delitos, como es la circunstancia atenuante de arrepentimiento. Eso sí, dar un paso más con el reconocimiento de la exoneración de responsabilidad penal por abandonar las actividades delictivas y confesar los hechos parece exagerado, y, ya sí de una incompatibilidad intolerable con los principios y garantías que orientan la intervención del derecho penal.

Aclarada nuestra postura a este respecto, procederemos a continuación a interpretar la norma que nos ocupa de cara a su aplicación práctica. Insta señalar antes que la aplicación de este tipo de normas por parte de los tribunales ha sido hasta el momento muy reducida. Son pocas las sentencias que las han aplicado en España en materia de tráfico de drogas y terrorismo, y nulas las que lo han hecho en relación a los delitos de organización y grupo criminal, que aquí nos ocupan¹⁶⁶⁴.

2.2.2. Interpretación del art. 570 quáter.4 CP

Lo primero a aclarar a este punto es la naturaleza jurídica de la disposición del art. 570 quáter.4 CP. A este respecto parece fuera de dudas que se trata de una norma que afecta a la penalidad o punibilidad, y no a las anteriores categorías dogmáticas delictivas, esto es: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad¹⁶⁶⁵, de ahí que abordemos su estudio en este capítulo. Y ello por dos circunstancias clave: por un lado, porque las conductas requeridas por parte del sujeto para la atenuación de la responsabilidad criminal (el abandono voluntario y la colaboración con las autoridades) son post-delictivas, esto es, realizadas una vez la conducta típica del art. 570 bis ó 570 ter CP se ha consumado con todos sus elementos¹⁶⁶⁶; y, por otro, por la finalidad puramente político-criminal de la medida de favorecer la lucha contra el crimen organizado, desmantelando la organización o grupo criminal en cuestión mediante el acceso a pruebas de otro modo difícilmente obtenibles.

¹⁶⁶⁴ Señalan esta circunstancia en la doctrina MARTÍNEZ GARAY, L., “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 63 y ss., y, en relación al ámbito del tráfico de drogas, LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 6.

¹⁶⁶⁵ Así SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 quáter”, *op. cit.*, pág. 579, que tilda a esta atenuación de “semiexcusa absolutoria”, y MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 21 *in fine* y 22.

¹⁶⁶⁶ Así, MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 21 *in fine* y 22, que señala que la atenuación viene a operar “después de la realización del delito que, por tanto, resulta perfecto en todos sus elementos”.

Las penas objeto de la eventual atenuación son, obviamente, las penas de los delitos de organización y grupo criminal. Aparte de por lógica, tal conclusión se extrae del mismo tenor literal de la norma, que establece que los tribunales podrán atenuar la pena “al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo”, en referencia al Capítulo VI del Código Penal que contiene dichos delitos. Con la ley en la mano puede concluirse, pues, que quedan extramuros de la atenuación las penas de los delitos que se cometan en el marco de la organización criminal o grupo criminal por los sujetos activos de las conductas de participación o colaboración con las mismas. Esta circunstancia ha sido objeto de atención de MARTÍNEZ GARAY¹⁶⁶⁷, que, con acierto, considera que dicha restricción podría disuadir al sujeto integrante de la agrupación criminal de colaborar con las autoridades en tanto que, al no extenderse la atenuación a los delitos-fin o delitos-instrumentales cometidos por él, la condena final puede resultar muy alta pese a la minoración de la pena, no valiéndole la pena asumir el riesgo de delatar a sus compañeros. Es cierto que de dedicarse la agrupación criminal a la comisión de delitos de tráfico de drogas, podría encontrar tal conducta atenuación penológica ex art. 376 CP, pero de ser otras las actividades delictivas perpetradas en el seno de la organización o del grupo criminal las mismas sólo encontrarían una posible rebaja en circunstancias genéricas de distinto significado como el arrepentimiento.

Otra circunstancia de la regulación del art. 570 quáter.4 CP que se ha señalado también por MARTÍNEZ GARAY como factor que puede desincentivar al sujeto de cara a abandonar la agrupación y colaborar con las autoridades es el -al menos en apariencia -carácter potestativo de la atenuación penológica¹⁶⁶⁸. Y es que ley refiere que los jueces o tribunales “podrán imponer” la rebaja penológica cuando se den los elementos que requiere el precepto. Señala la autora que, en tanto dicho carácter potestativo implica que los jueces o tribunales podrían optar por no aplicar la rebaja, el delincuente, consciente de tal riesgo, puede desmotivarse a tal respecto, decidiendo, ante tal inseguridad, no asumir los riesgos que supone el abandono de la agrupación criminal y la posterior colaboración con las autoridades. Ante ello nosotros interpretamos, al igual que CUERDA ARNAU en relación a la medida premial prevista en sede de terrorismo, que la fórmula “podrán imponer” se refiere a la posibilidad de optar entre la rebaja en uno o dos grados, pero no a la de aplicar o no la rebaja en abstracto¹⁶⁶⁹, pues si no se provocaría una situación de inseguridad jurídica intolerable,

¹⁶⁶⁷ MARTÍNEZ GARAY, L., “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 65 y 66: “al sujeto puede no interesarle una rebaja que sólo se va a proyectar sobre una parte de la condena, y que quizás no disminuya mucho la duración total de la que le toque cumplir”. Señálese que la autora se pronunciaba sobre la “disposición premial” contenida en el entonces proyecto de reforma del Código Penal de 2007. Aunque tal proyecto se viese finalmente frustrado, sus consideraciones críticas son dignas aquí de considerar en cuanto extrapolables al art. 570 quáter.4 CP.

¹⁶⁶⁸ MARTÍNEZ GARAY, L., “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pág. 64, que también señala el carácter potestativo de la atenuación como factor generador de inseguridad jurídica.

¹⁶⁶⁹ CUERDA ARNAU, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 508 y 509.

como señala MARTÍNEZ GARAY. Así, siempre que concurren los dos requisitos exigidos por la ley, esto es: el abandono voluntario, y la colaboración con las autoridades, habrá de aplicarse la atenuación penológica por los tribunales, quedando sólo al arbitrio de éstos la medida concreta de la rebaja: si es de uno o de dos grados.

Insta, por ello, ahora aprehender el significado de estos elementos requeridos por la norma para la aplicación de la atenuación, consistentes en dos conductas positivas¹⁶⁷⁰ a realizar por el delincuente que pretende gozar del beneficio penológico. A este respecto, cabe señalar, antes de proceder al análisis pormenorizada de cada uno de ellos, su carácter necesariamente cumulativo y objetivo. El primer aspecto resulta claro de la lectura del precepto que emplea la conjunción copulativa “y” entre ambos. De ahí que si falta alguno de ellos, como por ejemplo en el supuesto en que el sujeto no abandone voluntariamente las actividades delictivas, sino de forma coaccionada, y colabore con las autoridades, no podrá aplicarse el subtipo atenuado, sino el tipo básico, atenuado, en su caso, por la circunstancia genérica del 21.7º CP en relación a las de los arts. 21.4º ó 21.5º¹⁶⁷¹. En el caso opuesto, esto es, cuando sí concurren conjuntamente los requisitos del abandono voluntario y de la colaboración con las autoridades, la aplicación del art. 570 quáter.4 CP desplazará, como es obvio, la de estas circunstancias atenuantes genéricas. Habría, en puridad, un concurso aparente de normas, que, en aplicación del criterio de especialidad *ex art.* 8.1º CP se resolvería con la sola aplicación de la atenuante específica que nos ocupa, pues, lo contrario, véase: la aplicación cumulativa de ambas atenuantes, específica analógica y genérica, supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*, ante la concurrencia de la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento¹⁶⁷². Por otro lado, como hemos señalado, estos elementos constituyen requisitos de tipo objetivo, no exigiéndose por el legislador un verdadero arrepentimiento interno del sujeto para la aplicación del precepto¹⁶⁷³; cosa que, por otro

¹⁶⁷⁰ No se exige aquí, como tampoco en sede de delitos contra la salud pública, el requisito de confesión de los hechos a las autoridades, que se exige en el art. 579bis.3 CP, para atenuar la pena de los delitos de organización y grupo terrorista y de terrorismo. Celebra la no exigencia de este requisito en el art. 570 quáter.4 CP, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 580, señalando que su reclamación en sede de terrorismo ha tenido como consecuencia una aplicación muy escasa del precepto “ante la dificultad de reunir todos los requisitos exigidos”. En este sentido, estima que: “quizá la [...] eliminación de este último requisito [...] abra estas figuras a una mayor aplicación en el proceso”.

¹⁶⁷¹ Lo indica así GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2164, abogando en esos casos por aplicar la circunstancia atenuante genérica analógica del 21.7º CP en relación con el 21.4º CP. En el ámbito del tráfico de drogas, en el que la medida premial exige también cumulativamente los elementos del abandono voluntario y la colaboración con las autoridades, se pronuncia también en este sentido LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 2.

¹⁶⁷² Así lo señaló LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 2, así como la STS 234/2007, de 23 marzo, FJ Segundo, en relación a la atenuante específica del art. 376 CP para los delitos contra la salud pública. En relación a la circunstancia atenuante que nos ocupa, del art. 570 quáter.4 CP, véase en este sentido FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 308 y 309.

¹⁶⁷³ Señala esta circunstancia en la doctrina GARCÍA ALBERO, R. M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 2164 y 2165: “Basta, pues, con la concurrencia de sus presupuestos objetivos, sin que proceda indagar los motivos o la actitud interna del autor”.

lado, sería difícil, si no imposible, de probar por constituir un sentimiento muy personal del sujeto. Por las mismas razones tampoco se exigen buenos propósitos o intenciones de futuro en el sujeto en cuestión; basta así con el abandono objetivo voluntario de las actividades delictivas que venían realizándose y la colaboración con las autoridades, sin que el sujeto tenga que realizar promesa alguna en relación a su actividad o modo de vida futuros¹⁶⁷⁴.

a. El elemento del abandono voluntario de las actividades delictivas

El art. 570 quáter.4 CP exige en primer lugar como requisito para la aplicación de la rebaja penológica que “el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas”. La primera duda que puede surgir al interpretar esta fórmula es si el término “actividades delictivas” se entiende referido exclusivamente a las actividades típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP, o si comprende también a las actividades delictivas perpetradas en el marco de la agrupación criminal, esto es, a los delitos-fin y los delitos-instrumentales. Consideramos que ha de interpretarse el precepto conforme a este último entendimiento por cuanto la lógica impone que abandonar una organización o grupo criminal entraña cortar todo vínculo con la misma. Así, el sujeto integrante de una agrupación criminal que deje de ser miembro de una organización, pero siga colaborando puntualmente con la misma, en calidad de *extraneus*, no podría verse beneficiado por la “medida premial” del art. 570 quáter.4 CP¹⁶⁷⁵. Caso distinto sería aquél en que el sujeto deje de formar parte de la agrupación delictiva y se dedique posteriormente por su cuenta y riesgo a perpetrar los delitos que venía cometiendo antes en el seno de la organización o grupo criminal, en cuyo caso entendemos que sí sería aplicable la atenuante por cuanto sí se ha cortado todo vínculo con la agrupación criminal.

Otra de las cuestiones controvertidas que en principio suscita la redacción del art. 570 quáter.4 CP es la de si pueden beneficiarse de la atenuación también los *extranei* colaboradores con la organización o el grupo criminal, o, si, por el contrario el ámbito de aplicación del precepto ha de restringirse a los *intranei*. Pues bien, a este respecto la clave viene situándose en el significado de “abandonar”, término que según

¹⁶⁷⁴ Así lo señala LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 4: “se trata de rechazar la conducta anterior, pero no de comprometer la conducta futura”. Nótese, que, sin embargo, en su día, en la LO 9/1984, de 26 de diciembre, sobre bandas armadas, de cara a la aplicación de la “medida premial” sí se exigía que el abandono delictivo se realizase con “propósito de reinserción social”.

¹⁶⁷⁵ De esta opinión en la doctrina es CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 404 y 405, si bien en relación a la medida correlativa prevista en sede de terrorismo. Mantiene la autora que el abandono entraña la “ruptura definitiva de cualquier clase de vínculo que hubiera mantenido el sujeto con las bandas y elementos que nos ocupan”, de forma que no bastaría con apartarse del grupo desde la perspectiva del estatus de miembro, sino que requeriría de “la cesación [...] de cualesquiera actividades efectuadas por un <<extraneus>> en beneficio del grupo”, y SOTO RODRÍGUEZ, M.L., “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”, *La Ley*, 5153/2012, pág. 4, entre otros. En la jurisprudencia, en esta línea, véase la STS 42/1986, 28 mayo.

el DLE supone “dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola”, esto es, la conducta de parar la realización de una actividad que hasta entonces se venía llevando a cabo. Difícilmente una conducta de realización instantánea va a poder ser abandonada, por lo que entendemos, como LAMARCA PÉREZ¹⁶⁷⁶, que el abandono sólo tiene sentido respecto a conductas típicas de naturaleza permanente¹⁶⁷⁷. Con ello, quedan “extramuros” del ámbito de aplicación de la “medida premial” que nos ocupan las conductas típicas de cooperar con una organización criminal y de financiar un grupo criminal cuando consistan en una acción puntual y aislada, quedándoles, en su caso, a dichos sujetos activos como medida residual con la que beneficiarse las circunstancias genéricas atenuantes del art. 21 CP. No obstante, como vimos, era posible que las conductas de cooperación y financiación referidas tuviesen en algún caso el carácter de permanentes, sin que, por ello, el sujeto activo de las mismas adquiriese la condición de integrante de la agrupación criminal en cuestión. ¿Podrían en ese caso los cooperadores o financiadores beneficiarse de la “medida premial” del art. 570 quáter.4 CP si deciden dejar de suministrar armas o instrumentos a la organización criminal o de financiar el grupo criminal?

Sobre este interrogante se ha pronunciado, si bien en referencia a la “medida premial” establecida en el ámbito de los delitos de terrorismo y de organización y grupo terrorista, CUERDA-ARNAU, quien se declara proclive a aplicar la atenuación a colaboradores externos a la agrupación criminal refiriendo que lo contrario, esto es, restringirla a los miembros, supondría “una inadmisibles limitación del círculo de posibles beneficiarios, que no encuentra respaldo alguno en la ley”¹⁶⁷⁸. La argumentación de la autora es sólida y coherente; sin embargo, no puede trasladarse por entero al ámbito que nos ocupa, del crimen organizado, por cuanto la redacción de los arts. 579 bis.3 y 570 quáter.4 CP difiere en un punto importante a este respecto. Tal extremo hace referencia a los términos empleados en relación al requisito de la colaboración con las autoridades: mientras que el primer precepto alude a que el sujeto haya colaborado con las autoridades, entre otras finalidades, “para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”¹⁶⁷⁹, el art. 570 quáter.4 CP se refiere a que

¹⁶⁷⁶ LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 3, en relación, sin embargo, a la atenuación semejante prevista para los delitos contra la salud pública.

¹⁶⁷⁷ También así, SOTO RODRÍGUEZ, M.L., “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”, *op. cit.*, pág. 4.

¹⁶⁷⁸ Véase CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 403 y 404.

¹⁶⁷⁹ Art. 579 bis.3 CP: “En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o 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 organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

tal colaboración se realice “para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido”¹⁶⁸⁰, omitiendo con ello toda alusión al colaborador. Tras dicha constatación podemos afirmar que el colaborador en tanto *extraneus* no se encuentra dentro de la esfera de posibles beneficiados de la medida premial determinada por la ley. No obstante ello, podría plantearse en su caso una aplicación analógica del art. 570 quáter.4 CP al colaborador permanente con una organización criminal o al sujeto que financia de manera continuada en el tiempo un grupo criminal condenado por el delito, por cuanto se trataría de una analogía *in bonam partem*, esto es, con efectos beneficiosos para el reo, y, entendemos, no prohibida por el ordenamiento jurídico. Pero, aun admitiéndose la aplicación analógica de la atenuación a los colaboradores externos, lo cierto es que, en la mayoría de ocasiones, como apunta LAMARCA PÉREZ¹⁶⁸¹, sería difícil que los mismos pudieran efectivamente beneficiarse de la “medida premial” por cuanto la información a suministrar por su parte a las autoridades - de acuerdo con el segundo elemento requerido por el precepto -se intuye mucho más limitada en relación a la de un integrante de la agrupación criminal. La no actuación desde el interior de la organización o el grupo criminal hará, pues, difícil el cumplimiento con efectividad del segundo requisito exigido por la ley para la rebaja de la pena.

La cuestión que ha hecho correr más ríos de tinta en la interpretación de las “medidas premiales” de los arts. 570 quáter.4 CP, 579 bis.3 CP y 376 CP ha sido, sin embargo, la referida al requisito de la voluntariedad del abandono¹⁶⁸². Ello, no obstante, dejando al margen el hecho de que tal voluntariedad no implica un sentido arrepentimiento en el sujeto que abandona las actividades delictivas, cuestión sobre la que sí hay un acuerdo en los planos doctrinal y jurisprudencial¹⁶⁸³. La pregunta esencial que, en puridad, ha de hacerse, y, por ende, resolverse, para afrontar el problema es, como refiere CUERDA-ARNAU¹⁶⁸⁴, si la voluntariedad significa en este ámbito “espontaneidad”, esto es, la ausencia de influencias externas en la decisión del sujeto de abandonar las actividades delictivas. ¿Ha de responder necesariamente el abandono de

¹⁶⁸⁰ Art. 570 quáter. 4 CP: “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”.

¹⁶⁸¹ LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 3.

¹⁶⁸² Señálense, de entrada, los significados del término “Voluntario” de acuerdo con el DEL: “1. adj. Dicho de un acto: Que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquella; 2. adj. Que se hace por espontánea voluntad y no por obligación o deber”.

¹⁶⁸³ Señala dicha unanimidad CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 412, que, también, afirma, contundente, que “voluntariedad no equivale a arrepentimiento”. En la jurisprudencia, puede verse, en este sentido, la SAN 58/1984, de 28 de septiembre, primer Considerando.

¹⁶⁸⁴ CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 414.

tales actividades a una decisión espontánea del sujeto, no influida por factores externos, como pudieran ser consejos o requerimientos de terceras personas¹⁶⁸⁵? A nuestro juicio, y aquí compartimos opinión con LAMARCA PÉREZ¹⁶⁸⁶ y CUERDA-ARNAU¹⁶⁸⁷, de cara a la apreciación de la voluntariedad en el abandono han de dejarse de lado los motivos, o mejor dicho, móviles que mueven o inspiran la conducta del acusado, siendo irrelevante si el sujeto decide dejar la agrupación criminal y colaborar con las autoridades ante la insistencia de terceras personas, por haber tenido conocimiento de que se encontraba en busca y captura por las autoridades policiales¹⁶⁸⁸, o por correr su vida peligro dentro de la organización o grupo criminal, por haber actuado incorrectamente en una de las labores encomendadas.

Hay, no obstante, dos supuestos especialmente problemáticos a este respecto. El primero sería aquél en que el sujeto colabora con las autoridades una vez ha sido detenido por la policía, tras ser informado por los agentes sobre las ventajas que ello puede entrañar a nivel penológico respecto a la eventual condena por los delitos cometidos. En este sentido hay opiniones encontradas en la doctrina y jurisprudencia. Mientras que sentencias como la STS 405/2010, de 29 de abril han negado la aplicación de la “medida premial” del art. 376 CP en supuestos de este tipo¹⁶⁸⁹, algún autor como CUERDA-ARNAU se pronuncia en sentido contrario, dando prioridad en este caso al fundamento utilitario del precepto, que no es no otro que conseguir en última instancia información del acusado con la que condenar a otros sujetos o detener la actividad delictiva de la organización o grupo criminal en cuestión¹⁶⁹⁰. A nuestro juicio, si el sujeto no es forzado a colaborar, tomando libremente la decisión de colaborar tras ser simplemente informado por los agentes de los beneficios a nivel penológico que el abandono de las actividades delictivas y la colaboración con las autoridades conlleva, no habría problemas en aplicar la atenuación de la pena pues se ha abandonado voluntariamente la agrupación delictiva.

¹⁶⁸⁵ Véase CUERDA-ARNAU, M. L., “*Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 419.

¹⁶⁸⁶ LAMARCA PÉREZ, C., “*Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas*”, *op. cit.*, pág. 3, señala que la acción de abandonar “puede nacer de una decisión plenamente autónoma o de cualquier otra consideración influida por elementos externos”.

¹⁶⁸⁷ CUERDA-ARNAU, M. L., “*Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 415.

¹⁶⁸⁸ Ejemplo este último extraído de LAMARCA PÉREZ, C., “*Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas*”, *op. cit.*, pág. 3.

¹⁶⁸⁹ STS 405/2010, de 29 de abril, FJ Segundo: “El art. 376 del CP impone como presupuesto para su aplicación que “... el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas”. No es éste el caso del recurrente, cuya actitud de colaboración se produjo después de la detención por agentes de la autoridad, que ya habían efectuado amplios seguimientos de las actividades de Martín y que contaban con el significativo caudal incriminatorio que aportaban las escuchas telefónicas judicialmente autorizadas”. En la doctrina, es de esta opinión, entre otros, SOTO RODRÍGUEZ, M.L., “*El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal*”, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

¹⁶⁹⁰ CUERDA-ARNAU, M. L., “*Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*”, *op. cit.*, pp. 421 y 427: “que el sujeto esté ya en poder de las autoridades es irrelevante si su conducta puede ser [...] “causa de que se sepa y remedie lo que de otra manera no se podría saber ni remediar”.

El otro supuesto problemático a este respecto es aquél en que el sujeto colabora con las autoridades tras ser expulsado de la agrupación criminal a la que venía perteneciendo, en el que caso del *intraeus*, o tras haberse cortado por parte de la agrupación la relación hasta entonces existente, en el caso del colaborador permanente *extraneus*. Si a continuación el sujeto, cuya relación con la agrupación ha finalizado, decide acudir a la policía y suministrar información relevante sobre la organización o grupo criminal, ¿podría, caso de una eventual condena por participación activa o colaboración con organización o grupo criminal, aplicarse la rebaja penológica del art. 570 quáter.4 CP?, ¿puede hablarse de abandono voluntario de las actividades delictivas cuando el sujeto es expulsado o “despedido” del seno de la agrupación criminal? En principio parecería que no; sin embargo, habrá que estar a las circunstancias en su caso concurrentes, y, especialmente, a las causas que han motivado la decisión de los miembros de la agrupación criminal de cesar la relación del sujeto con la misma. En este sentido, como razonablemente señalan LAMARCA PÉREZ¹⁶⁹¹ y CUERDA-ARNAU¹⁶⁹², si la causa se relaciona con una conducta disidente del sujeto, lo que comporta según la primera ya “un principio de separación del vínculo delictivo” por parte de éste, podría entenderse que concurre el requisito del abandono voluntario exigido para la aplicación de la “medida premial”. Por el contrario, si la expulsión o el cese de la relación acordado por la agrupación criminal responde a un error o a una conducta imprudente del sujeto expulsado o cesado, no reveladora, por tanto, de su disidencia o divergencia para con la organización o grupo criminal, no podrá en nuestra opinión aplicarse en su caso la “medida premial” que nos ocupa, por cuanto el abandono no habrá sido voluntario, sino obligado. En tal caso, si el sujeto se decide posteriormente a colaborar con las autoridades, podrá aplicársele exclusivamente sobre la pena que en su caso se le imponga las atenuaciones genéricas previstas en el art. 21 CP.

b. La colaboración activa con las autoridades o sus agentes

Junto al abandono voluntario de las actividades delictivas que venía realizando el sujeto, se exige, de cara a la aplicación de la “medida premial” *ex* art. 570 quáter.4 CP, que el sujeto “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”. Como anteriormente se señaló al abordar el fundamento pragmático de esta “medida premial”, este elemento constituye,

¹⁶⁹¹ LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 4.

¹⁶⁹² CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 420.

en puridad, la auténtica razón de ser de la rebaja penológica¹⁶⁹³. La colaboración a realizar ha de ser, de acuerdo con el precepto, activa, de lo que parece extraerse que conductas omisivas que puedan tener como efecto la colaboración con las autoridades han de ser desconsideradas de cara al otorgamiento de la “medida premial”¹⁶⁹⁴. La conducta, por tanto, ha de consistir en una acción positiva como el aportar información relevante, archivos de audio o fotográficos, huellas dactilares que puedan servir como medio probatorio de la participación en la agrupación delictivas de otras personas, etc.

Por otra parte, la colaboración del sujeto con las autoridades ha de buscar una finalidad concreta, que puede ser, de acuerdo con el precepto, (1) la obtención de “pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables”, (2) la obtención de pruebas decisivas para “impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido”, o (3) la evitación de “la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”. No se exige, sin embargo, de cara a la apreciación de la rebaja penológica que se alcance efectivamente un resultado, en este caso, que se obtengan efectivamente las pruebas señaladas, o que se evite la perpetración del mentado delito, bastando con que se realice la conducta activa con dichas finalidades¹⁶⁹⁵. La no exigencia de un resultado por parte del legislador nos parece una decisión acertada de cara a incentivar la realización de estas conductas, que es lo, en puridad, lo que se busca, pues, lo contrario, véase: la exigencia de que se obtengan efectivamente pruebas o de que se evite la comisión de delitos, desmotivaría al sujeto de cara a colaborar con las autoridades si se considera, además, el riesgo que entraña para el sujeto ya el solo intento de alcanzar dichos resultados, caso de que los integrantes de la agrupación criminal sospechen de sus intenciones¹⁶⁹⁶. No obstante ello, sí es necesario -entendemos- la realización por parte del sujeto de una conducta activa que resulte idónea *ex ante* para alcanzar alguna de las tres finalidades mencionadas¹⁶⁹⁷.

Veamos ahora las finalidades concretas, previstas alternativamente, de la colaboración. La primera de ellas es “obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables”. Como se ve, son dos a su vez los fines alternativos para

¹⁶⁹³ Así, LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 4, que se refiere a este requisito como “el auténtico sentido o razón de ser del precepto”, y CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 440, que señala: “el abandono debe acompañar algún tipo de actividad positiva de la que puedan derivarse los efectos deseados”.

¹⁶⁹⁴ Así, LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 4.

¹⁶⁹⁵ Señala esta circunstancia LAMARCA PÉREZ, C., “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *op. cit.*, pág. 4.

¹⁶⁹⁶ De esta opinión en la doctrina, CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 447, para quien exigir un resultado supondría “exasperar el primado de la utilidad y, al mismo tiempo, correr el riesgo de anular la carga incentivadora que tienen este tipo de preceptos”.

¹⁶⁹⁷ CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 452 y 460, cree necesario, en este sentido, que “el sujeto se haya esforzado en evitar el resultado”.

los que busca dicha obtención de “pruebas”: (1) identificar a otros responsables, en el caso de no conocerse por parte de la policía sus nombres, o disponerse sólo de simples sospechas al respecto, que, con las “pruebas” del “delator” serían corroboradas; o (2) detener a sujetos ya identificados por la policía, en cuyo caso se infiere que ya habría una orden de busca y captura para su detención, siendo la información entregada en su caso por el delator la que permitiría dicha detención¹⁶⁹⁸. Así, piénsese a este último respecto en el supuesto en que el delator aportase datos a la policía sobre la ubicación exacta actual del sujeto, miembro de la organización o grupo criminal, sobre el que pende la orden de detención. Como se ve, nos venimos refiriendo al término “pruebas” del art. 570 quáter.4 CP utilizando el entrecomillado ya que consideramos que a lo que hace referencia el legislador no es, en puridad, a “pruebas”, o, dicho de otra manera, se emplea dicho término en una forma que no corresponde a su significado jurídico. Y ello porque, como señala CUERDA-ARNAU, procesalmente hablando las “pruebas” se vinculan con el juicio oral, y, más concretamente con la actividad probatoria desarrollada durante el mismo, en la que, por supuesto, el delincuente ya se encuentra identificado y detenido. Los datos que sirven para la averiguación de la identidad del delincuente y a su detención se relacionan así, no con el proceso probatorio, sino con las diligencias de investigación previas al juicio oral¹⁶⁹⁹, por lo que entendemos que el término “pruebas” se emplea con un sentido amplio y coloquial referido, en puridad, a medios de investigación.

Comentario merece también el adjetivo “decisivas” que acompaña a “pruebas”, que, de acuerdo con el DLE, remite a “lo que decide o resuelve”, siendo así sinónimo de adjetivos como “definitivo” o “concluyente”. Considerando el ámbito en que se aplica el término, entendemos que con el mismo se viene a exigir que la información suministrada resulte clave para uno de los fines antes señalados: la identificación o la captura de otros sujetos responsables. GARCÍA DEL BLANCO alerta del peligro de la proliferación de confesiones e informaciones falsas en este ámbito, bien ante la ausencia de datos relevantes por parte del delator que quiere obtener a toda costa la rebaja penológica del art. 570 quáter.4 CP, bien por la voluntad de culpar a alguien inocente por móviles espurios, y de aprovechar también la “medida premial” ofertada. Ante la eventualidad de que sujetos se sirvan fraudulentamente de esta “medida premial”, es necesario requerir precisamente el carácter relevante de la información suministrada, así como una prueba de veracidad a este respecto, exigiéndose que la declaración del delator resulte corroborada por circunstancias externas, como, por ejemplo, archivos de audio, imagen o documentos¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁸ CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 461, viene a resumir esta disyuntiva en los siguientes términos: “la alternativa vendría a ser la siguiente: en aquellos casos es que ya existen razones para detener, colabora para que tal cosa se lleve a efecto, y, donde no las hay, ofrécelas con tu colaboración”.

¹⁶⁹⁹ CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 462 y 463.

¹⁷⁰⁰ GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 57.

Las otras finalidades posibles de la colaboración activa son “impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido” y “evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”. La primera parece aludir a una empresa más ambiciosa en tanto se refiere en general a la actuación o al desarrollo de las organizaciones o grupos criminales, mientras que la segunda, más concreta, alude sólo a evitar la comisión de uno de los delitos que se hubiesen proyectado en el seno de la agrupación: ya un “delito-fin”, ya un “delito-instrumental”. Un ejemplo de conducta con esta última finalidad pudiera ser aquélla a través de la cual el sujeto interrumpe voluntariamente el “iter criminis” de un delito-fin o un delito instrumental que se encontrase en fase de preparación o ejecución, impidiendo su consumación¹⁷⁰¹. Ello tendría que realizarse a través de una conducta activa, y no omisiva como un simple “dejar de hacer” la acción que tenía encomendada, pues, como supra dijimos la colaboración ha de ser activa para que se aplique la rebaja penológica.

En cuanto al momento temporal en que ha de producirse la conducta de colaboración en cualquiera de sus finalidades, se ha señalado que la misma ha de tener lugar antes de que se dicte la sentencia definitiva de condena en relación al sujeto colaborador¹⁷⁰². Ello responde a la lógica pues la finalidad de la “medida premial” es rebajar la pena que se establezca en la eventual sentencia condenatoria. Podría darse el caso de que la conducta de colaboración activa tenga lugar tras la publicación de la sentencia condenatoria de instancia, en dicho caso nada obsta a que, tras el oportuno recurso contra dicha sentencia aún no firme, se atenúe la pena en consideración a dicha conducta *ex art. 570 quáter.4 CP*. No obstante, una vez que la sentencia ha adquirido firmeza, siendo cosa juzgada lo en ella expuesto, entendemos improcedente su revisión para apreciar la “medida premial” en atención a una eventual conducta de colaboración perpetrada con posterioridad a dicha firmeza.

Fijado dicho límite máximo temporal, la conducta de colaboración puede realizarse en cualquier momento anterior, eso sí, entendemos que no con anterioridad al abandono de las actividades delictivas. Si bien parece que lo habitual es que la colaboración se realice tras el abandono voluntario de todo vínculo con la agrupación criminal, pudiera suceder en algún caso que el abandono y la colaboración coincidieran temporalmente, o, dicho más correctamente, que la conducta de abandono voluntario lleve implícita la colaboración¹⁷⁰³. Ello es lo que sucederá precisamente en la mayoría de ocasiones con las conductas de colaboración que se realicen con la finalidad de

¹⁷⁰¹ Así, CUERDA-ARNAU, M. L., “*Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 444.

¹⁷⁰² Así lo señala, por ejemplo, CUERDA-ARNAU, M. L., “*Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*”, *op. cit.*, pp. 422 y 423, si bien para la “medida premial” prevista en sede de terrorismo y organizaciones y grupos criminales.

¹⁷⁰³ Así, CUERDA-ARNAU, M. L., “*Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*”, *op. cit.*, pág. 440.

“evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”. Piénsese que difícilmente podrá realizarse una conducta activa para evitar la perpetración de un delito-fin o un delito-instrumental si no es desde dentro mismo de la organización o grupo criminal, esto es, antes de haber cortado todo vínculo con la agrupación delictiva. CUERDA-ARNAU¹⁷⁰⁴ pone a este respecto el ejemplo, si bien en sede de terrorismo, del sujeto, integrante de una organización, que, teniendo encomendada la labor de vigilancia de un sujeto secuestrado por la banda, lo libera, acción que implica su abandono de la organización, pues, de lo contrario, sabe cuáles podrán ser las consecuencias fatales de su actuación.

3. La persona jurídica o ente sin personalidad jurídica como sujeto activo de las conductas típicas: ¿posibilidad de su castigo?

En su momento, al analizar los elementos constitutivos de los conceptos de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, y, más concretamente, el relativo a la agrupación formada por más de dos personas, sostuvimos que estas personas habrían de ser personas físicas, excluyendo como miembros de estas agrupaciones criminales a las personas jurídicas. Y ello, entre otras cosas, porque estas personas jurídicas no pueden participar de las dinámicas de grupo que se activan en estas agrupaciones criminales, suprimiendo o debilitando los factores de inhibición de las personas integrantes. Este proceso sociológico cargado de factores psicológicos, que afecta, por tanto, al comportamiento humano, no puede explicarse en relación a personas jurídicas, desprovistas de *psique*. Por otra parte, las personas jurídicas, si colaboran con organizaciones criminales, constituirían instrumentos o medios logísticos de las mismas, pero no personales, siendo a éstos últimos a los que a nuestro juicio se hace referencia en la ley cuando se exige que la agrupación ha de estar conformada por más de dos personas.

Asimismo, en una interpretación sistemática de la norma, hay que decir que cuando el legislador quiere hacer referencia a personas jurídicas en el Código penal lo hace expresamente, de forma que las menciones a “personas” sin más siempre van referidas a personas físicas.

Aclarado este aspecto, y la imposibilidad, por ello, a nuestro juicio, de que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos de las conductas típicas propias de *intranei* -“promover”, “constituir”, “organizar”, “coordinar”, “dirigir”, “participar activamente” o “formar parte” -, quedaría por plantear aquí su concepción como sujetos activos de las conductas típicas referidas a los *extranei*: cooperar “económicamente o de cualquier modo”, en el caso del tipo de organización criminal, o financiar, en el caso del tipo de grupo criminal.

¹⁷⁰⁴ CUERDA-ARNAU, M. L., “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 440.

¿Es factible que una persona jurídica colabore, ya puntualmente, ya asiduamente, como *extraneus* con una organización o grupo criminal? Desde luego, parece que sí. QUINTERO¹⁷⁰⁵, si bien restringiéndose a las redes criminales dedicadas a la trata de personas, hace alusión a este respecto a los casos, cada vez más frecuentes, de “empresas de transportes, textiles, agropecuarias y agencias de turismo o de modelaje” que “contribuyen en las etapas de captación, transporte, traslado, acogida, recepción y demás”, poniendo el ejemplo de la empresa de transporte que, a cambio de la obtención de beneficios en dinero o en especie de la agrupación criminal en cuestión, traslada a mujeres y niñas, víctimas de trata, al lugar donde ejercerán la prostitución o la labor de que se trate objeto de comercio, sin exigirles documentación alguna, o de la agencia de viajes que, en similares circunstancias, facilita los billetes a los viajeros, víctimas de trata, a pesar de no tener éstos la documentación necesaria¹⁷⁰⁶. A cambio de una notable cuantía económica o del beneficio de una protección permanente por parte de la red criminal, empresas formalmente constituidas, dedicadas a actividades lícitas, colaboran con una organización criminal. Es cierto que estos casos son más comunes en países subdesarrollados que en países desarrollados, con regímenes democráticos estables, como España, donde la influencia y poder de las organizaciones criminales no es, desde luego, tan notable. No obstante, la posibilidad de supuestos de este tipo existe en nuestro país. Piénsese si no en una empresa de transporte marítimo de contenedores que, a cambio de cierta cantidad económica ofertada por una organización criminal, se presta a ocultar en uno de los contenedores que transporta desde Marruecos a Algeciras fardos de droga, o en la de la empresa de consultoría que asesora a los integrantes de la organización criminal de cara a obtener el mayor rédito de sus ganancias delictivas. Lo cierto es que en dichos casos lo habitual será que la conducta realizada en nombre y representación de la persona jurídica sea ya subsumible en algún tipo penal propio de las actividades-fin o actividades-instrumentales propias de la organización criminal. Así, en el primer ejemplo, la empresa de transportes estaría participando en un delito de tráfico de drogas, y en el segundo, la consultora lo haría en uno de blanqueo de capitales, siendo, por tanto, inaplicable el tipo de colaboración con organización

¹⁷⁰⁵ QUINTERO, M.E., “Persona jurídica y crimen organizado; reflexiones sobre migración ilegal y trata de personas”, en ONTIVEROS ALONSO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 581 y 582, que celebra, en este sentido, disposiciones como el art. 10 de la Convención de Palermo que instan a los Estados Parte a adoptar medidas para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por cuanto ello “encuentra sentido en el contexto criminológico actual, ya que cada vez son más frecuentes los casos de personas morales que intervienen en situaciones de explotación sexual o laboral” en contextos organizados.

¹⁷⁰⁶ QUINTERO, M.E., “Persona jurídica y crimen organizado; reflexiones sobre migración ilegal y trata de personas”, *op. cit.*, pp. 581 y 582: “a veces las mujeres y niñas víctimas de trata de personas son trasladadas por determinada empresa de transporte, la cual curiosamente no exige a dichas pasajeras documentación y boleto, violando con ello diversas disposiciones estatales [...] En otros casos, son los chóferes de la empresa quienes tienen la orden de retener los pasaportes de ciertas <<pasajeras>>, mismos que entregan luego a aquellos que acogen y reciben a las víctimas en el punto final del viaje. Similares omisiones y acciones se evidencian en ciertas agencias de viajes. Y todo ello se realiza a pedido del crimen organizado, el cual a su vez concede a la empresa beneficios en dinero o en especie (una forma de retribuir dichas <<omisiones empresariales>> es a través del servicio de <<protección>> que brinda el grupo organizado a las unidades y empleados de la empresa”.

criminal, que, como vimos, tiene carácter residual respecto al resto de tipos penales. Y, estas actividades, tanto el blanqueo como el tráfico de drogas, prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que si se dan los requisitos del art. 31 bis CP, dichas empresas responderán por dichos delitos.

Los casos, por tanto, que aquí nos ocupan serían aquéllos -más infrecuentes -en que la conducta de colaboración con la organización criminal llevada a cabo por la sociedad o empresa con personalidad jurídica no resulte subsumible en otro tipo penal aparte del de colaboración del art. 570 bis.1 CP, en cuyo caso éste resultaría aplicable. Casos de este tipo imaginables, a falta de sentencia al respecto, serían, por ejemplo, el de la empresa que ceda un espacio de su sede para ocultar a sujetos, integrantes de la organización criminal, que se encuentren en busca y captura por las autoridades por la comisión de delitos en el marco de la agrupación. Nótese, no obstante, que para poder responsabilizar criminalmente a una persona jurídica cualquiera es necesario *ex art. 31 bis CP* que la conducta delictiva en cuestión se realice, bien “en nombre o por cuenta” de la misma por “sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”, bien “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas” por los que, estando sometidos a la autoridad de los anteriores, “han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”. Las conductas no realizadas en representación o en beneficio de la persona jurídica, sino de forma aislada y autónoma por alguno de los representantes o trabajadores de la misma, no acarrearán responsabilidad alguna a la persona jurídica, sino sólo al sujeto en cuestión, de forma que, en el caso supra mencionado de ocultar a individuos de la organización criminal en algún espacio de la empresa, respondería aisladamente como autor de un delito de colaboración con organización criminal.

En el caso en que se dieran los requisitos exigidos por el art. 31 bis CP, y no existiera en el seno de la empresa un “programa de cumplimiento” para la prevención de la comisión de delitos bien instaurado, que permitiera la exoneración de la persona jurídica en el caso de haberse cometido el delito por un subordinado¹⁷⁰⁷, podría ésta responder siempre y cuando para el delito en cuestión -en este caso, el de colaboración con organización criminal - se previera la responsabilidad penal de las personas jurídicas atendiendo al sistema de *numerus clausus* establecido en el art. 31 bis.1 CP¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁷ Dispone el art. 31 bis.4 CP: “Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

¹⁷⁰⁸ Véase que el precepto refiere: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables...”.

El problema que entonces nos encontramos es que parece no haber una previsión, al menos expresa, de responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al tipo penal de organización criminal. El art. 570 quáter.1 CP dispone que “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”. No hace referencia el precepto, como suele ser habitual en las normas penales que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a cualesquiera delitos, al art. 31 bis CP, ni mención alguna a la “persona jurídica”. Por otra parte -y éste es el mayor escollo que encontramos - la mención a la “organización o grupo” como eventual destinatario de la medida de disolución, así como del resto de “consecuencias de los arts. 33.7 y 129CP”, parece referida a la “organización criminal” y al “grupo criminal”, definidos en los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, esto es, a las agrupaciones respecto a las que van referidas las conductas típicas, entre las que se encuentra la de colaboración. El legislador parece considerar así a las personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica sólo en condición de “organizaciones y grupos criminales” *ex* arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, y no como entes distintos de éstos últimos que colaboren con la organización y el grupo criminal¹⁷⁰⁹. En una interpretación, a nuestro juicio un tanto forzada, podría sostenerse que la referencia a la imposición de “cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código” es abstracta, esto es, aplicable tanto a la organización o al grupo criminal, al que van referidas las conductas típicas de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, como a otras entidades distintas implicadas de algún modo en la realización de dichos comportamientos. No obstante, parece un entendimiento, como decimos, un tanto forzoso.

Consideramos, por ello, necesario que el legislador establezca en el art. 570 quáter CP un apartado nuevo en el que se prevea expresamente la posibilidad de que otros entes distintos de la propia organización o grupo criminal, puedan verse involucrados en la actividad criminal realizada en el seno de la agrupación criminal, estableciendo para tales casos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que implicará también implícitamente la posibilidad de acordar las medidas del art. 129 CP cuando la entidad en concreto carezca de personalidad jurídica¹⁷¹⁰. Esta propuesta *de lege ferenda* viene, además, a cumplir con uno de los mandatos impuestos a los Estados miembros por las Naciones Unidas en la Convención de Palermo de 2010 contra la

¹⁷⁰⁹ Lo mismo sucede en relación al tipo de asociación ilícita, pues el art. 520 CP establece de manera análoga, ya con anterioridad, que: “Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código”. Esto es, se refiere al precepto a la asociación ilícita, como institución que conglomera todas las conductas típicas del art. 517 CP, como destinatario de las medidas previstas, obviando la posibilidad de que otros entes, externos a la asociación, realicen las conductas típicas, en cuyo caso parece no preverse consecuencia jurídica alguna.

¹⁷¹⁰ Véase que el art. 129.2 CP dispone, en relación a las consecuencias accesorias para entes sin personalidad jurídica, que: “sólo podrán aplicarse [...] cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”.

delincuencia organizada transnacional. Y es que, el art. 5 de esta norma establece la obligación de los Estados de adoptar “las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2”¹⁷¹¹, precepto este que se refiere a los “delitos relativos a la participación en una organización delictiva”.

Se plantea así el legislador supranacional algo que parece haber obviado el legislador nacional: la posibilidad de que personas jurídicas - y no sólo personas físicas – realicen como sujetos activos las conductas típicas de participar activamente en una organización delictiva.

4. Consecuencias accesorias: El decomiso

4.1. El decomiso como instrumento clave para una lucha eficaz contra la criminalidad organizada

Si bien la letra de los arts. 570 bis.1.II y 570ter.1.II CP, al definir, respectivamente, los conceptos de organización y grupo criminal no hace alusión al ánimo de lucro que guía su actuación, incluyendo en principio a agrupaciones que se dediquen a delinquir por simple ociosidad, criminológica y sociológicamente hablando la búsqueda de beneficios económicos se ha señalado como una característica esencial del fenómeno de la criminalidad organizada. Las organizaciones y grupos criminales en general se constituyen, por tanto, para lucrarse con las ganancias obtenidas de los delitos que constituyen su fin, sirviéndose en muchos casos de mecanismos fraudulentos para ocultar posteriormente tales ganancias delictivas, insertándolas en el mercado legal principalmente mediante la actividad comúnmente denominada blanqueo de capitales o lavado de activos. Es común, por tanto, en el marco de actividad de los grupos, y, principalmente, de las organizaciones criminales, la creación de sociedades mercantiles “fantasma” con las que dotar de apariencia de legalidad a las ganancias ilícitas fruto de la delincuencia, o, también, el recurso a paraísos fiscales, sin ningún control sobre el origen lícito o no de los recursos económicos, para legalizar el dinero de procedencia delictiva. Habida cuenta de ello, no debe extrañar, por tanto, que las instancias supranacionales¹⁷¹² vengán erigiendo en herramientas esenciales para combatir la

¹⁷¹¹ Art. 5.1 de la Convención de Palermo: “Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2” -véase, los “delitos relativos a la participación en una organización delictiva” -, “cuando estos delitos sean cometidos por cuenta de estas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica;
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) una autoridad para efectuar un control en el seno de dicha persona jurídica”.

¹⁷¹² También la doctrina ha venido remarcando la necesidad de recurrir a estos mecanismos para hacer frente a la criminalidad organizada. Véase, por ejemplo, GONZÁLEZ MÁS, J.L., “Instrumentos jurídicos en la lucha contra el crimen organizado”, en MAGAZ ÁLVAREZ, R. (Coord.), *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la ley*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2016, pág. 157, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.,

delincuencia organizada el delito de blanqueo de capitales y el decomiso, en tanto mecanismos que impiden a los delincuentes disfrutar de las ganancias obtenidas de la actividad delictiva realizada en el seno de las organizaciones y grupos criminales¹⁷¹³. Reflejo de ello son los arts. 6 y 12 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, en los que, respectivamente, se establece como obligación de los Estados Parte la tipificación de las conductas de blanqueo de capitales¹⁷¹⁴ y la adopción de las “medidas que sean necesarias para

“El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., y VALCÁRCE LÓPEZ, M. (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, 2001, pp. 94 y 116, GÓMEZ LANZ, J., “Medidas conectadas con la lucha contra el crimen organizado en las recientes reformas del Código penal”, *op. cit.*, pág. 176, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 137, y AGUADO CORREA, T., “Normas mínimas sobre decomiso de los instrumentos y del producto de la delincuencia organizada en la Unión Europea (Directiva 2014/42/UE) y su incorporación al Derecho español”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 552.

¹⁷¹³ Así lo señala en la doctrina DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-10, 2016, pág. 3: “el decomiso, junto al delito de blanqueo de capitales, debía erigirse en la herramienta esencial para combatir especialmente la delincuencia organizada así como, con carácter general, aquella otra que tiene como razón de ser la búsqueda de beneficios económicos. Existe la convicción de que tan importante o más que la imposición de una pena a los autores de los hechos resulta la privación de las ganancias que reporta un delito. Solo así se combate eficazmente esas figuras delictivas. Eso explica la autonomía que ha cobrado el decomiso respecto de la pena”. A nivel internacional, insta citar, a este respecto, la Comunicación de la Comisión dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso” ” (Bruselas, 20 de noviembre de 2008, COM/2008/0766 final): “Para atajar las actividades de la delincuencia organizada es esencial privar a sus autores de los productos generados por esas actividades. Las organizaciones delictivas construyen redes internacionales a gran escala y ganan enormes beneficios de sus distintas actividades ilícitas. A continuación, los productos del delito se blanquean y se reinyectan en la economía legal. La eficacia de los sistemas nacionales de lucha contra el blanqueo de capitales y la cooperación internacional en este campo son de vital importancia. Sin embargo, aun en los casos en que las organizaciones delictivas han conseguido blanquear los productos de sus actividades ilícitas, siempre es posible identificar sus bienes gracias a la inteligencia financiera y a la investigación y proceder a continuación a su embargo y recuperación”.

¹⁷¹⁴ Art. 6 Convención de Palermo de 2000: “Penalización del blanqueo del producto del delito. 1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito”. Además, en el art. 7 del mismo texto se prevén una serie de medidas complementarias para combatir el blanqueo de capitales. “Art. 7. Medidas para combatir el blanqueo de dinero. 1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

autorizar el decomiso” del producto de los delitos comprendidos en la Convención - entre los que se encuentra el de participación en un grupo delictivo organizado -y de “los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados” en la comisión de dichos delitos¹⁷¹⁵.

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los

particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

¹⁷¹⁵ Art. 12. Convención de Palermo de 2000: “Decomiso e incautación:1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste”.

Piénsese, que, de otra forma podría resultar rentable, pese a las penas ya vistas, de prisión e inhabilitación, llevar a cabo las conductas de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP y los delitos-fin de la agrupación atendiendo a las importantes ganancias económicas que pueden obtenerse con tales actividades¹⁷¹⁶. Ello es así especialmente en países subdesarrollados donde la corrupción constituye una práctica arraigada. Así, con los recursos económicos obtenidos mediante la criminalidad organizada, los acusados en estos países por delitos de participación en organizaciones criminales así como por los delitos-fin de que se trate perpetrados en el seno de la agrupación, “comprarán favores” a los agentes y funcionarios públicos, pudiendo con ello conseguir desde beneficios penitenciarios hasta en, casos extremos, sentencias absolutorias, continuando tras la absolución con la perpetración de delitos en el marco de la agrupación delictiva en cuestión.

En el presente apartado restringiremos nuestro estudio al decomiso como consecuencia jurídica, de tipo accesorio *ex* arts. 127 y ss. CP, de los delitos de organización y grupo criminal. Dejamos, por tanto, de lado el delito de blanqueo de capitales, la otra de las herramientas reputadas clave para la represión de la criminalidad organizada, por no constituir una consecuencia jurídica de los delitos que nos ocupan, sino un tipo penal autónomo, que, en el marco de la delincuencia organizada, viene a constituir normalmente un delito-instrumental a perpetrar en el marco de la organización o grupo criminal con el que, como hemos dicho, introducir en el mercado financiero legal las ganancias obtenidas de la perpetración de los delitos-fin de la agrupación en cuestión.

El decomiso consiste en privar definitivamente al delincuente de, no sólo las mentadas ganancias obtenidas de la comisión del delito, sino también de los instrumentos empleados o con intención de emplear para dicha perpetración¹⁷¹⁷. Ello se reputa también necesario como medida para dificultar que el sujeto, tras el cumplimiento de la eventual pena que se le imponga en la correspondiente sentencia, vuelva de nuevo a delinquir con dichos instrumentos. Por otra parte, en ocasiones dichos objetos son per se intrínsecamente peligrosos, por lo que se impone su incautación como medida de seguridad. Piénsese, si no, en pistolas, cuchillos o, en general, cualesquiera armas o instrumentos peligrosos. De ahí el que la multa como

¹⁷¹⁶ Así parece señalarlo AGUADO CORREA, T., “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05, 2013, pág. 7: “El decomiso impide, en efecto, que estos fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas, minar la confianza en los sistemas financieros y corromper la sociedad legítima. Al incidir en el principio de que «el delito no resulte provechoso», ejerce un efecto disuasorio que puede contribuir a reducir la influencia de modelos negativos en las comunidades locales. En algunos casos, las medidas de decomiso permiten apuntar específicamente a los responsables de las organizaciones delictivas, que solo en contadas ocasiones son investigados y procesados”.

¹⁷¹⁷ Si bien el art. 127.1 CP no es tan expresivo a este respecto, definiendo el decomiso como “pérdida de los efectos que de él provengan – entiéndase del delito- y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito”, la Directiva 2014/42/UE sí especifica que dicha pérdida es definitiva, cuando define “decomiso” en su art. 2.4 como “la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal”.

sanción pecuniaria se repute insuficiente a estos efectos, en tanto que, por un lado, no incide en los instrumentos empleados para delinquir, que siguen a disposición del sujeto multado, y, por otro, su importe será en muchos casos inferior a las cuantiosas ganancias delictivas obtenidas, sin obviar la circunstancia de su falta de intermediación, frente a la del decomiso¹⁷¹⁸, que permite la aprehensión inmediata de los efectos y ganancias, antes del dictado de la eventual sentencia condenatoria¹⁷¹⁹.

La relativamente reciente Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, subrayó la necesidad, en relación al problema de la delincuencia organizada, de que los Estados miembros doten a “las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito”, así como de que aúnen esfuerzos de cara a lograr una “cooperación internacional eficaz en materia de recuperación de activos” dado que las organizaciones y grupos criminales cada vez con más frecuencia adquieren activos en Estados miembros distintos de aquellos en los que actúan¹⁷²⁰. Además, la norma puso en evidencia en su considerando ciertas deficiencias en la regulación jurídica actual del decomiso en los Estados miembros de la Unión Europea, y en los procedimientos de ejecución del mismo, señalando, por ejemplo, que “las cantidades producto del delito recuperadas en la Unión parecen insuficientes en comparación con las estimaciones de ese producto”, y mencionando, a este respecto, la existencia de “estudios que indican que, a pesar de estar regulados en el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, los procedimientos de decomiso siguen estando infrautilizados”¹⁷²¹, que “el Programa de Estocolmo y las conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior sobre el decomiso y la recuperación de activos adoptadas en junio de 2010 destacan la importancia de una mayor eficacia en la identificación, decomiso y reutilización de los

¹⁷¹⁸En este sentido, LA CUESTA-ARZAMENDI, J.L., “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, *op. cit.*, pág. 116, señala el decomiso como mecanismo que permite “la inmediata aprehensión y congelación de los bienes y ganancias”.

¹⁷¹⁹ A este respecto, véase lo dispuesto en el art. 127 octies CP: “1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. 2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos”.

¹⁷²⁰ Véase el siguiente fragmento del Considerando de la Directiva 2014/42/UE: “(1) La motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros. Por consiguiente, es necesario dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito. Sin embargo, la prevención y la lucha eficaces contra la delincuencia organizada deben alcanzarse neutralizando el producto del delito, y ampliarse, en ciertos casos, a cualquier bien que proceda de actividades de carácter delictivo.

(2) Los grupos de delincuencia organizada no conocen fronteras y cada vez adquieren más activos en Estados miembros distintos de aquellos en los que están basados y en terceros países. Existe una necesidad cada vez mayor de cooperación internacional eficaz en materia de recuperación de activos [...]

(3) Entre los medios más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada se encuentran el establecimiento de consecuencias jurídicas graves por la comisión de tales delitos, así como la detección eficaz y el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito”.

¹⁷²¹ El texto citado se corresponde con el contenido en el apartado 4 del Considerando de la Directiva 2014/42/UE.

bienes de origen delictivo”¹⁷²², o que “los informes de la Comisión sobre la aplicación de las Decisiones Marco 2003/577/JAI, 2005/212/JAI y 2006/783/JAI indican que los regímenes vigentes en relación con el decomiso ampliado y el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso no son plenamente eficaces”¹⁷²³.

Ante el panorama descrito, la Directiva, que modifica y amplía las previas Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI en materia de decomiso de bienes, establece unas normas mínimas sobre la materia, que amplían con mucho el ámbito de aplicación del instituto del decomiso hasta entonces previsto, imponiendo a los Estados miembros su transposición a sus correspondientes legislaciones nacionales, pretendiendo con ello lograr una eficaz cooperación transfronteriza y un futuro aumento en los instrumentos, y sobre todo, cantidades producto del delito incautadas. Como consecuencia de la citada Directiva, el legislador español, “cumpliendo con los deberes” impuestos por el Parlamento europeo y el Consejo, llevó a cabo una importante reforma del Código Penal en materia de decomiso por LO 1/2015, de 30 de marzo, que afectó a los arts. 127 y ss. CP, ampliando como resultado el ámbito de aplicación de esta consecuencia accesoria. La ampliación ha sido incluso tachada en la doctrina de excesiva pues el legislador no sólo cumplió con las exigencias allí establecidas, sino que fue más allá de lo requerido por la “norma de mínimos”, extendiendo el campo aplicativo de la institución jurídica frente a lo previsto en la Directiva¹⁷²⁴. En lo siguiente, veremos sucintamente cuál es la regulación actual del instituto, fruto de la mentada reforma, incidiendo especialmente en su aplicación como consecuencia accesoria a las penas de los delitos de organización y grupo criminal.

4.2. Regulación actual del decomiso en el Código Penal español. Interpretación de los arts. 127 y ss. CP

El decomiso se regula en los arts. 127 a 129 bis, esto es, en el Título VI, rubricado “De las consecuencias accesorias”, del Libro I del Código Penal. Su naturaleza jurídica no es, por tanto, la de una pena, sino la de una consecuencia

¹⁷²² Texto entrecomillado correspondiente al apartado 6 del Considerando de la Directiva 2014/42/UE.

¹⁷²³ Transcripción del apartado 8 del Considerando de la Directiva 2014/42/UE.

¹⁷²⁴ Así, por ejemplo, VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 372: “se toma en consideración la Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. No obstante, como viene siendo habitual, se exceden las previsiones allí contenidas. Es cierto que se trata de un texto de mínimos, pero no lo es menos que la discutida naturaleza jurídica del decomiso obliga a extremar el patente riesgo —materializado en la reforma que se comenta— de una aplicación desmedida”, y AGUADO CORREA, T., “Normas mínimas sobre decomiso de los instrumentos y del producto de la delincuencia organizada en la Unión Europea (Directiva 2014/42/UE) y su incorporación al Derecho español”, *op. cit.*, pág. 577 y 578: “el legislador ha preferido seguir en la transposición de las normas mínimas del decomiso, de nuevo como hiciera en la LO 5/2010, el lema “más vale que sobre que falte”.

accesoria a la pena que se imponga por un delito doloso¹⁷²⁵, y, en ciertos casos en que la ley lo prevea, también a la pena impuesta por la comisión de un delito imprudente¹⁷²⁶. Tal designio de la ley responde a la lógica en tanto “la pérdida de los efectos” que provengan del delito y de “los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito”, en que consiste el decomiso *ex art. 127.1 CP*, no cumple en principio con los cometidos o fines que se atribuyen a la pena. No se busca con el decomiso el tratamiento específico del delincuente para que no delinca en el futuro (prevención especial), su castigo por el delito perpetrado (retribución), o desincentivarlo de cara a la comisión de las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP (prevención general). Tampoco responde su perfil a una medida de seguridad pues con la incautación de las ganancias delictivas y los efectos e instrumentos del delito no se pretende, desde luego, tratar la peligrosidad del sujeto de cara al futuro¹⁷²⁷.

El decomiso es así simplemente un instrumento utilitario con el que extraer en su caso del mercado legal las ganancias delictivas fraudulentamente insertadas en él, impedir también que las mismas puedan dedicarse a financiar otro tipo cualesquiera de actividades ilícitas, y dificultar, en el caso de la incautación de los instrumentos del delito, que los sujetos reincidan en la conducta delictiva.

4.2.1. El decomiso directo o basado en condena (art. 127 CP)

En el caso de que se condene a alguno o algunos de los sujetos acusados por el delito de organización o grupo criminal, la pena de prisión en su caso impuesta llevará consigo *ex art. 127.1 CP* como consecuencia accesoria “la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”. Tal consecuencia se impone en este caso por defecto por constituir los delitos en cuestión delitos dolosos¹⁷²⁸. Si el delito objeto de la condena fuese un delito imprudente -lo que en nuestro caso,

¹⁷²⁵ Art. 127.1 CP: “Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

¹⁷²⁶ Véase lo dispuesto en el art. 127.2 CP: “En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar”.

¹⁷²⁷ Así, señalando que el decomiso no es catalogable como de pena ni de medida de seguridad, MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 831. No obstante, señálese que en el CP de 1973 el decomiso sí se contemplaba como una pena accesoria en el CP de 1973, pasando en el CP vigente de 1995 a adquirir la condición de consecuencia accesoria a la pena.

¹⁷²⁸ Dispone el art. 127.1 CP que: “Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

aclaremos que es imposible, dada la no previsión del castigo de la imprudencia respecto a las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP -la imposición del decomiso quedaría reservada a los supuestos en que la pena privativa de libertad establecida fuese superior a un año, dejándose en todo caso al arbitrio del juez o tribunal la imposición de tal medida¹⁷²⁹.

El objeto del decomiso abarca los “efectos” que provengan del delito, y “los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado”. Empezando el análisis con estos últimos, insta señalar el empleo innecesario de los tres términos “bienes”, “medios” e “instrumentos” pues todos ellos vendrían a referirse al mismo concepto: los instrumentos empleados para la preparación o ejecución, en este caso, de los delitos de organización y grupo criminal, y, en mayor medida, de los delitos-fin y de los delitos instrumentales perpetrados o planeados en su seno¹⁷³⁰. Así lo ha indicado en el terreno jurisprudencial la SAP Castellón 182/2006, de 3 abril, al señalar que “carece de trascendencia práctica la adición de los conceptos de "bienes" y "medios" al de "instrumentos" en la citada disposición legal”, buscando la explicación a tal superposición de términos en el deseo del legislador de “evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes”¹⁷³¹. Lo cierto es que esta práctica legislativa de adicionar términos de similar o igual significado es habitual y se viene practicando precisamente en los ámbitos de la criminalidad que más alarma social generan, y respecto a los que, por tanto, mayor preocupación tiene el legislador por no dejar lagunas jurídicas o cabos sueltos, que deriven en impunidad.

Como ejemplos de “instrumentos del delito” intervenidos *ex art.* 127.1 CP encontramos, tras un examen de la jurisprudencia, el automóvil empleado para introducir ilícitamente inmigrantes en España, y perpetrar así un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis CP (SAP Málaga 18/2006, de 21 de marzo¹⁷³²), el ordenador, puertos, alimentadores, cables, y lectora-grabadora de

¹⁷²⁹ Véase el art. 127.2 CP: “En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar”.

¹⁷³⁰ SAP Málaga 18/2006, de 21 marzo, FJ Séptimo: “En orden al comiso de los bienes [...], debe recordarse que a los fines del artículo 127 del Código por efectos del delito debe entenderse todos los bienes o cosas que se encuentran mediata o inmediatamente en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, y por instrumentos, los útiles o instrumentos empleados para la ejecución del acto criminal”.

¹⁷³¹ SAP Castellón 182/2006, de 3 abril, FJ Segundo: “El art. 127.1 del Código Penal establece expresamente el comiso de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito o falta dolosos, y aunque carece de trascendencia práctica la adición de los conceptos de "bienes" y "medios" al de "instrumentos" en la citada disposición legal, la reforma de la institución, como afirma la exposición de motivos de la LO 15/2003, ha sido evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes”.

¹⁷³² “En el supuesto enjuiciado el automóvil intervenido tiene la consideración de instrumento del delito, en cuanto con él se perpetró el hecho delictivo, introducción ilícita de inmigrantes mediante el transporte

bandas magnéticas utilizados por los condenados para falsificar tarjetas de crédito (STS 450/2014, de 27 mayo¹⁷³³), el camión en el que se transportó la droga (STS 1660/2002, de 9 de octubre¹⁷³⁴), la escopeta con la que el condenado amenazó a los denunciantes (SAP Cáceres 69/2005, de 4 de mayo¹⁷³⁵), o los alicates empleados por el condenado por el delito de robo con fuerza en las cosas para acceder a la cosa objeto de sustracción (SAP Castellón 182/2006, de 3 abril¹⁷³⁶). Por otra parte, la coletilla “con que se haya preparado o ejecutado” -en referencia al delito - que acompaña en la ley a estos “bienes, medios o instrumentos” implica que los objetos susceptibles de ser decomisados son todos los empleados de cara a la ejecución del delito, ya se haya éste finalmente consumado, ya se haya quedado en grado de tentativa¹⁷³⁷, ya no se haya iniciado su

terrestre. Ciertamente el vehículo figura en los registros públicos a nombre de un tercero extraño al delito enjuiciado, pero esta circunstancia por sí sola no es suficiente para acreditar la titularidad real del bien en cuanto los Registros de automóviles tienen valor meramente administrativo para los interesados legítimos y terceros, de otro lado, el titular administrativo no denunció la sustracción del vehículo. A la vista de las circunstancias expuestas procede acordar el decomiso del vehículo. Por lo que respecto a los restantes objetos intervenidos, teniendo en consideración que la comunicación telefónica es necesaria para la actuación delictiva según la propia dinámica comisiva, y, que concurre en el hecho delictivo el ánimo de lucro, procede el decomiso del teléfono móvil, tarjetas de móviles, agenda y dinero intervenido”.

¹⁷³³STS 450/2014 de 27 mayo, FJ Primero: “En relación con el comiso, la sentencia indica en su fallo, que se decreta el de los efectos intervenidos en relación con los delitos objeto de condena. Por su parte, el segundo apartado de los hechos probados de la sentencia, se describen con número de modelo y serie, los instrumentos de clonación que le fueron intervenidos en su vehículo en el momento de ser detenido (ordenador, puertos, alimentadores, cables, y lectora-grabadora de bandas magnéticas), que son expresamente calificados como “útiles”. Asimismo se da cuenta de otros objetos que, sin embargo, no pudieron ser finalmente objeto de decomiso: “También se alude a la existencia de dos vehículos intervenidos, en el ordinal tercero de los hechos probados, pero no se indican circunstancias ni relación con el delito y además de que se indica que obran a nombre de terceros, que no consta hayan sido oídos en el proceso, por lo que obviamente, no pueden ser objeto de comiso; y así no integran luego el listado del apartado séptimo, donde se compilan los objetos intervenidos”.

¹⁷³⁴FJ Sexto: “Un somero examen de la sentencia permite comprobar que en la misma se acuerda el comiso del camión por tratarse de un instrumento utilizado para la comisión del delito, lo que tiene su apoyo en el artículo 127 de forma genérica y en el artículo 374 de forma específica en relación con los delitos contra la salud pública”.

¹⁷³⁵FJ Segundo: “De acuerdo a las circunstancias del caso y al relato fáctico de la sentencia cuestionada, opinamos que ha de acordarse el decomiso de la escopeta que Cornelio utilizó para amenazar a los denunciantes; decomiso que está en relación directa con el ilícito cometido, además de ser un peligro en potencia por cómo se desarrollaron los hechos. En otra línea argumental es la normativa tajante al hablar de falta dolosa y de su imperatividad, “llevará consigo la pérdida de los instrumentos con que se haya ejecutado”. Nos encontramos con un enunciado normativo aplicable al caso al ser el arma el instrumento con el que la amenaza se materializó y concretó, sin contar su fuerza intimidativa *per se*, con independencia de su vetustez y de que esté legalizada. Un arma es algo peligroso, algo que se ha de utilizar para fines específicos y siempre ajenos a las personas. Cuando a alguien se le autoriza a tener un arma se presume que sabrá hacer de ella un uso adecuado, entendiendo por tal el que no dañe nunca en ningún sentido a las demás personas. De ahí que cuando un arma se emplea desviada o inadecuadamente, haya de ser intervenida, cosa que acordamos en este caso, dándosela el destino legalmente previsto (artículo 127.4 del Código Penal)”.

¹⁷³⁶FJ Segundo: “es evidente que el recurso debe prosperar, pues a tenor del relato fáctico de la sentencia de instancia el acusado utilizó para la comisión del hecho delictivo unos alicates de los empleados en la recogida de naranjas, habiendo interesado el Ministerio fiscal el comiso de los alicates que le fueron intervenidos al acusado en el momento de su detención, por lo que es de aplicación lo establecido en el referido art. 127 CP y consiguientemente procede la estimación del recurso”.

¹⁷³⁷ Señala que el decomiso ha de abarcar a los instrumentos empleados para la perpetración del delito, aunque éste haya quedado en grado de tentativa, la SAP Castellón 182/2006, de 3 abril: “...si bien la reforma plantea la necesidad de pronunciarse acerca del sentido lógico-natural o técnico-jurídico con el

ejecución, tratándose sólo de actos preparatorios. El grado de ejecución del delito es, pues, irrelevante a la hora de acordar el decomiso de los instrumentos dedicados a ello, lo que a nuestro juicio es acertado.

Junto a los instrumentos empleados para la preparación o ejecución del delito, el decomiso se extiende *ex art.* 127.1 CP a “los efectos” y “ganancias provenientes del delito”. La jurisprudencia ha señalado que por “efecto del delito” ha de entenderse “todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.)”. La duda que surge entonces, a este respecto, es cuál es la diferencia entre este concepto y el anterior de “ganancias provenientes del delito” en tanto que las ganancias del delito parecen acomodarse también en dicha definición, sobre todo en lo que al dinero respecta¹⁷³⁸. A estos efectos, y siguiendo la definición jurisprudencial de “efectos del delito” parece haber un solapamiento entre ambos términos, fruto de esa voluntad del legislador de abarcar “cuánto más mejor”, ante el miedo a dejar resquicios libres de la intervención penal en esta materia. No obstante, la alusión expresa a las ganancias del delito en la ley es reveladora por cuanto se especifica a continuación que el término abarca también a “las transformaciones que hayan podido experimentar” dichas ganancias. Esto es, si con el importe obtenido, por ejemplo, de la venta de drogas se adquieren unos vehículos de alta gama, el decomiso se extenderá a dichos vehículos en tanto “ganancias provenientes del delito”, si bien transformadas¹⁷³⁹. Se pretende así por el legislador privar al delincuente de todo tipo de provecho económico obtenido directa o indirectamente de la perpetración de delitos¹⁷⁴⁰.

En el caso en que los bienes, efectos o ganancias del delito se encontrasen al momento de acordarse su decomiso en propiedad de terceros no intervinientes en el delito, el art. 127 quáter CP posibilita a los jueces y tribunales su incautación o la incautación de un valor equivalente a los mismos si se acredita que esos terceros los hubiesen adquirido con conocimiento o sospecha de su procedencia ilícita, lo que habrá de valorarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso. Se establece, no obstante, por el legislador una presunción *iuris tantum* de dicha procedencia ilícita en el

que el legislador ha empleado en el art. 127.1 el concepto de preparación, es lo cierto que los dos primeros apartados del citado art. 127 CP anudan el comiso a la pena y por lo tanto estas referencias a la pena obligan a considerar que el art. 127 emplea el concepto de preparación en sentido técnico-jurídico, abarcando las modalidades imperfectas de ejecución punibles, es decir, la tentativa en todo caso”.

¹⁷³⁸ Así, STS 483/2007 de 4 junio, FJ Vigésimo-Segundo, o la SAP Málaga 18/2006 de 21 marzo, FJ Séptimo.

¹⁷³⁹ Como ejemplo extraído de la jurisprudencia sobre decomiso de ganancias del delito transformadas puede citarse la STS 867/2002 de 29 julio, en la que se confirma el comiso de una finca adquirida con el producto del delito acordado por el tribunal de instancia.

¹⁷⁴⁰ Así lo señala la STS 483/2007 de 4 junio, FJ Vigésimo-Segundo: “...tanto el art. 127 como el art. 374, incluyen dentro del objeto del comiso las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito”.

caso en que “los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado”¹⁷⁴¹.

A efectos procesales, el art. 803 ter.a LECrim. determina que en todos los supuestos en que terceras personas no intervinientes en el delito puedan verse afectadas por el decomiso acordado, ya porque los bienes objeto del decomiso pertenezcan a ellos, ya porque ostenten algún tipo de derecho sobre los mismos, el juez o tribunal deberá acordar, de oficio o a instancia de parte, su intervención en el proceso penal¹⁷⁴². Por otro lado, si no pudiera llevarse a cabo el decomiso por la naturaleza de los bienes señalados o si el valor de éstos fuese inferior al que tenían al momento de su adquisición, el legislador habilita a los jueces a acordar el decomiso de “otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos”¹⁷⁴³.

¹⁷⁴¹Art. 127 quáter CP: “1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado”.

¹⁷⁴²Art. 803 ter.a LECrim.: “Resolución judicial de llamada al proceso. 1. El juez o tribunal acordará, de oficio o a instancia de parte, la intervención en el proceso penal de aquellas personas que puedan resultar afectadas por el decomiso cuando consten hechos de los que pueda derivarse razonablemente:

a) que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado, o

b) que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo.

2. Se podrá prescindir de la intervención de los terceros afectados en el procedimiento cuando:

a) no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, o

b) existan hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta, o que los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él.

3. Contra la resolución por la que el juez declare improcedente la intervención del tercero en el procedimiento podrá interponerse recurso de apelación.

4. Si el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso, no se acordará su intervención en el procedimiento o se pondrá fin a la que ya hubiera sido acordada.

5. En el caso de que se acordare recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá del contenido del artículo 416”.

¹⁷⁴³ Art. 127.3 CP: “Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”. Nótese la similitud de este precepto con el art. 127 septies CP (“Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros

Examinando la jurisprudencia atinente a los delitos de organización y grupo criminal, encontramos muchos ejemplos de ordenación judicial del decomiso de los efectos, bienes, instrumentos o ganancias del delito *ex art. 127.1 CP*. No obstante, en puridad el decomiso se establece en la mayoría de casos como consecuencia accesoria de los delitos-fin o delitos instrumentales a los que se condena a los acusados junto con el de participación en organización y grupo criminal, y no como consecuencia de éstos últimos delitos. Así, en la SAP Las Palmas 138/2017, de 17 de mayo, en que se condena a los acusados como autores de un delito de pertenencia a grupo criminal en concurso con un delito de tráfico de drogas, se establece como consecuencia accesoria a la pena establecida por esta última infracción el comiso de las balanzas, batidora y recortes, en tanto instrumentos destinados al tráfico de drogas, y del dinero obtenido con dicha actividad, como “ganancia delictiva”¹⁷⁴⁴. Otro ejemplo lo encontramos en la STS 920/2016, de 12 de diciembre, que, en relación a las condenas por los delitos de promoción y constitución de una organización criminal y contra la propiedad intelectual de varios sujetos que estructurados se dedicaban de forma estable a subir a una página web diversos contenidos sin la autorización de sus creadores, confirma el comiso de los efectos informáticos empleados para perpetrar el delito contra la propiedad intelectual, así como de las ganancias obtenidas de dicha actividad, estableciendo para esto último la ejecución de cualesquiera bienes de los condenados, en cualidad de “ganancias transformadas”.

En casos de grupos criminales dedicados al tráfico de drogas, las sentencias condenatorias (así, por ejemplo, SSTS 277/2016, de 6 de abril, 714/2016, de 26 de septiembre, y 495/2015, de 29 de junio) vienen decretando el comiso de las sustancias estupefacientes en su caso halladas, así como del dinero y demás efectos e instrumentos intervenidos, como vehículos empleados para el transporte de la droga. En la última de las sentencias citadas como ejemplo se deja, sin embargo, fuera de los objetos decomisados un vehículo Audi S-8 que fue empleado por uno de los acusados para desplazarse el mismo día en que fue detenido, y ello porque se acredita que su titularidad corresponde a un tercero de buena fe no responsable del delito de tráfico de drogas, ni del grupo criminal, no pudiendo por tanto aplicarse el art. 127 quáter CP¹⁷⁴⁵.

bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado. De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”). Tanto es así que algún autor ha tachado a este último precepto de innecesario. Así, BRETONES ALCARAZ, F.J., “El decomiso del art. 374 CP, LO 1/2015, 30 de marzo”, *Noticias Jurídicas*, 2015, noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10416-el-decomiso-del-art-374-cp-lo-1-2015-30-de-marzo/.

¹⁷⁴⁴ SAP Las Palmas 138/2017, de 17 mayo, FJ Vigésimo-cuarto: “Se ordena el comiso de las sustancias intervenidas a los acusados, así como el dinero que se les aprehendiera al guardar proporción con los delitos que se les atribuye y a una generalizada actividad de dedicación al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, así como de los útiles y demás instrumentos destinados a la preparación -balanzas, batidora, recortes-, a los que se dará su destino legal”.

¹⁷⁴⁵ STS 495/2015 de 29 junio, FJ Cuadragésimo-tercero: “El relato de hechos probados de la sentencia impugnada señaló que a Gerardo Iván le fueron intervenidos "dos móviles con los n° NUM035 y

4.2.2. El decomiso sin sentencia condenatoria o “decomiso autónomo”¹⁷⁴⁶ del art. 127ter CP

Pudiera darse el caso en que un sujeto que es imputado o formalmente acusado por la comisión de un delito de organización o grupo criminal, o, en su caso, por un delito perpetrado en su seno, y respecto al que se acredita en el proceso su situación patrimonial ilícita, no llegue a ser finalmente condenado, imposibilitándose así acordarse el decomiso directo de sus bienes *ex art.* 127 CP. Si el decomiso se concibe como una consecuencia accesoria de la pena impuesta por un delito, no habiendo sentencia condenatoria, y, por ende, pena, no podría en principio acordarse la privación de los bienes de que se trate del no condenado, pese a haberse acreditado en el procedimiento su origen delictivo. Consciente de tal imposibilidad, el legislador incluyó una modalidad especial de decomiso, no dependiente de la imposición de una pena, creando así un decomiso de carácter autónomo respecto a la pena, precisamente para este tipo de supuestos; hoy contemplada en el art. 127 ter CP¹⁷⁴⁷. Concretamente, las circunstancias que han de darse de acuerdo con la ley para aplicar autónomamente el

NUM036, y un vehículo Audi S-8 con matrícula HYS de su propiedad". [...] ...se deduce que el Tribunal sentenciador consideró que el vehículo Audi S-8 citado era propiedad del recurrente y estaba vinculado a la actividad ilícita por la que aquel viene condenado. Está claro que lo utilizó para desplazarse el día que fue detenido, sin embargo, como destaca el recurso, [...] consta un informe policial en el que se recoge que la titularidad del vehículo no corresponde al acusado, sino a Gerardo Iván . Sobre esa base, la afirmación de la sentencia que atribuye la propiedad al acusado, huérfana de cualquier argumentación respecto a las pruebas que ha tomado en consideración a tal fin, carece del necesario sustento. De manera que impide a las partes rebatirla y a este Tribunal de casación tomar conocimiento de ellas y ejercer el correspondiente control. En la medida en que los bienes pertenecientes a un tercero de buena fe no responsable del delito que los hubiera adquirido legalmente quedan excluidos del comiso, el déficit argumentativo denunciado adquiere relevancia suficiente para estimar el recurso y dejar sin efecto la medida que, aparentemente, pudiera afectar a un tercero de buena fe que no ha tenido intervención en el proceso”.

¹⁷⁴⁶ El término “decomiso autónomo” empleado por algunos autores para hacer referencia a esta modalidad de decomiso parece proceder de la denominación que en el ámbito procesal se da al procedimiento característico de este tipo de situaciones en las que falta sentencia condenatoria del sujeto cuyos bienes son objeto de decomiso a causa de su previo fallecimiento o de su rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio. Véase el art. 803 ter.e CP, especialmente en su apartado 2b: “1. Podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo regulado en el presente Título la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el artículo 803 ter p. 2. En particular, será aplicable este procedimiento en los siguientes casos:

- a) Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación.
- b) Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio”.

¹⁷⁴⁷ Véase que estos supuestos se contemplan, si bien con ciertas diferencias, en la Directiva 2014/42/UE, que insta precisamente a los Estados miembros a adoptar medidas necesarias para hacer posible en los mismos el decomiso: “Art. 4.2: En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio”.

decomiso en estos supuestos son alguna de las cinco siguientes: 1) que el sujeto fallezca antes del dictado de la sentencia condenatoria, 2) que sea víctima de una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y se dé el riesgo de que los hechos prescriban, 3) que “se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable”, o 4) que no se le haya impuesto pena por encontrarse exento de responsabilidad criminal o 5) por haberse esta responsabilidad extinguido¹⁷⁴⁸.

El legislador cita algunas de las causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 130 CP como origen concreto de la posible ausencia de una sentencia condenatoria, como son la muerte del acusado (art. 130.1.1º CP) antes del dictado de la sentencia, o la prescripción del delito (art. 130.1.6º CP). DEL CERRO ESTEBAN¹⁷⁴⁹ llama aquí la atención sobre otros supuestos imaginables en que la ausencia de la citada sentencia condenatoria tiene también su origen en causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 130.1 CP que, sin embargo, no son citadas en el art. 127ter CP, como el del perdón del ofendido en los delitos leves perseguibles a instancia de parte. No obstante, lo cierto es que en lo que a nuestro tema respecta, tales delitos raramente se cometen en el seno de una organización o grupo criminal.

Otro supuesto no contemplado expresamente en el precepto es el de la disolución de la persona jurídica. Si el acusado en la causa penal es una persona jurídica, junto, en su caso, a su representante legal, y se produce su disolución, por la pérdida de su personalidad jurídica, antes de que se dicte la sentencia condenatoria, ¿podría el juez o tribunal acordar *ex art. 127ter CP* el decomiso de las ganancias, bienes o efectos cuyo origen se hubiese acreditado delictivo en el procedimiento? Lo cierto es que hay una laguna legal al respecto, que, a nuestro juicio, tendría que resolverse aplicando analógicamente el art. 127ter.1.a CP a tales supuestos, entendiendo que la disolución de la persona jurídica es un supuesto análogo al del fallecimiento de la persona física acusada, contemplado expresamente en el precepto. En el caso en que la disolución fuese un mero artilugio, no habría siquiera que acudir a esta disposición ya que sí habría responsabilidad penal, y sentencia condenatoria a la persona jurídica, pues,

¹⁷⁴⁸Art. 127 ter CP: “1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
- b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
- c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

¹⁷⁴⁹ DEL CERRO ESTEBAN, J.A., Ponencia “La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)”, 11 de mayo de 2016,

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20del%20Cerro%20Esteban%20Jos%C3%A9%20A.pdf?idFile=7ef71072-1d5b-4eb6-83ef-5f7cb736162a (fecha última consulta: diciembre 2018).

de acuerdo con el art. 130.2.II CP, “no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica”. Aclara el mismo precepto que habrá en todo caso “disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica” “cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

4.2.3. El decomiso ampliado (art. 127 bis CP)

En el caso en que se haya condenado a un sujeto por alguno de los delitos específicos relacionados en el mismo art. 127 bis CP, y, en su caso se haya acordado el decomiso de los efectos, bienes o ganancias procedentes de dichas infracciones, la ley dispone que los jueces y tribunales ordenarán el decomiso de otros bienes o efectos de titularidad del condenado, cuando se sospeche, por la concurrencia de una serie de indicios, que provienen de una actividad delictiva diversa a la anterior objeto de condena¹⁷⁵⁰. Así, como señala DÍAZ CABIALE¹⁷⁵¹, la particularidad de esta modalidad de decomiso no radica en que se declare el decomiso de bienes procedentes de un delito por el que se ha absuelto al sujeto, pues para ello ya existe la figura del “decomiso autónomo”, ya vista, sino en que se decomisan bienes que parecen provenir de delitos que no han sido objeto de proceso alguno, esto es, cuya preparación o ejecución no se ha probado¹⁷⁵².

El legislador, en su afán represivo e intervencionista en esta materia, erige una figura de difícil, sino imposible, compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia posibilitando el decomiso de bienes que parecen provenir de un delito no probado. La vulneración al citado derecho, como se ve, es doble: primero, en tanto el delito que debería *ex art. 127 CP* posibilitar el decomiso de los bienes no ha sido

¹⁷⁵⁰ Así lo explica por el legislador en el apartado VIII de la exposición de motivos de LO 1/2015, consciente, seguramente de la duda que genera a este respecto la sola lectura del art. 127bis CP: “...los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. Por esa razón, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquéllas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el decomiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen”. Hubiera sido deseable que el legislador hubiera sido más claro en el propio art. 127bis CP, de forma que no fuera necesario acudir a la exposición de motivos de la LO 1/2015 para interpretar el sentido y significado de la norma.

¹⁷⁵¹ DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal de 2015”, *op. cit.*, pág. 36.

¹⁷⁵² Si las actividades delictivas vinculadas con los bienes o efectos a decomisar hubieran prescrito o si hubieran sido objeto de un proceso finalizado con sentencia absolutoria, no podrá aplicarse el decomiso del art. 127 bis CP, que queda, como decimos, reservado al decomiso de bienes, objetos y ganancias presuntamente vinculadas a un supuesto delito que no ha sido objeto de enjuiciamiento. Véase el apartado 5 del art. 127 bis CP: “El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

probado; segundo, en cuanto se construye una presunción iuris tantum del origen ilícito de los “bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada”¹⁷⁵³, invirtiendo la carga probatoria, debiendo ser el acusado el que pruebe el origen lícito de los bienes. Dos son los requisitos, ya mentados, para la aplicación de este particular y “conflictivo” decomiso: (1) que la condena lo haya sido por uno de los delitos recogidos en el precepto, y (2) que existan indicios objetivos fundados -que no pruebas – de que “los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva” cualquiera, distinta de aquella por la que se condena al sujeto, que no ha sido objeto de enjuiciamiento¹⁷⁵⁴.

En lo que hace al primero de los requisitos, la condena por alguno de los delitos mencionados en el mismo art. 127 bis.1 CP, insta decir que, a raíz de la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, la lista tasada de infracciones cuya condena permite aplicar este “decomiso ampliado” se ha ampliado notablemente. Así, si antes de la reforma, los delitos que habilitaban a realizar esta “presunción iuris tantum” eran las “actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo”¹⁷⁵⁵, ahora, junto a estas actividades, se ha

¹⁷⁵³ Art. 127 bis.1 CP: “El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

- a) Delitos de trata de seres humanos.
- b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.
- c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.
- d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
- e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.
- f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
- g) Delitos de corrupción en los negocios.
- h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.
- i) Delitos de blanqueo de capitales.
- j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.
- k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
- l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
- m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
- n) Delitos de falsificación de moneda.
- o) Delitos de cohecho.
- p) Delitos de malversación.
- q) Delitos de terrorismo.
- r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

¹⁷⁵⁴ Así lo indican, al interpretar el art. 127bis.1 CP, la Circular FGE 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 42: “no será necesaria la prueba de la vinculación concreta de los bienes cuyo comiso se decreta con el hecho ilícito determinado que la sentencia declara probado, pero sí será necesario probar que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización o grupo criminal y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada”, y autores como GÓMEZ LANZ, J., “Medidas conectadas con la lucha contra el crimen organizado en las recientes reformas del Código penal”, *op. cit.*, pág. 176.

¹⁷⁵⁵ Véase la regulación del “decomiso ampliado” anterior a la reforma, ubicada entonces en el art. 127.1.II CP: “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

incluido una extensa lista de delitos, que incluye a todas aquellas infracciones de las que puede derivarse algún tipo de beneficio económico (cohecho, malversación, blanqueo de capitales, insolvencias punibles, delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia, etc.)¹⁷⁵⁶. No obstante, en lo que aquí concretamente respecta la reforma es irrelevante pues los delitos-fin y delitos-instrumentales ya estaban incluidos, como vimos, antes de la reforma del 2015 como infracciones de las que poder derivar, en caso de condena, el decomiso de los objetos e instrumentos cuando existan indicios -que no pruebas -de su relación con el delito.

En lo que hace a los indicios que han también de concurrir para la aplicación del decomiso ampliado, también su número se ha ampliado con la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. Así, si antes se aludía como único indicio a la existencia de una desproporción entre el patrimonio del sujeto condenado por el delito y los ingresos obtenidos legalmente por su actividad lícita¹⁷⁵⁷, ahora se contempla un catálogo abierto de circunstancias de las que poder inferir la procedencia delictiva de los bienes y efectos de titularidad del condenado¹⁷⁵⁸, en el que se citan como posibles factores indiciarios, además de “la desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada”, ya antes contemplada, “la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin

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”.

¹⁷⁵⁶ Se muestran críticas con la ampliación del ámbito de aplicación del decomiso efectuado por LO 1/2015, de 30 de marzo, VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, *op. cit.*, pp. 376 y 377 (“lo que nació con el objetivo político criminal de hacer frente a las manifestaciones más graves de la delincuencia y, en consecuencia, con una clara vocación de excepcionalidad, ha acabado siendo una medida generalizada que va a afectar a cualquier delito susceptible de ocasionar algún beneficio económico, pese a las objeciones que plantea”), y AGUADO CORREA, T., “Normas mínimas sobre decomiso de los instrumentos y del producto de la delincuencia organizada en la Unión Europea (Directiva 2014/42/UE) y su incorporación al Derecho español”, *op. cit.*, pp. 578 y 579, que señala que el legislador nacional va mucho más allá de lo impuesto por la Directiva 2014/42/UE, que precisamente se erige en razón de ser de la reforma en materia de decomiso. Y es que, mientras que el art. 5 de la citada Directiva prevé la aplicación del decomiso sólo respecto a nueve de los “euro-delitos”, e imponiendo en todo caso un límite temporal, el art. 127 bis CP, fruto de la reforma, extiende su aplicación a 18 actividades delictivas. A lo que se suma la circunstancia señalada por la autora de que, en puridad, “la enumeración [...] no se puede considerar como un *numerus clausus*, puesto que la previsión del decomiso ampliado en los casos de delitos cometidos no sólo en el seno de una organización criminal sino también de un grupo criminal, permite la aplicación de este precepto a cualquier actividad delictiva prevista en el Código penal que haya sido cometida en el seno de estas organizaciones o grupos criminales”.

¹⁷⁵⁷ Nótese que el art. 127.1.II CP anterior, en que se recogía la figura del decomiso ampliado, hacía referencia al patrimonio objeto de dicho decomiso como “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”.

¹⁷⁵⁸ Se infiere que la enumeración de factores indiciarios constituye un “*numerus apertus*” del propio texto inicial del art. 127 bis.2 CP, que reza: “A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios”.

personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes”, y “la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida”. Otros factores no incluidos expresamente en esa lista de indicios, pero que podrían ser considerados por los tribunales de cara a estimar la procedencia sospechosa de los recursos del condenado, son el lugar donde se guarda el dinero o los bienes en cuestión, la existencia o no de otros ingresos, aparte de los laborales del condenado, como ingresos familiares o fruto de una herencia, o la propia actitud del condenado en relación a esos bienes. Así, si los bienes en cuestión se encuentran ocultos o guardados de un modo inhabitual, si sobrepasan en cuantía los ingresos laborales del sujeto, no teniendo éste otros recursos adicionales, y debiendo de acometer el gasto de cargas familiares, o si el sujeto mantiene una actitud sospechosa al respecto, dando explicaciones del todo inverosímiles sobre el origen de dichos bienes, parece que los tribunales podrían, si concurre la condena por uno de los delitos supra referidos, acordar el decomiso ampliado de tales bienes¹⁷⁵⁹.

Podemos concluir, por tanto, que si un sujeto resulta condenado por un delito-fin o un delito-instrumental en el marco de una organización o grupo criminal, esto es, por un “delito cometido en el seno de una organización o grupo criminal” *ex art. 127 bis.1.r CP*, el juez o tribunal podrá ordenar el decomiso de bienes de su titularidad, cuando, pese a no haber una prueba directa de su empleo en o su obtención por un delito cualquiera distinto de aquél por el que se le condena, y que no ha sido enjuiciado, se infiera, atendidas las circunstancias, su origen delictivo, teniendo a este respecto un peso clave los factores indiciarios mencionados supra¹⁷⁶⁰. Ello, claro está, siempre que

¹⁷⁵⁹ Tales factores son tenidos en cuenta por la STS 492/2002, de 13 de marzo, si bien para acordar el decomiso, no ampliado, sino ordinario de la cantidad de 5.500.000 ptas. que el acusado guardaba oculta. En este caso no se requiere acudir al decomiso ampliado, porque con tales indicios se entiende ya probada la conexión entre el delito doloso objeto de condena (tráfico de drogas) y la cantidad incautada. Concretamente la inferencia del tribunal se recoge en su argumentación contenida en el FJ Segundo: “2. Sobre la base de las precedentes consideraciones, en el caso de autos, tropezamos con lo siguiente: a) Referencias en el «factum»: –En el relato de hechos probados se describe la ocupación de importantes cantidades de dinero, que no suelen guardarse de ese modo. –La disponibilidad que el recurrente tenía sobre el hachís (por valor de 10.900.000 ptas. –65.510,32 euros-), como se desprende de las llaves que le fueron ocupadas, que abrían el local y maleta donde se hallaba escondido, y las idas y venidas a tal sitio, confirmadas por los agentes que depusieron en juicio, resultado de las vigilancias que montaron. –Igual disponibilidad tenía sobre la cocaína intervenida, por valor próximo a las 500.000 ptas.(3.005,06 euros). Con tales precedentes es llano entender que los rendimientos por traficar con tales sustancias serían más espectaculares y enjundiosos que el simple jornal de un trabajador por cuenta ajena, para justificar las cantidades dinerarias descubiertas. b) Referencias en el fundamento jurídico cuarto, apartado d): –Ocupación de sumas cuantiosas de dinero , reiterando lo ya dicho. –Forma primitiva en que se hallan escondidas. –Excesivas a su condición de obrero metalúrgico. –Las excusas que ha dado, muy loables dentro de la dialéctica defensiva (juego, enfermedad y operación de un hermano sin tener señalada hora y clínica concreta, consumidor esporádico de droga, etc.), no son verosímiles. Con todas esas circunstancias valoradas en conjunto, entendemos queda más que justificada y razonada la medida de comiso adoptada por el Tribunal sentenciador. El motivo debe fenecer”.

¹⁷⁶⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, C., y LARRIBA HINOJAR, B., “Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España”, *Revista Penal México*, nº 8, 2015, pág. 223: “basta una condena por un delito vinculado al crimen organizado para decomisar todos los bienes que no guarden proporción

el condenado no presente -pues la carga probatoria ahora recae en él -pruebas de descargo que confirmen su obtención lícita, en cuyo caso no podrá acordarse el decomiso¹⁷⁶¹. Como sucediera con el decomiso directo, también aquí se establece que en caso de imposibilidad de llevarse a cabo el decomiso de los bienes señalados, o de pérdida de valor de los mismos respecto al que tenían al momento de su adquisición, se acordará el decomiso de otros bienes “por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos”¹⁷⁶².

En fin, en previsión de todo ello, la Circular FGE 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por LO 5/2010, en relación a las organizaciones y grupos criminales, establece ciertas obligaciones a los “Sres. Fiscales” y garantizar así el buen fin de la ejecución de esta medida. Así, determina, en primer lugar, que en “los procedimientos relativos a delincuencia organizada, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo terrorista y delitos de terrorismo” los mismos deberán solicitar ya durante la fase de instrucción “que los correspondientes organismos oficiales y la policía judicial emitan informe sobre la totalidad del patrimonio de los imputados, así como que se practiquen las valoraciones periciales correspondientes en los supuestos en que se deduzcan indicios de desproporción en relación con los ingresos legales de aquellos”, aclarando que dichas funciones podrán ser encargadas a las Oficinas de Recuperación de Activos contempladas en el art. 367 septies LECrim. En segundo lugar, se recuerda en la Circular a los “Sres. Fiscales” que en las peticiones de decomiso ampliado que formulen en sus escritos de calificación, “identifiquen los bienes a decomisar, la titularidad de los mismos y las circunstancias por las que en su caso ésta se entiende ficticia”¹⁷⁶³.

4.2.4. Decomiso por reiteración delictiva (arts. 127 quinquies y 127 sexies CP)

con los ingresos de procedencia lícita. En consecuencia, estamos ante una medida que se ancla en la convicción de que el principal fin de la delincuencia organizada es la obtención de rendimientos económicos y que, por tanto, la neutralización del producto de sus actividades constituirá una razón fundamental para el abandono de las mismas”.

¹⁷⁶¹ Así lo señala VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, *op. cit.*, pág. 378: “una vez demostrada la culpabilidad del sujeto por alguno de los delitos que se relacionan y, constatada la existencia de indicios acerca del origen ilícito de los bienes, corresponde al acusado presentar pruebas de descargo que confirmen la licitud de su obtención o, cuanto menos, que permitan dudar de tal procedencia; sin que ello afecte, en opinión del Tribunal Constitucional [SSTC 219 y 220 de 3 de julio de 2006 [...]] al derecho a la presunción de inocencia validando, de este modo, el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998 en relación con el decomiso en los delitos de tráfico de drogas”.

¹⁷⁶² Véase que el apartado 3 del art. 127 bis CP refiere que: “En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior”. El art. 127.3 CP establece, por su parte, que: “Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”.

¹⁷⁶³ Circular FGE 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por LO 5/2010, en relación a las organizaciones y grupos criminales, pp. 42 y 43.

El denominado “decomiso por reiteración delictiva” de los arts. 127 quinquies y 127 sexies CP podría considerarse como una modalidad específica del decomiso ampliado¹⁷⁶⁴, pues también aquí se establece una presunción *iuris tantum* de la procedencia delictiva de los bienes, efectos y ganancias del condenado por alguno de los delitos mencionados en el art. 127 bis.1 CP, entre los que figuraban, como vimos, los “delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”.

Al igual que sucedía con el decomiso ampliado, los bienes, efectos o ganancias objeto aquí del decomiso no tienen relación con el delito por el que se condena al sujeto, sino que, parecen tenerla, de acuerdo con la concurrencia de una serie de indicios, con “una actividad delictiva previa” llevada a cabo por el sujeto de forma continuada en el tiempo, y en cuyo contexto se comete el delito ahora objeto de condena. Sin embargo, a diferencia del decomiso ampliado, en el que el delito del que se infiere que proceden los bienes y ganancias no ha sido probado, deduciéndose su existencia, en el decomiso por reiteración delictiva sí se exige una prueba de la reiteración delictiva, de la que se presume provienen los bienes a decomisar¹⁷⁶⁵. Así, el apartado 2 del art. 127 quinquies CP dispone que “se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que: a) El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto. b) [...] en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico”. Concretamente, la presunción *iuris tantum* que se establece en el art. 127 quinquies es la de que la totalidad del patrimonio adquirido -que se presume asimismo libre de cargas - y de los gastos realizados durante los seis años anteriores a la fecha de apertura del proceso penal por la comisión de alguno de los delitos del art. 127 bis.1 CP -que acaba en sentencia condenatoria- tienen su origen en una actividad delictiva realizada previamente por el sujeto condenado¹⁷⁶⁶. Los requisitos exigidos por la ley para hacer

¹⁷⁶⁴ Así lo señala DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal de 2015”, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

¹⁷⁶⁵ Así, DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal de 2015”, *op. cit.*, pág. 52: “a diferencia del decomiso ampliado, su presupuesto principal resulta objetivo: la reiteración delictiva exige unas condenas con prueba plena, lo que resulta conforme con la presunción de inocencia. Sin embargo, evidentemente, se lesiona este derecho fundamental cuando se estipula la presunción legal de que el patrimonio y los gastos resultan de la actividad delictiva y que, consiguientemente, habrá de demostrarse su origen lícito para evitar el decomiso”.

¹⁷⁶⁶ Art. 127 sexies CP: “A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones: 1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden

efectiva esta presunción son, (1) aparte de la condena del sujeto por alguna de las infracciones del art. 127 bis.1 CP, (2) la existencia de esa “actividad delictiva previa continuada” a que hacíamos referencia, en la que se inserta el delito objeto de condena¹⁷⁶⁷, que haya generado beneficios económicos; (3) la presencia de “indicios fundados” de que una parte relevante del patrimonio del sujeto procede de dicha actividad delictiva previa; y, (4) que el beneficio de dicha actividad delictiva se revele, también de acuerdo con “indicios fundados”, superior en cuantía a los 6000 euros¹⁷⁶⁸.

En lo que respecta a los “indicios fundados” de los que deducir que “una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa”, el legislador menciona como factores relevantes a tal fin los mismos que se contemplaban en relación al decomiso ampliado, de cara a realizar la inferencia de que los bienes y ganancias procedían de una actividad delictiva distinta de la que origina la condena. Así, se hace alusión a la “desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada”, “la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes”, y “la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida”. No obstante, se ha señalado en sede doctrinal una diferencia entre el modo de recoger tales factores indiciarios en los arts. 127bis.2 y 127quinquies.1.II CP, en tanto que, mientras en el primero, se hace alusión a los mismos como ejemplos, al emplearse la expresión “entre otros”, dando a entender que pueden aplicarse otros factores indiciarios no incluidos en

de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos. 2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva. 3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas”.

¹⁷⁶⁷ Ello se infiere del texto de la ley que establece como primeros requisitos para la aplicación de este decomiso: “a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal. b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada”. La referencia a “el delito” en el apartado b para hacer referencia al delito objeto de condena mencionado en el apartado a.

¹⁷⁶⁸ Art. 127 quinquies.1 CP: “Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

- a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.
- b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.
- c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. [...] Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros”.

el precepto, en el segundo no se emplea tal expresión¹⁷⁶⁹. A nuestro juicio tal diferencia en la redacción de uno y otro precepto no es significativa. De hecho la expresión “son indicios relevantes:” con que da comienzo la enumeración de factores indiciarios en el art. 127quinquies.1.II CP parece hacer alusión, desde nuestro punto de vista, a una lista “*numerus apertus*”, en la que se contienen sólo los indicios más concluyentes o relevantes, empleando la terminología del legislador.

5. Consecuencias jurídicas para la organización criminal o el grupo criminal como entidades portadoras del “injusto de sistema”

5.1. Consideraciones previas. Sobre la necesidad de adoptar medidas contra la agrupación criminal, y, en su caso, sobre su forma jurídica

Hasta el momento hemos estudiado las consecuencias jurídicas establecidas legalmente para los sujetos activos de las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal, esto es, las penas de prisión e inhabilitación, y la consecuencia accesoria del decomiso de los efectos, instrumentos, bienes y ganancias delictivas; instrumento éste último sin duda clave para impedir la continuación de la actividad delictiva por parte de los integrantes de la agrupación criminal. La cuestión, sin embargo, no puede terminar aquí a efectos de consecuencias jurídicas. Falta preguntarnos acerca de la agrupación delictiva como punto de reunión de las conductas típicas, e institución autónoma, que trasciende de la suma de sus integrantes. ¿Qué pasa con la misma una vez detectada su existencia y condenados en su caso algunos de sus integrantes o colaboradores externos? Parece claro que el derecho penal ha de prever también algún tipo de consecuencias para con ella en tanto institución portadora per se de un desvalor autónomo e independiente al propio de los delitos-fin o delitos-instrumentales preparados o perpetrados en su seno.

Es cierto que el decomiso jugará un papel clave de cara al desmantelamiento de la agrupación, sobre todo cuando son objeto del mismo los instrumentos empleados por los integrantes de la agrupación para delinquir. No obstante, aun así, pudiera dicha medida no ser suficiente a tal efecto, sobre todo si la agrupación en cuestión tiene la condición ex art. 570 bis.1 CP de organización criminal, pudiendo la misma continuar cometiendo actividades delictivas, pese a la condena de alguno de sus integrantes y el decomiso de algunos de sus instrumentos y ganancias delictivas. Ante ello se ha subrayado tanto por la doctrina a nivel comparado, como por organismos supranacionales, la necesidad de prever consecuencias jurídico-penales que vayan más

¹⁷⁶⁹ Lo señala, por ejemplo, DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal de 2015”, *op. cit.*, pág. 51: “a diferencia del decomiso ampliado del art. 127 bis Cp, no parece haber mucha libertad para el tribunal: el listado de indicios no se realiza de forma abierta”, de lo que el autor infiere que: “la figura que nos ocupa funciona de forma automática. Además, del tenor del precepto parece suficiente la concurrencia de uno solo de los indicios para que opere la presunción”.

allá de las penas y sanciones a las personas físicas integrantes en y colaboradoras con las organizaciones criminales, véase: medidas de carácter penal que afecten a la misma institución criminal, como eje central de todas las conductas típicas¹⁷⁷⁰. Así, la idea reinante es que desmantelando la agrupación delictiva en sí se cortará con el problema de raíz; al eliminarse la “máquina delictiva”, dejarán de cometerse delitos, suprimiéndose la ofensa a la seguridad colectiva, y, en su caso, además, de ser la agrupación una organización criminal, el desafío al correcto funcionamiento de los mercados e instituciones de los Estados democráticos¹⁷⁷¹.

En muchas ocasiones la agrupación criminal actuará plenamente “en la oscuridad”, pero en otras muchas, y, sobre todo si hablamos de organizaciones criminales, actuará parcialmente de cara al público¹⁷⁷², con la finalidad de simular precisamente obtener ganancias lícitas, ocultando así los recursos económicos obtenidos mediante su actuación delictiva¹⁷⁷³. Las agrupaciones delictivas se sirven, así, en muchos casos de una forma jurídica, ya, en el ejemplo, como tapadera de sus actividades delictivas, con la que poder dar apariencia lícita a sus ganancias, ya, porque compagine efectivamente actividades delictivas y lícitas. En el intenso debate doctrinal que tuvo lugar en su momento sobre la conveniencia o no de reconocer legalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la lucha contra la criminalidad organizada fue precisamente una de las bazas o recursos más empleados por los partidarios de dicho reconocimiento, en el sentido de señalar que “atacar” penalmente a entes con personalidad jurídica daría lugar a grandes avances en la represión de la

¹⁷⁷⁰ Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal frente a la delincuencia organizada”, en PUENTE ABA, L.M. (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, pp. 107 y 108, que hace hincapié en la necesidad de “consecuencias jurídico-penales que vayan más allá de la sanción a las personas físicas individuales”, considerando para ello clave la previsión de un sistema de consecuencias accesorias, que incluya, junto al decomiso, “medidas para intervenir sobre espacios y/o estructuras con o sin personalidad jurídica”.

¹⁷⁷¹ No todos son tan optimistas al respecto. Véase si no las acertadas observaciones realizadas sobre esta cuestión por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Código penal comentado”, *op. cit.*, pág. 766: “Bien visto, esta consecuencia de la disolución es una medida más bien simbólica porque si se trata de una persona jurídica se la excluye del régimen jurídico español, aunque, en realidad, no es para los delinquentes ningún traspíe ya que de modo inmediato pueden construir otra sociedad o asociación y encubrir los fines verdadero con Estatutos que demuestren el propósito de llevar adelante actividades lícitas”.

¹⁷⁷² FERRÉ OLIVÉ, J.C., “<<Blanqueo>> de capitales y criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pág. 88, refiere así como una característica o requisito de cara de las organizaciones criminales “la clandestinidad al menos parcial de sus actividades”.

¹⁷⁷³ Señalan, entre otros, esta práctica ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 213, al referirse a la tendencia de las organizaciones y grupos criminales a hacer un “uso abusivo del Derecho” (“la utilización de un uso pervertido del Derecho privado y mercantil para crear empresas ficticias, nombrar testaferros, transferir bienes para la ocultación de los mismos, etc.”), CATANZARO, R., “El delito como empresa: Historia social de la mafia”, Taurus, 1992, pág. 294, que se refiere a este respecto al término “empresa encubridora”, y FERRÉ OLIVÉ, J.C., “<<Blanqueo>> de capitales y criminalidad organizada”, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

delincuencia organizada¹⁷⁷⁴. Las instancias supranacionales también vienen señalando este aspecto. Tan es así que las Naciones Unidas, en la famosa Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional de 2010, y el Consejo de Europa, en la Decisión-Marco 2008/841/JAI de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, erigen la responsabilidad de las personas jurídicas en instrumento clave, junto al decomiso y la incriminación del blanqueo de capitales, en la represión a nivel internacional de la criminalidad organizada. Ello, además, no se queda en una mera declaración de principios o intereses, sino que en sendos textos internacionales se establece -en la Convención de Palermo, en el art. 10¹⁷⁷⁵, y, en la Decisión-Marco del Consejo, en el art. 5.1¹⁷⁷⁶ -la obligación de los Estados, “Parte” o “Miembros”, de adoptar las medidas necesarias para garantizar la responsabilidad de las personas jurídicas por, entre otros, el delito de participación en un “grupo delictivo organizado” o en una “organización delictiva”, dependiendo de la terminología empleada en uno u otro texto. No obstante, es de señalar que estos textos internacionales hacen referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas de manera amplia, dejando a la decisión de los Estados nacionales si la misma ha de ser “de índole penal, civil o administrativa”¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷⁴ Lo señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pág. 216: “una de las demandas más acuciantes para sancionar a las personas jurídicas proviene de la Política Criminal contra la criminalidad organizada”.

¹⁷⁷⁵ “Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención [...]

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos...”

Señálese que el delito tipificado en el art. 5 de la Convención es el delito de “participación en un grupo delictivo organizado”.

¹⁷⁷⁶ Art. 5: “1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2” - véase, los “delitos relativos a la participación en una organización delictiva” -, “cuando estos delitos sean cometidos por cuenta de estas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

a) un poder de representación de dicha persona jurídica;
b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
c) una autoridad para efectuar un control en el seno de dicha persona jurídica.

2. Los Estados miembros también adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa uno de los delitos mencionados en el artículo 2 por cuenta de la persona jurídica.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 2.

4. A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por «persona jurídica» cualquier entidad que tenga personalidad jurídica en virtud del Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones de Derecho internacional público”.

¹⁷⁷⁷ Véanse los siguientes apartado del art. 10 de la Convención de Palermo: “Art. 10. Responsabilidad de las personas jurídicas: [...]

En lo siguiente analizaremos la situación actual de nuestra legislación a este respecto, viendo si el Estado español ha cumplido con el mandato impuesto por las instancias supranacionales de reconocer la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad organizada. En puridad, habida cuenta de que la incriminación de las conductas típicas atinentes al grupo criminal no se establece como obligatoria ni en la Convención de Palermo de 2010, ni en la Decisión-Marco de 2008, habría que especificar que la obligación de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas se restringe al ámbito del delito de organización criminal, y no al de grupo criminal. Se cambia así ahora la perspectiva de estudio de la organización criminal, y, en su caso del grupo criminal. Si hasta el momento habíamos analizado ambas estructuras delictivas como -siguiendo la terminología de MAÑALICH –“objetos de imputación”, esto es, como portadoras de un injusto autónomo del atinente a los delitos que constituyen su objeto, por el que se hacía responder a los integrantes y colaboradores de/con la agrupación, ahora cambiamos el enfoque, concibiendo a estas estructuras delictivas como “sujetos de imputación”¹⁷⁷⁸. ¿Puede la misma estructura o ente, calificado ex arts. 570 bis.1 CP ó 570 ter.1 CP como organización o grupo criminal, responder por el injusto de que es portador?

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, *la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa*. [...]

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.

También el Consejo de la Unión Europea deja esta cuestión al libre arbitrio de los Estados miembros, como se constata de la lectura del art. 6 de la Decisión-Marco 2008/841/JAI:

Art. 6: “Sanciones contra las personas jurídicas

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que toda persona jurídica a la que se haya declarado responsable con arreglo al artículo 5, apartado 1, sea sancionada con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán *multas de carácter penal o administrativo* y, en su caso, otras sanciones, por ejemplo:

- a) medidas de exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- b) medidas de prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales;
- c) sometimiento a vigilancia judicial;
- d) medida judicial de liquidación;
- e) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer el delito.

2. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que toda persona jurídica a la que se haya declarado responsable con arreglo al artículo 5, apartado 2, sea sancionada con sanciones o medidas que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

¹⁷⁷⁸ Es ilustrativo, a este respecto, el discurso del autor chileno MAÑALICH R., J.P., “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, *op. cit.*, pág. 283, que señala que la organización “puede tener relevancia jurídico-penal en tres niveles distintos”: (1) como “contexto de imputación”, nivel en que se plantea la de la responsabilidad penal de las distintas personas intervinientes en la organización, siendo, a este respecto, especialmente problemática la cuestión de los criterios que aplicar para responsabilizar al dirigente de la estructura que ordena de manera genérica la comisión de los delitos, sin intervenir materialmente en ellos, y sin mantener en muchas ocasiones siquiera contacto con los ejecutores; (2) como “objeto de imputación”, al ser la estructura portadora de un desvalor autónomo, del que se responsabiliza a sus integrantes y colaboradores como medios personales de la estructura, y que ya analizamos en el capítulo primero de este trabajo, atinente al bien jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal; y, (3) como “sujeto de imputación”, véase: como posible sujeto responsable del citado injusto. Éste último es el aspecto que aquí pretendemos abordar.

Hasta ahora hemos analizado la responsabilidad penal de los sujetos activos de las conductas típicas de los tipos de organización y grupo criminal por dicho injusto, ahora es el momento de plantearnos si también la propia agrupación delictiva, que actúa como seno o punto de reunión de las conductas típicas, puede responder también de alguna forma cuando se constata la realización de dichos comportamientos típicos en su seno.

5.2. Estado actual de la legislación penal

5.2.1. Breve análisis de las consecuencias jurídicas para entidades con o sin personalidad jurídica previstas en el Código penal antes y después de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio

Antes de abordar las concretas consecuencias jurídicas que se prevén para la organización o el grupo criminal como posibles “sujetos de imputación”, entendemos procedente realizar un somero análisis de la regulación penal existente en general sobre consecuencias jurídicas a entes sin o con personalidad jurídica. Para ello, es necesario distinguir dos momentos o intervalos temporales distintos: un primer intervalo, desde la aprobación del actual Código Penal de 1995 hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, y un segundo, que abarcaría desde la aprobación de la citada ley hasta el momento presente. La entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, marca el antes y el después de un intervalo y otro porque introduce por vez primera la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal, lo que conlleva importantes reformas en normas ya existentes en el Código penal. Antes de la mentada reforma, en el primer periodo referido, sólo se preveía en el Código penal una vía para sancionar a las sociedades, asociaciones o cualesquiera entes, ya tuvieran personalidad jurídica, ya carecieran de la misma¹⁷⁷⁹, conformada por el art. 129 CP, cuya redacción entonces difería, por tanto, de la actual, al no hacer restricción alguna de las entidades susceptibles de sanción¹⁷⁸⁰. El precepto, a

¹⁷⁷⁹ Así lo señalan MARTÍNEZ GARAY, L., y MIRA BENAVENT, J., “Las referencias al art. 129 CP en el Libro II del Código penal tras la LO 5/2010: una antinomia normativa que no resuelve el Anteproyecto de 2012”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, 2012, pág. 3: “hay que destacar también que la entidad sobre la cual recaían las consecuencias accesorias del art. 129 podía revestir personalidad jurídica o no: en efecto, mientras que los términos “sociedad”, “asociación” o “fundación” en las letras b) y c) del antiguo art. 129 podían entenderse referidos evidentemente a personas jurídicas, las referencias a las “empresas” en las letras a), c) y e), por el contrario, no lo implicaban necesariamente, ya que la actividad empresarial puede ejercerse en nuestro ordenamiento jurídico por colectivos no dotados de personalidad jurídica (una comunidad de bienes, por ejemplo) o incluso directamente por personas físicas. Y algo similar ocurría con la “prohibición de realizar [...] actividades, operaciones mercantiles o negocios”, de la letra d) del antiguo art. 129 CP, que no iba referida a entidad alguna, por lo que en principio podía ser aplicada tanto a personas físicas como a jurídicas”.

¹⁷⁸⁰ La redacción del art. 129 CP, anterior a su reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, era la siguiente: “1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

diferencia del actual que hace una remisión a este respecto al art. 33.7 CP, contenía la lista de cinco medidas posibles a imponer en su caso motivadamente por los jueces o tribunales a dichas entidades, que iban desde la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos hasta su intervención judicial para salvaguardar derechos de terceros afectados.

Como parámetros a seguir por los jueces o tribunales de cara a la aplicación de estas medidas el legislador señalaba únicamente que habrían de imponerse, “previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales”, y que su adopción debía responder a la finalidad de “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”, de lo que se infería mayoritariamente que la comisión previa de un delito por una persona física en el seno de la agrupación era requisito sine qua non para la aplicación del art. 129 CP¹⁷⁸¹. En cuanto a su naturaleza, al igual que hoy, entonces se hacía referencia a estas medidas como “consecuencias accesorias”¹⁷⁸² del delito, habiéndose debatido mucho en la doctrina sobre el carácter material de las mismas, habiendo incluso algún autor, como ZUGALDÍA ESPINAR¹⁷⁸³, proclive a su consideración como penas¹⁷⁸⁴. Este debate aún hoy sigue vigente; no

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

¹⁷⁸¹ Así, por ejemplo, MARTÍNEZ GARAY, L., y MIRA BENAVENT, J., *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 129-134, que critican, así, con dureza el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 26 de agosto de 2002 -y, el Auto de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2002 que lo ratifica- por acordar la suspensión de las actividades de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herri Batasuna y Batasuna sin constatar antes la efectiva comisión de un delito en el seno de los mismos por una persona física, bajo la confianza de que posteriormente, una vez acordada la medida de suspensión, se demuestre la responsabilidad penal de las personas que dirigen o militan en esos partidos. Manifiestan críticamente los autores mencionados “supra” que “dicho auto [...] altera la estructura y el orden procesal de proceder propios del art. 129 CP, y, con ello, se desconoce al mismo tiempo un presupuesto legal necesario para su aplicación, desde el momento en que se actúa directamente y en primer lugar contra la persona jurídica (los partidos políticos)”.

¹⁷⁸² Se contenían estas medidas, como hoy, junto al decomiso en el Título VI, rubricado “De las consecuencias accesorias”, del Libro I del Código Penal.

¹⁷⁸³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo Derecho penal español: estudios en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 895 y ss.

¹⁷⁸⁴ Otras tesis vinculaban entonces estas consecuencias accesorias con medidas de carácter administrativo o con medidas de seguridad penales. De la primera opinión, era, por ejemplo, CEREZO

obstante, la naturaleza de penas de las mismas es hoy unánimemente rechazada, por la contraposición expresa actual de estas medidas a las establecidas en el arts. 31 bis CP para las personas jurídicas, que sí tienen la condición de penas. Lo que sí resultaba claro es que, en cuanto medidas de carácter accesorio, su imposición requería de la comisión de un hecho típico y antijurídico por parte necesariamente de una persona física, único autor potencial de un delito entonces.

Con la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, y el consiguiente reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los arts. 31 bis y ss. CP, la situación cambia radicalmente en lo que respecta a la regulación de las consecuencias jurídicas para entes con o sin personalidad jurídica. Ahora hay dos vías distintas a este respecto, no secantes entre sí: (1) las consecuencias accesorias del art. 129 CP, reservadas ahora, tras la reforma de 2010, a las “empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas” sin personalidad jurídica, y (2) el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas articulado en los arts. 31 bis y ss. del CP exclusivamente para entidades que ostenten forma jurídica, y que resulten, por ende, reconocidas por el Derecho, y cuyas consecuencias jurídicas, en este caso con la condición propia de penas, se recogen en el art. 33.7 CP¹⁷⁸⁵.

En lo que respecta a la primera vía, reservada para entidades sin personalidad jurídica, y sin capacidad, por tanto, para realizar acciones jurídicamente relevantes y ser sujetos activos de un delito¹⁷⁸⁶, es de reseñar la poca información que el art. 129 CP

MIR, J., *Curso de derecho penal español. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 72 y ss., y, de las segunda, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, en *Manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial* (Ejemplar dedicado a Derecho penal económico), nº 14, 2001, pp. 343 y ss., y 347.

¹⁷⁸⁵ Señalan la existencia actual de esta doble vía, MARTÍNEZ GARAY, L., y MIRA BENAVENT, J., “Las referencias al art. 129 CP en el Libro II del Código penal tras la LO 5/2010: una antinomia normativa que no resuelve el Anteproyecto de 2012”, *op. cit.*, pág. 4: “Si tienen personalidad jurídica, las consecuencias a aplicar se denominan penas y son las previstas en el art. 33.7 CP, con los presupuestos que establece el art. 31 bis CP. Por el contrario, si la entidad a través de la cual se ha cometido el delito carece de personalidad jurídica, las consecuencias jurídicas que le son de aplicación son las “consecuencias accesorias” del art. 129 CP, con el régimen jurídico que este precepto dispone. Se ha establecido de esta manera lo que podríamos denominar un “sistema de doble vía” para la imposición de consecuencias jurídico-penales a agrupaciones y entes colectivos, pues ni los presupuestos de aplicación ni el listado de consecuencias imponibles son los mismos para los colectivos que tienen personalidad jurídica y para los que carecen de ella”. Por su parte, criticando este doble camino marcado para entes con y sin personalidad jurídica, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31bis y 129 del Código penal)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 160: “esta distinción de la responsabilidad penal de los entes colectivos entre los que tienen y no tienen personalidad jurídica se puede decir que está históricamente superada y ya no se corresponde con la realidad de la vida de los negocios, como tampoco a las soluciones más modernas contempladas en otros ordenamientos jurídicos europeos y a escala comunitaria.”

¹⁷⁸⁶ Así lo señala ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31bis y 129 del Código penal)*”, *op. cit.*, pág. 162, que refiere, como características de las entidades destinatarias de las consecuencias

ofrece a jueces y tribunales de cara a la aplicación de las consecuencias accesorias a estos entes.

Si con anterioridad a la reforma de 2010 ya se venía denunciando que el art. 129 CP generaba cierta inseguridad jurídica a este respecto, ahora, que el precepto es más breve y conciso, la incertidumbre se ve aumentada. Y es que el precepto ya no hace alusión siquiera a la finalidad que ha de orientar la eventual imposición de estas medidas, ni al requisito, antes mencionado, de la “previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales” de cara a su aplicación¹⁷⁸⁷. Tampoco se contiene, como sucedía antes, una lista de las consecuencias imponibles a estos entes sin personalidad jurídica, sino que el precepto se remite ahora para ello a los apartados “c” a “g” del art. 33.7 CP, esto es, a algunas de las penas para personas jurídicas, si bien sin la consideración en este ámbito de “penas” propiamente dichas dado el no reconocimiento jurídico de los aquí destinatarios de las mismas¹⁷⁸⁸, y, por tanto, de su imposibilidad de realizar actos delictivos. De acuerdo con ello, se infiere que podrá aplicarse a las entidades del art. 129 CP como consecuencias accesorias la “suspensión de sus actividades”, la “clausura de sus locales y establecimientos” -ambas por un plazo de hasta cinco años -, la “prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito” de manera temporal, hasta un plazo de quince años, o definitiva, la “inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social” por un plazo que hasta quince años, y la “intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”. Se excluyen, sin embargo, como medidas a imponer a los entes sin personalidad jurídica, la “multa por cuotas o proporcional” y “la disolución de la persona jurídica”, en tanto previstas en los apartados a y b del art. 33.7 CP. La exclusión de ésta última es obvia dada la ausencia de forma jurídica de las entidades a que se refiere el art. 129 CP; en cuanto a la multa, la explicación pudiera buscarse en que esta misma falta de

accesorias del art. 129 CP, “su incapacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes y para actuar culpablemente ya que, salvo a efectos fiscales, no existen como tales formalmente”.

¹⁷⁸⁷En este sentido, se pronuncian críticamente, MARTÍNEZ GARAY, L., y MIRA BENAVENT, J., “Las referencias al art. 129 CP en el Libro II del Código penal tras la LO 5/2010: una antinomia normativa que no resuelve el Anteproyecto de 2012”, *op. cit.*, pág.5 (“hay una notable diferencia es en cuanto a los presupuestos de aplicación de las penas para personas jurídicas en el art. 31 bis CP, de un lado, y los de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, de otro, pues el legislador ha sido mucho más explícito en el primer caso que en el segundo. En efecto, el art. 129 CP es ahora aún más lacónico en este punto de lo que lo era en la redacción anterior a la reforma de 2010, pues [...] guarda un completo silencio tanto sobre los requisitos para la aplicación de las consecuencias que contempla como sobre la finalidad de las mismas”), y RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias (art. 129 CP)”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 115 y 116 (“Se desconoce su naturaleza jurídica, los presupuestos requeridos para su aplicación, los criterios que deben seguirse para preferir una medida u otra o, en su caso, su acumulación e, incluso, su tiempo de duración si la medida tuviese carácter temporal”).

¹⁷⁸⁸ A pesar de que hay hoy cierta unanimidad en la doctrina sobre este aspecto, esto es, sobre que las consecuencias accesorias del art. 129 CP para entes sin personalidad jurídica no tienen la naturaleza jurídica de “penas”, el debate sobre la condición material de estas consecuencias sigue aún vigente, como señala RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias (art. 129 CP)”, *op. cit.*, pág. 113.

personalidad jurídica de la entidad le inhabilita para tener un patrimonio propio e independiente del de sus integrantes¹⁷⁸⁹, por lo que en su caso la multa se impondrá a cada una de las personas individuales, si el delito por ellas cometido en el seno de la entidad sin forma jurídica prevé esta pena. A las medidas previstas en los apartados c-g del art. 33.7, el art. 129 CP añade una consecuencia adicional de posible imposición a los entes sin personalidad jurídica, allí no prevista, cual es la “prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”.

Aparte de ello, los únicos parámetros legales con que cuentan jueces y tribunales de cara a acordar la aplicación de alguna de las consecuencias *ex* art. 129 CP son el requerimiento, en tanto medidas accesorias, de que se haya cometido previamente un delito “en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o entidades cualesquiera sin personalidad jurídica”, cuyo autor podría ser tanto una persona física como una jurídica *ex* art. 31 bis CP¹⁷⁹⁰, la necesidad de que para dicho delito en cuestión se prevea expresamente, ya el establecimiento de estas consecuencias accesorias¹⁷⁹¹, ya la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁷⁹², y la posibilidad excepcional de adoptar algunas de ellas (concretamente, “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial”) también durante la instrucción de la causa por parte del Juez Instructor en calidad de medidas cautelares¹⁷⁹³. Los restantes aspectos, esto es, la decisión en el caso de su imposición o no, y la elección de la consecuencia accesoria a imponer en cuestión de entre el catálogo previsto, quedan al libre arbitrio del juez o tribunal de turno, que, en nuestra opinión, y aunque ya no se prevea en la ley, debiera

¹⁷⁸⁹ Así, MARTÍNEZ GARAY, L., y MIRA BENAVENT, J., “Las referencias al art. 129 CP en el Libro II del Código penal tras la LO 5/2010: una antinomia normativa que no resuelve el Anteproyecto de 2012”, *op. cit.*, pág. 5: “seguramente el legislador ha considerado que al no existir en estos casos un patrimonio separado del que sea titular una persona jurídica sería excesivo prever la multa como consecuencia accesoria, pues de su pago siempre serán responsables las mismas personas físicas que hayan sido condenadas en sentencia”.

¹⁷⁹⁰ Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*”, *op. cit.*, pág. 164.

¹⁷⁹¹ Los delitos para los que se prevé actualmente la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP son: el delito de manipulación genética (art. 162 CP), la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.2 CP), la resistencia a entidades inspectoras o supervisoras (art. 294 CP), los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP), delitos contra la salud pública relativos a productos alimenticios (art. 366 CP), la falsificación de moneda (art. 386 CP), asociaciones ilícitas (art. 520 CP), organizaciones y grupos criminales y terroristas, y delitos de terrorismo (art. 570 quáter.1 CP).

¹⁷⁹² Véase el art. 129.2 CP: “Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”. Señalando el mayor ámbito de aplicación en abstracto de las consecuencias accesorias del art. 129 CP respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de los arts. 31 bis y ss. CP, en tanto que el sistema de *numerus clausus* de las primeras abarca al de la segunda, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*”, *op. cit.*, pág. 163.

¹⁷⁹³ A ello habilita el art. 129.3 CP: “La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”.

actuar bajo el parámetro marcado antes de la reforma del 2010 de que la medida tenga como finalidad “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”¹⁷⁹⁴.

La otra vía de castigo que nos ocupa, incorporada *ex novo* por la mentada LO 5/2010, de 22 de junio, tiene otro ámbito de aplicación diverso, pues se refiere a las entidades reconocidas por el Derecho, esto es, que gozan de personalidad jurídica. El art. 31 bis CP se refiere concretamente, a este respecto, a las “personas jurídicas”, término que, si bien no se define en la norma penal, sí en otras normas internacionales que son ya derecho interno. Tal es el caso de la aquí muy mencionada Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, cuyo art. 5.4 refiere que: “se entenderá por «persona jurídica» cualquier entidad que tenga personalidad jurídica en virtud del Derecho aplicable”¹⁷⁹⁵. El Código Penal, no obstante, excluye del ámbito de aplicación de los arts. 31 bis y ss. a ciertas entidades que sí gozan de reconocimiento jurídico, concretamente, al “Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público” y “a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”, disponiendo, además, para las “Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general” ciertas limitaciones en lo que se refiere al catálogo de penas imponibles a personas jurídicas del art. 33.7 CP, que en determinados supuestos no les podrá ser aplicado en su integridad¹⁷⁹⁶.

Las consecuencias jurídicas imponibles a las personas jurídicas sí ostentan, al menos formalmente, la condición de penas *ex art.* 33.7 CP, concibiéndose así a la persona jurídica como posible sujeto responsable de un delito. No obstante, la responsabilidad penal en este caso, habida cuenta de la heterogénea naturaleza de la persona jurídica o moral frente a la física y de la ausencia de “psique” de ésta última, derivará de un defecto en su organización, reflejado en la no adopción de las debidas medidas preventivas y de control para garantizar el buen desarrollo de la empresa y, con ello, la no comisión en su seno de delitos¹⁷⁹⁷. La manifestación principal de dicho

¹⁷⁹⁴ Así lo disponía el anterior apartado 3 del art. 129 CP antes de producirse su reforma por LO 5/2010, de 22 de junio.

¹⁷⁹⁵ Termina el precepto con la importante coletilla final: “con excepción de los Estados o de organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones de Derecho internacional público”.

¹⁷⁹⁶ Art. 31 quinquies CP: “2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

¹⁷⁹⁷ Así, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso BANKIA”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 315 y 316, y MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Lección 38. Personas jurídicas y responsabilidad penal”, en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, pág. 1098.

defecto de organización es, por tanto, la comisión de un delito en su seno por una persona física. El art. 31 bis CP contempla concretamente como presupuesto para responsabilizar penalmente a la persona jurídica que tenga lugar la perpetración de un delito “en nombre o por cuenta” de la misma, “y en su beneficio directo o indirecto”, y, en su caso “en el ejercicio de actividades sociales”¹⁷⁹⁸, ya “por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”, ya “por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”¹⁷⁹⁹. Se constata ya en este punto una importante diferencia de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con respecto a las reglas -escasas -de aplicación de las consecuencias accesorias para entes sin personalidad jurídica del art. 129 CP. Y es que, mientras el art. 31 bis CP exige una actuación para favorecer a los entes a que se refiere, el art. 129 CP, de cara a la aplicación de las consecuencias accesorias en él referidas, sólo hace alusión a que en el seno de la entidad se haya cometido un delito, no requiriendo, por tanto, que la actuación efectuada lo fuese en beneficio del ente¹⁸⁰⁰.

Las consecuencias jurídicas a imponer a las personas jurídicas, en caso de ser éstas declaradas responsables por concurrir el supuesto de hecho del art. 31 bis CP, se recogen en el art. 33 CP, que clasifica y cataloga las penas, concretamente en su apartado 7, que especifica que todas ellas tendrán la consideración de “graves”. No obstante, en el caso en que la persona jurídica estuviese dotada de un programa de cumplimiento en los términos del art. 31 bis.2 y 5 CP ya con anterioridad a la comisión del delito en su nombre y beneficio no se le podría aplicar ninguna de estas penas, al quedar exonerada de responsabilidad criminal. Frente a la inseguridad jurídica reinante en relación a la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas prevé en el art. 66 bis CP reglas de cara a la aplicación por jueces y tribunales de las penas del art. 33.7 CP, determinando, entre otras cosas, que en la decisión sobre la imposición y extensión de dichas penas -con la exclusión expresa en este último caso de la de disolución de la persona jurídica- habrán

¹⁷⁹⁸ Esta exigencia se hace en relación a los delitos perpetrados por quienes actúa en régimen de subordinación respecto a los representantes legales o integrantes de órganos de la persona jurídica, autorizados para tomar decisiones.

¹⁷⁹⁹ No obstante, el art. 31 ter CP “relaja” un poco estas exigencias, en el sentido de que habilita la aplicación del art. 31 bis CP aun cuando “la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. Asimismo el precepto dispone que será posible responsabilizar penalmente a la persona jurídica aun cuando “en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control” concurran “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad”, o aun cuando estas personas “hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia”; circunstancias éstas -termina - que “no excluirán ni modificarán la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

¹⁸⁰⁰ Así, RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias (art. 129 CP)”, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

de considerarse aspectos como la necesidad de “prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos”, “sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”, y “el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”. Asimismo se dispone que cuando las penas se impongan con una duración determinada, éste no deberá superar la duración máxima de la pena de prisión establecida para la comisión de ese delito por persona física.

Por último, y al igual que sucede con el régimen de consecuencias accesorias para entidades sin personalidad jurídica, el sistema adoptado de responsabilidad penal de las personas jurídicas responde a la lista cerrada o *numerus clausus*, de forma que sólo podrá castigarse a la persona jurídica cuando el delito cometido en su nombre y beneficio directo o indirecto, por su representante, o el subordinado de éste, prevea expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Actualmente, con claridad podemos decir que veintitrés conductas delictivas, o grupos de conductas delictivas, del Código penal prevén tal responsabilidad¹⁸⁰¹, a los que habría de añadirse el delito de contrabando regulado en una ley especial, la LO 12/95, de 12 diciembre¹⁸⁰².

5.2.2. Consecuencias jurídicas previstas para las organizaciones o grupos criminales. Análisis del apartado 1 del art. 570 quáter CP

a. Tratamiento jurídico-penal de las organizaciones y grupos criminales que ostentan personalidad jurídica. Consideraciones sobre la aplicabilidad del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas de los arts.31 bis y ss. a estas agrupaciones delictivas.

Ya vimos que en el debate sobre la conveniencia o no de reconocer legalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las instituciones supranacionales y los autores partidarios de su reconocimiento venían remarcando tal responsabilidad como un instrumento necesario en aras a una lucha eficaz contra el crimen organizado. No

¹⁸⁰¹ Así, los arts. 156bis (tráfico ilegal de órganos), 177bis.7 (trata de seres humanos), 189bis (prostitución, explotación sexual y corrupción de menores), 197quinquies (descubrimiento y revelación de secretos), 251bis (estafas), 258 ter (frustración de la ejecución), 261bis (insolvencias punibles), 264quáter (daños informáticos), 288 (propiedad intelectual e industrial, consumidores), 302.2 (blanqueo), 304bis.5 (financiación ilegal de partidos políticos), 310bis (delitos contra Hacienda Pública y Seguridad Social), 318bis.5 (delitos contra los derechos de los extranjeros), 319.4 (delitos contra la ordenación del territorio), 328 (delitos contra el medio ambiente), 343.3 (energía nuclear), 348.3 (delitos de riesgos provocados por explosivos), 366 y 369bis (delitos contra la salud pública), 386.5 (falsificación de moneda), 399 bis.1 (falsificación de tarjetas de créditos, débito, cheques de viaje), 427bis (cohecho), 430 (tráfico de influencias), 510bis (incitación al odio y discriminación), y 576.5 (financiación del terrorismo).

¹⁸⁰² Véase el art. 2.6 de la LO 12/95, de 12 diciembre, de represión del contrabando: “Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas”.

obstante, como *supra* referimos, no se prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas como posibles sujetos activos de las conductas típicas de los arts. 570 bis o 570 ter CP, de forma que en el caso de que una empresa colabore puntual o reiteradamente con una organización criminal o financie un grupo criminal no podrá responder penalmente por la conducta de colaborar con estas agrupaciones criminales. Lo que aquí interesa es dilucidar si la persona jurídica, no como autor de las conductas típicas, sino como organización o grupo criminal mismo, puede responder penalmente. Ya vimos al analizar los conceptos de organización y grupo criminal, que nada obsta para que dichas agrupaciones puedan en algún caso ostentar personalidad jurídica, ya simulada, ya real, por dedicarse en éste último caso junto a la delincuencia a otra actividad lícita, si bien siendo ésta de carácter secundario¹⁸⁰³. Pues bien, ¿podría en estos supuestos aplicarse a la organización o grupo criminal como persona jurídica el sistema de responsabilidad penal establecido en los arts. 31 y ss. CP? El precepto a analizar para dar respuesta a esta cuestión ha de ser el art. 570 quáter.1 CP, disposición común tanto a los delitos de organización y grupo criminal, como a los de organización y grupo terrorista, que establece que: “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”.

Pues bien, si se piensa, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas articulado en los arts. 31 y ss. CP no cuadra con las características de una organización o grupo criminal. Este sistema está pensado para personas jurídicas en el marco de las cuales se cometa indebidamente, esto es, por falta de diligencia, un delito en su nombre o por su cuenta, ya sea por sus representantes, ya por subordinados a éstos. Las mismas expresiones contenidas en el art. 31 bis CP, como la relativa a que los subordinados “han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”, o la propia referencia a los “modelos de organización y de prevención” de riesgos son reflejo de esto que afirmamos. Poco sentido, por no decir ninguno -si no es uno fraudulento - tiene la instauración de estos modelos de prevención de riesgos en el seno de una organización o grupo criminal, cuya finalidad es cometer delitos. Los arts. 31 bis y ss. CP están, así, ideados para castigar a personas jurídicas por no haber implementado en su seno, como debían, sistemas de prevención de riesgos, posibilitando la comisión en su nombre y beneficio de un delito, pudiendo el contenido de injusto definirse, por tanto, como un defecto de organización, reflejado en el delito perpetrado. El injusto de los delitos de organización y grupo

¹⁸⁰³ De otra opinión, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pág. 237: “ha de reservarse el delito de asociación ilícita a las empresas legales aunque en su devenir cometan delitos y calificar la existencia de una organización criminal en el caso de las agrupaciones “intrínsecamente criminales”. También parece de esta opinión LEÓN ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017, pp. 28 y ss., y 34, que, analizando la viabilidad de responsabilizar penalmente a un partido político cuando en su seno se cometan habitualmente delitos, sostiene que el tipo a aplicar en todo caso a estos supuestos sería el de asociación ilícita, y no el de organización criminal.

criminal radica, sin embargo, en la existencia de una agrupación estructurada idóneamente para delinquir. El discurso de LAMPE resulta aquí especialmente ilustrativo. Recuérdese que el autor distinguía precisamente, dentro de lo que él llamaba “sistemas de injusto constituidos”, entre la “empresa económica con tendencia criminal” y la “organización criminal”, señalando que, mientras en la primera el injusto sistémico no es “esencial, sino únicamente accidental para su propia organización”, consistiendo el mismo en un defecto organizacional de cara a evitar los riesgos que genera la actividad societaria, que sólo se constata con la comisión en su nombre y beneficio de un delito; en la segunda el injusto es esencial a su organización, o dicho de otra forma, su organización, diseñada para delinquir, conforma el injusto¹⁸⁰⁴, que aquí hemos calificado como lesión de la seguridad colectiva, junto, en el caso de la organización criminal, al desafío a la propia calidad de la democracia, reflejada en el correcto e imparcial funcionamiento de las instituciones de los Estados democráticos.

El origen de la comisión de un delito en el seno de la organización o grupo criminal es, así, diverso del de la infracción penal en el marco y en beneficio de la empresa con personalidad jurídica *ex arts. 31 y ss. CP*. El primero responde a la propia finalidad de la agrupación criminal, pudiéndose hablar de “dolo” sistémico de la organización o grupo criminal, mientras que el delito perpetrado en la empresa del art. 31 bis CP responde a una falta de diligencia, comparable a una especie de “imprudencia” sistémica¹⁸⁰⁵. En consecuencia, descartamos la idea de que el art. 570 quáter.1 CP, en tanto remite al art. 33.7 CP, que contempla las penas para personas jurídicas, pueda interpretarse como una habilitación a aplicar el art. 31 bis CP a la organización o al grupo criminal con personalidad jurídica. Pero, ¿quiere ello decir, entonces, que, en caso de que la agrupación criminal *ex arts. 570 bis.1 ó 570 ter.1 CP* ostente personalidad jurídica no podrá la misma ser objeto de sanción a través del art. 570 quáter.1 CP?

Si entendemos que el art. 570 quáter.1 CP es una fórmula que habilita exclusivamente para la imposición a la agrupación delictiva en cuestión de las consecuencias del art. 129 CP para entes sin personalidad jurídica, y no una norma que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de organización y grupo criminal, parece que cuando estas agrupaciones ostenten personalidad jurídica no podrá imponérseles medida alguna al no ser entes sin personalidad jurídica como requiere el art. 570 quáter.1 CP, surgiendo entonces un espacio de impunidad. Ante lo intolerable de esta consecuencia parece haberse propuesto en la doctrina una

¹⁸⁰⁴ También así en la doctrina, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pág. 230.

¹⁸⁰⁵ Refleja muy bien esta idea ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pág. 241: “La finalidad criminal denota intencionalidad, esto es, conocimiento y voluntad de perpetrar los delitos. Al otro extremo estarían los comportamientos organizados que se realizan por infracción de deberes de vigilancia, o lo que la doctrina denomina “defecto de organización” que es más propio de la responsabilidad empresarial y, por tanto, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

interpretación un tanto peculiar del art. 570 quáter.1 CP, aunque permitida por su propio tenor literal, que es, ciertamente, muy ambiguo. Y es que, a diferencia de la generalidad de normas que prevén la imposición de consecuencias accesorias a entes sin personalidad, que se remiten exclusivamente al art. 129 CP, el art. 570 quáter.1 CP alude simultáneamente a “las consecuencias de los arts. 33.7 y 129”. La remisión complementaria directa al art. 33.7 CP, que contiene el catálogo de penas para las personas jurídicas, ha sido interpretada así por ciertos autores, como MAGALDI PATERNOSTRO¹⁸⁰⁶ o FARALDO CABANA¹⁸⁰⁷, como una habilitación del legislador a jueces y tribunales para actuar también frente a estas agrupaciones delictivas cuando ostenten personalidad jurídica¹⁸⁰⁸.

A nuestro juicio tal interpretación sólo sería viable si la remisión al art. 33.7 CP se concibe como una habilitación a los jueces a aplicar directamente las medidas allí contenidas sin el requerimiento previo de la concurrencia de los presupuestos del art. 31 bis CP, cuya aplicación, como hemos visto, carece de sentido en el marco de una organización o grupo criminal. Así, habría que ver en la remisión del art. 570 quáter.1 CP al art. 33.7 CP una especie de vía alternativa a la habitual de los arts. 31 y ss. CP para castigar penalmente a las personas jurídicas; una vía más rápida, en tanto no exigiría la concurrencia de los presupuestos contenidos en dichos preceptos, sino que podrían aplicarse directamente las medidas del art. 33.7 CP, siempre y cuando -claro está- la agrupación con personalidad jurídica ostentara la condición de organización o grupo criminal *ex* arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, respectivamente¹⁸⁰⁹. No obstante, cuando las organizaciones y grupos criminales no ostenten una forma jurídica real, sino ficticia, por esconderse tras “sociedades fantasma”, que no realizan realmente ninguna

¹⁸⁰⁶ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pp. 968 y 971, que entiende que el único sentido posible de la alusión al art. 33.7 por parte del art. 570 quáter.1 CP es el de referirse a la persona jurídica.

¹⁸⁰⁷ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 103, para la que las referencias al art. 33.7 y al art. 129 CP supone que “se pueden aplicar las consecuencias penológicas previstas para las personas jurídicas que incurrir en responsabilidad penal, pero también las consecuencias accesorias recogidas para entes que, por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidos en el art. 31 bis CP”.

¹⁸⁰⁸ También parece de esta opinión la propia Fiscalía General del Estado si se atiende a su Circular 2/2011, sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 38 y 39, pues, tras mencionar que el art. 570 quáter.1 remite, junto al art. 129, al art. 33.7 CP, señala: “el artículo 33.7 CP regula las consecuencias penológicas aplicables a las personas jurídicas que incurran en responsabilidad penal [...] Son aplicables también las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP en caso de organizaciones o grupos que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis CP”.

¹⁸⁰⁹ Nótese que una interpretación similar es la que propone la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, apartado 4, en relación a los delitos de asociación ilícita *ex* art. 520 CP, aunque este precepto, a diferencia del art. 570 quáter.1 CP, no hace referencia expresa al art. 33.7 CP, sino exclusivamente al art. 129 CP. Aun así, la FGE, previendo la posibilidad de que la asociación ilícita ostente en algún caso personalidad jurídica, y queriendo sortear la laguna jurídica que en principio habría, al no poder serle aplicable a la asociación el art. 129 CP en tanto reservado a entes sin personalidad jurídica, ni el art. 31 bis CP por no preverse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al delito, interpreta lo siguiente: “cuando la responsable sea una persona jurídica, se prevé la posibilidad de imponer algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7”.

actividad lícita, no sería siquiera aplicable directamente el art. 33.7 CP *ex art.* 570 quáter.1 CP. Y ello porque en estos casos la persona jurídica no existe materialmente como tal, pues no es sino un fraude ideado por los integrantes de la agrupación delictiva para encubrir sus actividades delictivas¹⁸¹⁰. A este respecto, coincidimos con la doctrina mayoritaria en cuanto a negar el carácter de penalmente imputables a estas sociedades instrumentales, abogando por la simple aplicación a las mismas de la llamada “doctrina del levantamiento del velo”¹⁸¹¹. El “foco de atención” ha de recaer, así, desde el punto de vista penal en los sujetos que están “detrás del velo”, constituido en este caso por la sociedad instrumental, castigándose exclusivamente a los integrantes de la organización o grupo criminal.

b. Breve análisis de las consecuencias accesorias o penas a imponer a las organizaciones y grupos criminales *ex art.* 570 quáter.1 CP, con especial atención a la “disolución”.

La primera de las consecuencias jurídicas que se prevé, además expresamente, por el art. 570 quáter.1 CP para la organización o grupo criminal -y, adicionalmente, a la organización y grupo terrorista -es la disolución. El legislador, además, a diferencia del resto de consecuencias, contempla la disolución como medida de imposición preceptiva al afirmar que “los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo”. De acuerdo

¹⁸¹⁰ A este respecto, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pág. 223 hace hincapié en la necesidad de distinguir entre el carácter formal y el carácter material de una institución jurídica, señalando, además, que mientras para algunas ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho mercantil, lo importante es la formalidad, el Derecho penal “es eminentemente material”.

¹⁸¹¹ Destaca principalmente, en este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *La Ley*, nº 8341, 2014, pág. 2, autor que mantiene que, al igual que las personas físicas, las personas jurídicas pueden ser imputables o inimputables, calificando a las sociedades que son una mera pantalla como “personas jurídicas no imputables”. De la misma opinión, la *supra* citada, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pág. 223. También la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pág. 29, siguiendo la clasificación de GÓMEZ-JARA de personas jurídicas imputables e inimputables, considera que: “tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos”. En lo que respecta a la jurisprudencia, destaca en este sentido el Auto de la Audiencia Nacional de 19 mayo 2014, FJ Quinto: “Resulta cierto, que a partir de la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la consecuente regulación de su posición procesal y de las garantías procesales inherentes de que están revestidas se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo estatus jurídico procesal referido a esta clase de personas, del que en principio solo podrían gozar en tanto que efectivamente fueran penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP, por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, es decir evidentes meras proyecciones de la actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas, y respecto de las que procedería únicamente el “levantamiento del velo” para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución, y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva”.

con ello, en los casos en que se constate la existencia de una organización o grupo criminal y la comisión por una persona física de alguna de las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP, se habrá de acordar judicialmente la disolución de la organización o grupo criminal. A pesar de este carácter preceptivo de la medida, se ha señalado en la doctrina¹⁸¹² la necesidad de un pronunciamiento expreso al respecto en el fallo condenatorio de cara a su aplicación, en tanto que preceptivamente no significa automáticamente. Así, el juez o tribunal en cuestión, una vez afirmada la condición de “organización criminal” o de “grupo criminal” de la agrupación delictiva examinada en la causa¹⁸¹³, y constada la ejecución de alguna de las conductas típicas, debiera precisar en el fallo de la sentencia, junto al resto de penas en su caso aplicables a los integrantes o colaboradores, la medida de disolución de la organización o grupo criminal, para que pueda llevarse a efecto, en fase de ejecución de la sentencia.

En lo que respecta al significado o efectos de esta consecuencia jurídica, el art. 33.7. b CP señala que la disolución supone la “pérdida definitiva de su personalidad jurídica”¹⁸¹⁴. Aunque la ley no lo precise, la disolución habrá de implicar, junto a la pérdida de la personalidad jurídica, otra serie de efectos. Desde luego, no tiene mucho sentido una inscripción del acuerdo de disolución de la persona jurídica, dejando intactos sus locales y establecimientos, así como patrimonio. Es cierto que estas medidas ya se prevén en varios apartados del art. 33.7 CP, al que se remite, además, expresamente el art. 570 quáter.1 CP. No obstante ello, parece innecesario que las mismas tengan que acordarse expresamente por el juez o tribunal en la sentencia junto a la disolución, pues “lo más ya implica lo menos”. A mayor abundamiento, el mismo apartado 7 del mentado art. 33.7 CP, al exponer los efectos de la disolución, cita, junto a la pérdida definitiva de la personalidad jurídica, la pérdida “de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”, lo que requiere claramente de la clausura de sus locales y establecimientos -medida del art. 33.7.d -y de la liquidación de su patrimonio¹⁸¹⁵. Habida

¹⁸¹² Así, por ejemplo, VERA SÁNCHEZ, J.S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1628. En relación de asociaciones ilícitas, señalaba esta circunstancia TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 520”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II*, Aranzadi, Navarra, 2011, 6ª ed., pág. 1546.

¹⁸¹³ Aunque parece algo elemental, no está de más señalar este requisito, que, además, fue remarcado en su momento, si bien en relación a los delitos de asociación ilícita, por la STS 480/2009, de 22 de mayo. Así, en el FJ Centésimo-nonagésimo-primer de esta resolución, el Tribunal Supremo afirmaba: “el art. 520 CP exige como requisito ineludible que para poder imponer la disolución de la asociación ésta debe ser declarada ilícita, por concurrir alguno de los cinco supuestos previstos en el art. 515 CP sin tal declaración de ilicitud no es posible acordar la medida por esta vía”.

¹⁸¹⁴ ROCA DE AGAPITO, L., “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 391, señala, a este respecto, que la disolución supone “la extinción de la persona jurídica, o lo que es lo mismo su muerte civil”, siendo sus efectos “permanentes o definitivos”.

¹⁸¹⁵ Así lo señala en la doctrina ROCA DE AGAPITO, L., “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, *op. cit.*, pág. 392, al indicar como “otros efectos de la disolución” no precisados en la ley, “la clausura de los locales y establecimientos, el embargo de todos sus bienes, y la liquidación del patrimonio de la persona jurídica”. El autor es crítico con esta omisión legal, señalando que debiera de haberse precisado por el legislador al definir la pena de disolución de la persona jurídica en el art. 33.7.b CP.

cuenta de esta definición legal de la disolución como pérdida de la personalidad jurídica, poco sentido parece tener la previsión preceptiva de esta medida para los casos en que la organización o grupo criminal carezcan de toda forma jurídica, ya real, ya incluso simulada¹⁸¹⁶. En este sentido, CANCIO MELIÁ, sirviéndose con gracia del sarcasmo, señalaba que gracias a la habilitación de esta medida “quedarán disueltos la Camorra napolitana, el Cártel del Golfo mexicano o el Comando *Vermeblo* brasileño si llevan a cabo un <<acto penalmente relevante en España>> (art. 570 quáter.3), al igual que cualquier organización delictiva constituida en España; cosa que sin duda alguna es imprescindible establecer expresamente, resulta muy tranquilizadora y genera un profundo efecto preventivo”¹⁸¹⁷.

A nuestro juicio, no habiendo en estos casos persona jurídica alguna que disolver, la “disolución” sólo puede adquirir virtualidad entendida como clausura definitiva de los establecimientos y locales de que dispusiera clandestinamente la agrupación para realizar en su caso sus actividades delictivas, y, en su caso, prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, que es una medida que ya se contempla en el art. 129.1 CP. A este fin, será clave la medida del decomiso de los bienes e

¹⁸¹⁶ Señalando lo complicado de disolver entidades sin realidad formal, ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 803, y, MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 366: “la previsión, además con carácter imperativo, de la consecuencia de disolución constituye o una ingenuidad o un absurdo, una vacua apelación a los condenados a ajustar a Derecho su conducta”. Además, y en un plano general, la no referencia del art. 129 CP a la letra a del art. 33.7 CP, que recoge la pena de disolución de la persona jurídica, se ha explicado siempre desde el plano doctrinal desde el insentido que supone disolver entes sin personalidad jurídica. Así lo señalan, por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*”, *op. cit.*, pág. 163 (“En aplicación del art. 129 CP pueden imponerse como pena accesorias las previstas en los apartados c) a g) del art. 33, 7 CP (esto es, las mismas penas que se pueden imponer como principales a las personas jurídicas con las lógicas excepciones de la disolución —ya que no hay personalidad que disolver— y la multa”), y MARTÍNEZ GARAY, L., y MIRA BENAVENT, J., “Las referencias al art. 129 CP en el Libro II del Código penal tras la LO 5/2010: una antinomia normativa que no resuelve el Anteproyecto de 2012”, *op. cit.*, pp. 4 *in fine* y 5 (“algo que jurídicamente no tiene existencia no puede ser jurídicamente disuelto, de modo que no tiene sentido prever esa consecuencia para estos supuestos”).

¹⁸¹⁷ CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 656. Un ejemplo que corrobora lo absurdo de la medida de disolución en el contexto de entidades sin personalidad jurídica alguna, ni siquiera ficticia, lo podemos encontrar en la propia jurisprudencia. Así, en la SAP Madrid 165/2018, de 2 marzo, relativa a hechos delictivos llevados a cabo por el acusado en el marco de la banda latina *Dominican Don't Play*, se da cuenta de la solicitud del Ministerio Fiscal contenida en el correspondiente escrito de calificación, de que el juez acuerde la disolución de la organización *ex art. 570 quáter.1 CP* (“El Ministerio Fiscal, en relación al acusado [...], califica definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de organización criminal de los artículos 570 bis.1, párrafo 1, incisos 3º y 4º y 570 quáter 1 y 2 todos ellos del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el acusado [...], solicitando una pena de dos años y seis de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena [...], inhabilitación especial para todas las actividades económicas o negocios jurídicos de la organización por tiempo de nueve años, disolución de la banda latina Dominican Dont Play y las costas conforme al artículo 123 del Código Penal”). La Audiencia Provincial en la citada sentencia, si bien acuerda la condena del acusado por el delito de organización criminal, tal como solicita el Ministerio Fiscal, omite en el fallo toda referencia a la medida de disolución de la banda latina, seguramente por lo absurdo e ineficaz de la misma. ¡Ojalá el simple acuerdo en sede judicial de la disolución de una organización o grupo criminal supusiera de facto su extinción! Se acabaría así como por arte de magia con las grandes organizaciones criminales.

instrumentos del delito, así como de las ganancias delictivas. No obstante, debiera hacerse en este punto alguna matización para el caso en que la organización o grupo criminal sin personalidad jurídica material, se sirviera, sin embargo, de una persona jurídica ficticia. Nos referimos así a los supuestos de agrupaciones delictivas que se escondan tras una “sociedad fantasma”, esto es: una sociedad con personalidad jurídica desde el punto de vista del Derecho mercantil, pero que en la realidad no lleva a cabo las actividades lícitas de que dan cuenta sus estatutos y acta fundacional, siendo una mera pantalla o “velo” de las actividades delictivas que constituyen el objeto real de la organización o grupo criminal. Insta, por tanto, disolver, si bien en un sentido formal acorde a su naturaleza, a dicha “sociedad fantasma”. Es en este punto en el que cobra sentido la referencia a la disolución del art. 570 quáter.1 CP, si bien entendida en este caso, no como pérdida de la personalidad jurídica material, que es inexistente, sino como un mero trámite formal, consistente en la inscripción del acuerdo de disolución, liquidación y baja registral de la persona jurídica fraudulenta¹⁸¹⁸. La disolución habría de ser concebida así como una consecuencia accesoria formal para entes sin personalidad jurídica sustantiva¹⁸¹⁹.

En el supuesto en que la organización o grupo criminal se dedique junto a cometer delitos, de manera secundaria a otra actividad de carácter lícito, ostentando personalidad jurídica real, sí cabría aplicar la disolución entendida como pena para las personas jurídicas, y, con ello, como la disolución definitiva de su personalidad jurídica. No obstante, como *supra* se señaló, tal pena se impondría directamente, esto es, sin la

¹⁸¹⁸ En la escasa jurisprudencia concerniente a “sociedades fantasma” de que disponemos, los tribunales han señalado la “disolución” de las mismas como una consecuencia jurídica “de carácter esencialmente formal”. Así, por ejemplo, la STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, en relación a GEORMADRID e INVESTISSMENT TRANS SPAIN, dos empresas con personalidad jurídica creadas fraudulentamente, en cuyos senos no se realizaba actividad legal alguna. Si bien, nótese que en este caso el Tribunal Supremo, frente a lo que aquí sostenemos, aplicó la consecuencia de disolución a estas “sociedades fantasma” en calidad de pena a una persona jurídica, pues ratifica el fallo de la sentencia de instancia que aplicaba los arts. 31 bis y ss. CP. No obstante, en su argumentación el Alto Tribunal advierte, en el FJ Undécimo, de que dicha interpretación por él ratificada “debiera considerarse en el futuro rechazable pues la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, decultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubieran merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento”. Con ello confirma la posición que aquí mantenemos.

¹⁸¹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pp. 223 y 224, que señala la importancia de “inutilizar el instrumento” -constituido en este caso, por la sociedad fantasma – “para que las personas físicas no sigan delinquiendo” mediante su “disolución”. No obstante, para la autora, en este caso, dado el carácter instrumental de la sociedad, más que de una disolución propiamente dicha, se trataría de “una incautación de un instrumento del delito, pues materialmente no se puede disolver lo que no existe”.

aplicación previa de los requerimientos generales de los arts. 31 bis y ss. CP sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, que, como vimos, carecen de sentido en el ámbito de agrupaciones estructuradas precisamente para delinquir.

Cabe, por último, hacer alguna observación en relación al resto de consecuencias jurídicas previstas para la organización o grupo criminal en el art. 570 quáter.1 CP, pues, junto a la medida preceptiva de disolución, el precepto establece la posibilidad de que los jueces o tribunales acuerden complementariamente “cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código”. Lo cierto es que poco tienen que hacer estas consecuencias complementarias una vez acordada la medida preceptiva de disolución, cuyo significado ya las comprende¹⁸²⁰. Ya vimos que la disolución implicaba, junto a la pérdida definitiva de la personalidad jurídica sustantiva o meramente “formal del ente, extinguir su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico o de llevar a cabo cualquier actividad. Medidas como la suspensión temporal de actividades (art. 33.7.c), la clausura temporal de sus locales o establecimientos (art. 33.7.d), la prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades (art. 33.7.e) o la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas (art. 33.7.f) parecen carecer de virtualidad en relación a una entidad cuya disolución se ha decretado. Sí es procedente, sin embargo, la previsión para las organizaciones y grupos criminales la medida de “intervención judicial temporal para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario” del art. 33.7.g CP, así como la previsión del art. 129.3 CP, para entes sin personalidad jurídica, y del art. 33.7 in fine, para personas jurídicas, de habilitar al Juez instructor para acordar durante la instrucción de la causa “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial” como medidas cautelares.

6. Reflexiones finales. La insuficiencia del recurso a la vía penal de cara a una lucha eficaz contra la criminalidad organizada

La necesidad de establecer sanciones en el orden penal contra los actores de la criminalidad organizada, y, concretamente, los miembros activos de y colaboradores con organizaciones y grupos criminales es incuestionable. Ya hemos señalado que existen bienes jurídicos dignos de tutela penal tras las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP, con independencia de los bienes jurídicos penales afectados por las actividades delictivas perpetradas en el marco de dichas agrupaciones. No obstante ello,

¹⁸²⁰ Así lo han señalado críticamente en la doctrina, si bien en referencia al delito de asociación ilícita, cuyo art. 520 CP presenta una redacción similar al art. 570 quáter.1 CP, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 520”, *op. cit.*, pág. 1546, y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Asociación ilícita”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pág. 105: “Una vez disuelta la asociación, lógicamente ésta ha de cesar en sus actividades, por lo que no parece fácil imaginar qué otras consecuencias accesorias pueden ser de aplicación en la práctica respecto de la misma, que es a la que van referidas y no a sus miembros individuales (en cuyo caso sí serían imaginables algunas, como por ejemplo la del art. 129.1 CP)”.

consideramos necesario señalar que el recurso exclusivo al orden penal como arma contra la criminalidad organizada resulta del todo insuficiente. Es más, *per se* las penas privativas de libertad contempladas en los arts. 570 bis y 570 ter CP, y, en los tipos penales que constituyen las actividades prototípicas de las organizaciones y grupos criminales, tienen poca efectividad de cara a eliminar este fenómeno. Las grandes ganancias delictivas que pueden obtenerse mediante la criminalidad organizada compensan con mucho a estos delincuentes de cara a continuar, tras una eventual condena, participando en agrupaciones delictivas. Piénsese, además, que las organizaciones criminales, aquí interpretadas como agrupaciones mafiosas, pueden en ciertos casos, de mano de corruptelas y del uso de la intimidación -que forma parte de su *modus operandi* -, conseguir, si no absoluciones, beneficios penitenciarios, o, en su defecto, cumplimientos “acomodados” de las condenas en prisión. Es cierto que el decomiso, y, sobre todo el decomiso ampliado, como consecuencia accesoria prevista en el orden penal a la pena de prisión, es especialmente efectiva a estos efectos, al incautar las ganancias ilícitas, directas o indirectas, procedentes del delito y los efectos e instrumentos empleados en el mismo. No obstante, aun así, teniendo el decomiso un efecto, como decimos, más incidente en la prevención de comportamientos futuros relacionados con la delincuencia organizada, sigue siendo insuficiente si se pretende una lucha contundente contra el fenómeno.

Para incidir sustancialmente en la delincuencia organizada, haciendo disminuir de manera contundente el número de organizaciones y grupos criminales, es necesario intervenir en lo que son las causas últimas de la delincuencia organizada, esto es, los factores expuestos en la introducción que explican el gran desarrollo de los grupos, y, sobre todo, de las organizaciones criminales, particularmente desde mediados del siglo XX. Si bien entre estos factores se encuentran algunos difícilmente atajables, o, que, no interesa modificar por sus indubitados beneficios a la sociedad, como pudieran ser la revolución tecnológica o la apertura de las fronteras entre países europeos, tras el acuerdo Schengen, hay otros en los que sí puede, y debe, incidirse, como son la acuciante situación global de desigualdad social, y, sobre todo, la completa desregularización de los sectores económicos y financieros.

Las desigualdades sociales, y la extrema pobreza en que viven ciertos sectores de la población, ya a nivel europeo, ya a nivel global, son factores sin duda aprovechados por las organizaciones y grupos criminales, que hacen negocio de las acuciantes necesidades económicas de ciertos individuos¹⁸²¹. Actividades delictivas prototípicas del crimen organizado como el tráfico ilegal de inmigrantes, la trata de personas con fines de explotación laboral o sexual y el tráfico de órganos son

¹⁸²¹ Apunta a la pobreza como baza o caldo de cultivo para el desarrollo de la criminalidad organizada, el propio Parlamento de la UE, en su Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309(INI)), cuando señala que: “las mujeres y adolescentes inmigrantes en situación ilegal están más expuestas a formas de delincuencia organizada, por ejemplo, a través de la prostitución o la trata de seres humanos, que las mujeres y jóvenes que poseen la nacionalidad de un Estado de la UE”.

manifestaciones claras de esta realidad. Insta, por tanto, de manera urgente a la adopción de medidas globales contra la pobreza. Nos somos, sin embargo, optimistas a este respecto, pues la realidad demuestra que las desigualdades sociales y económicas son cada vez mayores, a lo que no ayuda, desde luego, el progresivo auge global de partidos de extrema derecha, que defienden, cada vez, con menos sentimiento de vergüenza, un discurso claramente racista, xenófobo, y, con marcados tintes de aporofobia. Ejemplos claros de ello son gobiernos como los de los Estados Unidos, Hungría o Italia, o el reciente ascenso al poder de Jair Bolsonaro en Brasil, sin obviar el importante peso político de partidos de este tipo en países como Francia (Agrupación Nacional), y ahora, por desgracia, en España, tras la inserción en el Parlamento Andaluz de VOX con un número importante de escaños.

El otro factor clave en el desarrollo y existencia actual de las organizaciones criminales, en su interpretación aquí mantenida como agrupaciones delictivas mafiosas, es, como señalamos, la desregularización de la economía y la libertad de circulación de capitales en el territorio de la Unión Europea, que permite a estas agrupaciones insertar fácilmente en el mercado legal sus ganancias procedentes del delito¹⁸²². A este respecto, no basta con que los Estados tipifiquen en sus legislaciones nacionales el blanqueo de capitales, y, que las distintas legislaciones se armonicen en *pro* de una aplicación coordinada del delito en los distintos países¹⁸²³, sino que es necesario también actuar contra los paraísos fiscales actualmente existentes¹⁸²⁴, así como dictar leyes que permitan un mayor, y más eficaz, seguimiento de las transferencias financieras entre diversos Estados¹⁸²⁵.

¹⁸²²FERRÉ OLIVÉ, J.C., “<<Blanqueo>> de capitales y criminalidad organizada”, *op. cit.*, pág. 85, denuncia también, con acierto, la “complicidad del sistema financiero” para con estas prácticas fraudulentas (“algunas entidades financieras han decidido ignorar el origen ilícito de los capitales, en la medida en que se obtienen importantes beneficios económicos”).

¹⁸²³Vincula el blanqueo de capitales con la criminalidad organizada, haciendo hincapié en la necesidad de una cooperación internacional entre los Estados para afrontar este fenómeno, el Parlamento Europeo en Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309(INI)): “el blanqueo de capitales es uno de los canales más insidiosos de contaminación entre lo lícito y lo ilícito, y constituye un paso indispensable sin el cual el poder adquisitivo obtenido mediante el delito solamente sería potencial y podría utilizarse únicamente dentro del circuito ilegal, pero no podría traducirse en verdadero poder económico; [...] la cooperación y la colaboración internacionales representan un elemento fundamental para luchar de forma eficaz contra el blanqueo de capitales”

¹⁸²⁴ Se pronuncia en este sentido con contundencia MUSACCHIO, V., “Concepto de criminalidad organizada transnacional, globalización y función de la cooperación internacional”, *op. cit.*, pág. 4: “Las naciones deben encontrar estrategias efectivas para controlar la economía ilegal que gira en torno al crimen organizado transnacional. La armonización de la legislación nacional sería sólo uno de los desafíos que deben abordarse lo antes posible. Pero no será posible agregarle nuevas reglas del mercado global. [...] ...sin intervenir en Europa y en el ámbito internacional con medidas relativas a los paraísos fiscales y comenzando embargos económicos y financieros, no se va a ninguna parte, puesto que debe lucharse la “guerra” con armas contundentes”.

¹⁸²⁵ Apunta a esta necesidad la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de octubre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe definitivo) (2013/2107(INI)): “Considerando que los *flujos de dinero negro* a través de transferencias de fondos pueden dañar la estabilidad y reputación del sector financiero y amenazar el mercado interior de la Unión; que la *capacidad de seguimiento total de los fondos* puede ser una herramienta importante y muy valiosa en la prevención, investigación y detección

La corrupción, que es uno de los *modus operandi* de las organizaciones criminales para insertarse en las instituciones y los mercados, afectando a las reglas de la sana competencia y al correcto funcionamiento del sistema democrático, ha de ser también objeto de especial atención si se pretende una lucha contundente y eficaz contra la delincuencia organizada mafiosa¹⁸²⁶. En este sentido, además de la conveniente tipificación en todas las legislaciones nacionales de los Estados de las conductas relacionadas con la corrupción (cohecho, tráfico de influencias, prevaricación, etc.), es fundamental incidir en la necesaria adopción de medidas que garanticen la transparencia en el sector público. Así, ha de garantizarse a nivel legal que las Administraciones Públicas estatales, autonómicas, y, sobre todo, locales -que, en cuanto más cercanas, son las más expuestas a la corrupción- de los Estados miembros hagan públicos, ante la prensa y la ciudadanía, con la adecuada periodicidad, los ingresos y gastos realizados con fondos públicos.

Por otra parte, resulta también clave, como subrayó en su momento el Parlamento Europeo, en su resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309(INI)), la previsión y eficiente puesta en marcha de medidas de protección de eventuales víctimas, testigos, informadores y colaboradores con la justicia, así como de sus respectivos familiares y allegados, en el ámbito que nos ocupa. Teniendo en cuenta que las organizaciones mafiosas se sirven de la fuerza de la intimidación, tanto *ad intra*, como *ad extra*, de la agrupación, provocando sentimientos de miedo y temor a denunciar los hechos, deviene fundamental poner en marcha medidas eficaces en *pro* de la protección de estos sujetos, contando para ello con profesionales formados de cara, no sólo a la defensa física de los mismos, sino también al asesoramiento y ayuda psicológica.

La ausencia de datos sobre la incidencia de las organizaciones mafiosas en España, y la poca atención prestada a la misma por parte de las instituciones estatales también es un elemento preocupante, sin duda a mejorar¹⁸²⁷. Evitando caer en el alarmismo, es necesario

del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo”. En la doctrina española hace hincapié sobre esta necesidad FERRÉ OLIVÉ, J.C., “<<Blanqueo>> de capitales y criminalidad organizada”, *op. cit.*, pág. 85: “El libre tránsito de capitales en Europa obliga a mejorar los controles sobre dichos capitales en el origen, sin que esta política de intervención pueda ser interpretada como una traba a su libre circulación”.

¹⁸²⁶ Alerta sobre el empleo de la corrupción por las agrupaciones delictivas el último informe SOCTA 2017, pág. 16: “OCGs use corruption to infiltrate public and private sector organisations relying on bribery, conflicts of interest, trading in influence and collusion in order to facilitate their criminal activities. Corruption distorts legitimate competition and erodes public trust in authorities and legal systems. Corruption is used to enable all types of criminal activity. However, the prevalence and scale of corruption associated with different crimes vary. Some criminal activities use corruption as an integral part of their *modus operandi*”.

¹⁸²⁷ En este sentido, insta recordar de nuevo las advertencias de jueces, fiscales e investigadores italianos, especializados en el fenómeno de las mafias, sobre la presencia estable de organizaciones mafiosas en España, y la aparente negación de esta preocupante circunstancia por las autoridades españolas. Véase a este respecto, por ejemplo, la entrevista al general siciliano Giuseppe Governale, a cargo de la Dirección de Investigación Antimafia (DIA) de Italia en EL CONFIDENCIAL, 01/08/18 (fecha de consulta:

una mayor implicación de instituciones y medios de comunicación en este asunto. Hacen falta más estudios de investigación y estadísticas sobre el nivel de negocios de estas organizaciones en nuestro país, que sean difundidos sin tintes sensacionalistas por los medios de comunicación, en *pro* de conseguir una mayor concienciación social e institucional sobre lo preocupante de este fenómeno, que lleve a los gobiernos a adoptar medidas realmente eficientes al respecto, como las referidas *supra*.

30/01/19), en la que Governale alerta: “La policía española trabaja con el máximo empeño, pero eso no es suficiente. Se necesitan nuevas leyes y que se comprometa la sociedad civil. Si la sociedad civil se comporta como si las mafias no existieran en España, porque le conviene, porque eso supone que entre dinero, la situación no se resolverá. Es la misma actitud que registramos en todos los países europeos. Se debe evidentemente a que no ha sucedido lo que pasó en Italia, que corrió el peligro de que el Estado fuera destruido. Por eso en España ignoran a las mafias. Quizá porque no conocen al enemigo”.

CAPÍTULO VI. RELACIONES CONCURSALES

1. Introducción

Hemos abordado hasta aquí el análisis de los delitos de organización y grupo criminal, examinando y tratando de dar respuestas a los problemas identificados en cada una de las fases de la secuencia delictiva: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. El estudio de estos delitos no debe, sin embargo, acabar aquí, pues resta por tratar una cuestión especialmente problemática en relación a los mismos, por algunos incluso tachada como “la más problemática”¹⁸²⁸. Nos referimos a las relaciones concursales concurrentes entre los tipos de organización y grupo criminal y otros delitos contemplados en el Código penal. Estas relaciones pueden clasificarse en dos tipos: por un lado, se encuentran las existentes entre los delitos de organización y grupo criminal y las restantes vías de castigo de la participación en agrupaciones delictivas que se contemplan actualmente en el Código penal; y por otro, las concurrentes entre los tipos penales que nos ocupan y los delitos en su caso ejecutados en el marco de la organización o grupo criminal, ya como “delitos-fin”, ya como “delitos instrumentales”.

Las primeras relaciones concursales a tratar son, como adelantamos, el resultado de la previsión por el legislador de distintas normas para la punición de la sola participación en una agrupación con fines delictivos: dos que podemos tildar de generales, por referirse *de lege lata* a todo tipo de agrupaciones, sin restringir su fin delictivo, constituidas por un lado, por los delitos de organización y grupo criminal que aquí tratamos, y por otro, por los tipos de asociación ilícita; y una calificable como de especial, en cuanto se restringe a agrupaciones con fines delictivos concretos, conformada por los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal previstos en relación a determinados tipos delictivos, como el tráfico de drogas o los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La pregunta a la que aquí se pretende dar respuesta es: ¿todas estas vías castigan hechos idénticos, o hay diferencias entre ellas -obviando, claro está, la referente al ámbito de aplicación general o especial de las mismas ya señalado -? Si la respuesta a esta pregunta resulta afirmativa, tendremos que tratar las relaciones existentes entre estas vías como concursos de leyes, pues, de lo contrario, su aplicación acumulativa supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*. En este caso, tendremos que, aplicando, bien las reglas generales del art. 8 CP, bien la disposición específica en materia concursal establecida en el art. 570 quáter.2.II CP, determinar de entre las normas aparentemente aplicables, cuál debe ser la que dé cobertura al hecho en cuestión.

Las segundas relaciones concursales objeto aquí de estudio son, sin embargo, más fácilmente “catalogables”. Sentado el carácter de injusto autónomo de los tipos de

¹⁸²⁸ Así, LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 25. Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pág. 985, que se refiere a las relaciones concursales como “quizás la mayor problemática” que se plantea en relación a los delitos de organización y grupo criminal.

organización y grupo criminal -aspecto que abordamos con detalle en el capítulo primero -, resulta en este punto fuera de controversia el que las relaciones concursales entre estos delitos y los tipos que en su caso se ejecuten en el marco de la organización o grupo criminal han de ser las propias del concurso de delitos *ex* arts. 73 y ss. CP. Sendos delitos castigan hechos distintos: los tipos de organización y grupo criminal punen las conductas de participar activamente o colaborar con estas agrupaciones delictivas, portadoras de un injusto autónomo; y, los delitos ejecutados en su marco, cualesquiera que sean, la conducta típica en cuestión descrita en la norma correspondiente. No hay, por tanto, bajo ninguna circunstancia concurso aparente de normas en estos casos. En lo siguiente, abordaremos con detalle cada una de estas relaciones concursales surgidas en relación a los tipos objeto de estudio.

2. Relación concursal entre los tipos de los arts. 570 bis y 570 ter CP y las distintas vías de castigo de la participación en organizaciones o grupos criminales

2.1. Relación concursal con el delito de asociación ilícita del art. 515.1º y ss. CP

2.1.1.El aparente solapamiento absoluto entre los arts. 515.1º y ss. y el art. 570 bis CP

Como se ha señalado en distintos momentos a lo largo de este trabajo, antes de la introducción en el Código penal de los delitos de organización y grupo criminal, el castigo de la participación en agrupaciones dedicadas a delinquir venía articulándose mediante el delito de asociación ilícita, concretamente, en su modalidad primera de “asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito”, esto es, por los arts. 515.1º y ss. CP. En 2010, en base a la obligación marcada por los convenios internacionales -la Convención de Palermo de 2000 y la Decisión Marco del Consejo europeo de 2008 - a los Estados parte de tipificar en sus legislaciones nacionales la participación en agrupaciones delictivas, se incorporan, por LO 5/2010, de 22 de marzo, los delitos de organización y grupo criminal, pero no se suprime el delito de asociación ilícita criminal, hasta entonces empleado -aunque pocas veces -para el castigo de estas conductas, encontrándonos así, al menos aparentemente, con la existencia de una doble vía de punición de la participación en estructuras organizadas para la comisión de delitos.

Se impone aquí, por tanto, el tratamiento de esta cuestión, para lo que insta, en primer lugar, comprobar si esa apariencia de duplicidad en el castigo de la participación en agrupaciones criminales es efectivamente tal o si, por el contrario, hay diferencias en la regulación de las mismas, de las que concluir que estamos ante normas con ámbitos de aplicación distintos, negándose así la mencionada duplicidad, y, por ende, la existencia de una relación de concurso de normas entre los arts. 515.1º y ss. y los arts. 570 bis y 570 ter CP. A este respecto, habida cuenta de que los comportamientos típicos de una y otra vía son esencialmente los mismos, esto es: participar en la agrupación, ya

en un puesto de primer nivel, como dirigente, ya en uno de segundo nivel, como simple miembro participante, y colaborar con la misma sin formar parte de su organigrama, el foco de atención ha de ponerse en los conceptos de asociación ilícita criminal del art. 515.1.1º CP y de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP, como las agrupaciones, centro de reunión de todas las conductas típicas. Ha, por ello, de dilucidarse si existen o no diferencias entre estos conceptos, de las que poder delimitar diferencias en el ámbito de aplicación de los tipos penales.

En este sentido, en lo que se refiere a la asociación ilícita de tipo criminal - los conceptos de organización y grupo criminal ya han sido estudiados previamente – la ley es ciertamente escueta en su definición, disponiendo tan sólo que se entiende como tales a “las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”. Las únicas orientaciones que se dan, así, a los jueces y tribunales de cara a la estimación en el caso concreto de la existencia de una asociación ilícita criminal son su finalidad delictiva, que puede ser originaria, esto es, existente desde la existencia misma de la asociación, o sobrevenida, una vez se encuentra ya existente una asociación con propósitos no delictivos, produciéndose en este caso -se infiere -una mutación de sus fines, o una incorporación, junto a los fines lícitos ya subsistentes, de otros objetivos complementarios de carácter delictivo. Ante la insuficiencia de esta definición, la jurisprudencia tuvo que establecer, supliendo la labor del legislador, el resto de caracteres de la asociación ilícita del art. 515.1º CP. Se dispuso así como nota inherente a la asociación criminal el objetivo de cometer una pluralidad de delitos, señalándose que, a pesar de que el término “algún delito” pudiera, en una interpretación literal, entenderse como un único delito, la incriminación autónoma del delito, y su necesaria delimitación con la conspiración y la mera codelincuencia¹⁸²⁹, hacían necesario interpretarlo como pluralidad de delitos¹⁸³⁰. Junto al carácter plural de los delitos

¹⁸²⁹ Señalando la diferencia entre la codelincuencia y la asociación ilícita en base a este aspecto, puede verse la STS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Noveno: “En este caso el presupuesto fáctico calificado por la Sala de instancia como delito de asociación ilícita, independientemente de los delitos cometidos de robo y de falsedad, sería como dice el recurrente un supuesto de codelincuencia en la comisión de éstos, si el acuerdo o concierto para delinquir se hubiese hecho para la concreta realización de una determinada y singular acción criminal, perfectamente precisada de antemano en todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, teniendo entonces el concierto criminal una vocación de transitoriedad volcada exclusivamente a la realización de una acción concreta prevista. Es decir, si se hubiese tratado de una verdadera conspiración para delinquir del artículo 14, absorbida luego por la efectiva ejecución material del delito concertado. Sin embargo, no es esto lo que el relato histórico expresa, sino que el concierto para delinquir aparece dirigido a la creación de una organización [...] diseñada para la futura comisión de delitos de robo [...] Se trata pues de una asociación ilícita para delinquir y no sólo de un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores”.

¹⁸³⁰ Así, por ejemplo, las SSTS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Noveno, y 421/2003, de 10 de abril, FJ Sexto (en reproducción de la primera): “el fin de la asociación [...] ha de ser la comisión de delitos”. De la misma opinión era ya en su momento la doctrina mayoritaria. No obstante, había algunas posturas disidentes, pudiendo encontrarse algún autor que contemplaba la posibilidad de apreciar el delito en relación a asociaciones criminales cuyo objeto consista en un único delito, como GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones”, *op. cit.*, pág. 668, si bien en relación al antiguo art. 172.2º CP 1944 (“las asociaciones ilícitas [...] son las formadas por un grupo de personas que persiguen, como finalidad esencial, la comisión de uno o varios delitos. El que se hable de “algún delito” no puede llevar a pensar que ha de tratarse de uno solo y determinado, que

objeto de la agrupación, otro rasgo marcado como inherente de la asociación criminal por jurisprudencia¹⁸³¹ y doctrina¹⁸³², era la ausencia de una determinación total de las circunstancias de tiempo y lugar que rodean a cada uno de los delitos que lo conforman; algo que, junto al elemento anterior, también está presente en los conceptos de organización y grupo criminal. El resto de características atribuidas a la asociación criminal, véase: la vocación de permanencia en el tiempo, o, reproduciendo una cita jurisprudencial, el que la agrupación presente "cierta consistencia o permanencia", de forma "que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio"¹⁸³³, y la existencia de al menos tres sujetos agrupados y organizados bajo un reparto de tareas¹⁸³⁴, resultan también comunes a la organización y al grupo criminal,

también puede ocurrir; sino que tal expresión, de carácter indeterminado, debe ser entendida como destinada a concretar, no el delito, sino, tan sólo, el objeto delictivo que ha de perseguir la asociación”).

¹⁸³¹ La STS 234/2001, de 3 de mayo, FJ Noveno, establece, por ejemplo, en este sentido: “el fin de la asociación [...] 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”, y más tarde, citando a la STS de 17 de enero de 1986: “...la diferencia está en [...] la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe [...] una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar”.

¹⁸³² Véase, por ejemplo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 224: “La necesidad de deslindar [...] la asociación de la conspiración obliga a la doctrina a atribuir a la primera otra característica que perfila sus contornos: la asociación tiene por objeto la comisión de delitos “indeterminados”; la “conspiración apunta a hechos criminales concretos”.

¹⁸³³ Así las SSTs 1/1997, de 28 de octubre, 234/2001, de 3 de mayo, 415/2005, de 23 de marzo, y 109/2012, de 14 de febrero, entre otras. La STS 331/2012, de 4 de mayo, FJ Tercero, en aplicación de esta interpretación, declara no aplicable el tipo de asociación ilícita criminal por entender que la agrupación en cuestión objeto de enjuiciamiento “no tenía por objeto, con vocación de permanencia en el tiempo, la comisión de nuevos, indeterminados y futuros delitos, sino como reflejan los hechos probados, el grupo se constituye con una finalidad concreta: salvar la angustiada situación económica que atravesaba el entramado empresarial de Ernesto, que se conseguiría con la obtención del rescate exigido”. Nótese que esta vocación de estabilidad se conecta con el concepto mismo de “asociación”, caracterizada, como señalara en su momento GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones”, *op. cit.*, pág. 661, por la existencia de un “vínculo real, permanente y estable común a todos los asociados y que los une en vista a unos fines”, lo que falta, sin embargo, en la simple reunión.

¹⁸³⁴ Señálese que sólo dos sentencias, pero no referidas al Código penal actual, sino al de 1944, y al tipo de asociación ilícita criminal entonces vigente, en el art. 173.1º CP, mantienen la posibilidad de apreciar el concepto en agrupaciones de dos personas: las SSTs de 8 de octubre de 1979 (2º Considerando: “el número de asociados no debe ser inferior a dos”, pero, no obstante, señalaba a continuación que “algunos sectores doctrinales, fijando su atención en el art. 513 del CP, exigen un número no inferior a tres”), y 338/1992, de 12 de marzo, FJ Décimo-séptimo, citando a la anterior. Hoy día en relación al art. 515.1.1º CP 1995, la casi totalidad de jurisprudencia y doctrina señalan la necesidad de que la agrupación en cuestión esté formada al menos por tres personas. Así, por ejemplo, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 69, argumentando que esta interpretación concuerda con lo dispuesto por el art. 5.1 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, que establece un mínimo de tres personas físicas o jurídicas para constituir una asociación. Distanciándose de esta línea interpretativa hoy mayoritaria, PÉREZ CEPEDA, A.I., “La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno”, *op. cit.*, pág. 100, que, como las sentencias *supra* mencionadas, prevé la posibilidad, a este respecto, de un mínimo de dos sujetos. Por otra parte, y en lo que hace a la dificultosa distinción entre los conceptos de asociación ilícita criminal y organización criminal, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 560, señala, con acierto, que “en ambos casos se exige una pluralidad de sujetos y, aunque en la regulación del CP arts. 515 ss. no se especifica el número mínimo de los mismos, sería absurdo mantener que éstas serían las constitutivas por dos personas, para delimitarlas de las organizaciones criminales que son más de dos”. No tendría, desde

imposibilitándose, por tanto, de entrada una diferenciación entre estos conceptos, a raíz de la que delimitar los ámbitos de aplicación de los tipos penales. Junto a esta coincidencia entre los conceptos legales de organización y grupo criminal y la definición jurisprudencial de asociación ilícita criminal se encuentra otra circunstancia que, desde luego, no ayuda en la tarea de delimitación de los conceptos. Nos referimos a la fórmula “organización o asociación” empleada ya antes de 2010 en los subtipos cualificados de la Parte Especial, de la que se infería la equivalencia en significado de los términos “asociación ilícita criminal” del art. 515.1º CP y “organización criminal”, presente entonces exclusivamente en los subtipos cualificados¹⁸³⁵.

La doctrina¹⁸³⁶ y la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011¹⁸³⁷, restringen esta coincidencia conceptual con la asociación ilícita criminal a la figura de la

luego, sentido dejar vigente el delito de asociación ilícita criminal, tras la incorporación del delito de organización criminal, sólo para castigar a las agrupaciones de dos sujetos con fines delictivos. Ello obviando el escaso potencial lesivo de una agrupación de sólo dos personas, no merecedor de un tipo penal autónomo para el castigo de la participación en el mismo.

¹⁸³⁵ Véase, a este respecto, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del artículo 515.1 CP y la nueva reforma penal”, *op. cit.*, pág. 13: “la doctrina ha tendido a entender que asociación para delinquir y organización criminal son nociones idénticas, y así se ha operado hasta ahora en la relación entre el art. 515.1º CP y los diferentes tipos cualificados”. Autores que han mantenido expresamente antes de 2010 la equivalencia de los términos organización criminal y asociación ilícita criminal han sido, por ejemplo, JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 667, REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 242, o GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 236.

No obstante, insta señalar que se encontraba entonces también una vertiente doctrinal, aunque minoritaria, representada por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *op. cit.*, pág. 663, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pág. 1780, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Trata de seres humanos y delincuencia organizada: conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal”, *InDret*, nº 1, 2012, pp. 419 y 420, y PÉREZ CEPEDA, A., “La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno”, *op. cit.*, pág. 98, que mantenía la existencia de importantes diferencias entre ambos conceptos. A grandes rasgos podemos decir que para estos autores la relación existente entre la asociación ilícita y la organización criminal era de género a especie, constituyendo la asociación un concepto amplio (el género), para cuya apreciación sólo se requería de la existencia de una pluralidad de personas –dos o tres, según diversa jurisprudencia – interrelacionadas entre sí a través de una estructura organizativa con cierta permanencia, y la organización una especie dentro de aquélla portadora de un plus de peligrosidad por la ostentación de una serie de elementos extra que estos autores vienen identificando con los tradicionalmente mencionados en las definiciones de criminalidad organizada contenidas en los convenios y tratados internacionales, esto es: el fin de cometer de delitos graves, la búsqueda de beneficio económico o poder político a través del uso de la violencia, la amenaza y la corrupción, y la adopción de una estructura compleja de tipo empresarial con diferentes esferas logísticas y niveles jerárquicos para maximizar el beneficio.

¹⁸³⁶ En la doctrina señalan esta equivalencia entre el concepto legal de organización criminal y el concepto jurisprudencial de asociación ilícita criminal, SUÁREZ LÓPEZ, J.M., “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada”, *Anales de Derecho*, nº 30, 2012, pp. 104-107, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 559 y 560, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1406, que señala que “la coincidencia conceptual es absoluta”, LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 24. Delitos contra la Constitución”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª

organización criminal, subrayando la identidad de la definición legal de organización criminal con la jurisprudencial de asociación ilícita de objeto criminal, dejando, sin embargo, al margen al grupo criminal, en cuanto que, al no exigir el art. 570 ter.1 CP las notas de estabilidad y de estructura con reparto de tareas entre sus miembros, se distanciaría el concepto del de asociación ilícita criminal¹⁸³⁸. Personalmente no compartimos esta argumentación pues, como en su momento expusimos, entendemos que, pese a que la letra de la ley no lo exija, la vocación de permanencia y la estructura con reparto de funciones han de estar presentes en el grupo criminal, si bien normalmente con menor intensidad que en la organización criminal. Habida cuenta de nuestra interpretación restrictiva respecto al tenor literal de la ley tanto del concepto de organización criminal, como agrupación delictiva de tipo mafioso, como del de grupo criminal, como agrupación delictiva, ambas con vocación de permanecer en el tiempo, lo cierto es que el solapamiento con el delito de asociación ilícita criminal podría producirse respecto a ambas figuras. Así cuando concurra una organización mafiosa, a la misma podría serle aplicable, bajo nuestra interpretación, tanto el art. 570 bis CP como los arts. 515.1º, 517 y 518 CP, que, si bien no requieren específicamente en su interpretación jurisprudencial el carácter mafioso, abarcarían también, desde luego, a estas agrupaciones, en tanto persiguen la comisión de delitos con reparto de roles y estabilidad. Cuando la agrupación delictiva con vocación de estabilidad no sea de tipo mafioso, el concurso de normas se produciría entre el art. 570 ter CP y los arts. 515.1.1º y ss. CP.

Para solventar estos concursos aparentes de normas y determinar qué norma es aplicable -si el delito de organización/grupo criminal o el de asociación ilícita-, ha de acudirse por disposición expresa del legislador al art. 570 quáter.2 *in fine* CP, que dispone que “cuando las conductas previstas en dichos artículos –en referencia a los arts. 570 bis y 570 ter CP¹⁸³⁹, reguladores de los delitos de organización y grupo

ed., Colex, Madrid, 2015, pág. 831, y MUÑOZ CUESTA, F.J., “Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia”, *op. cit.*, pág. 7.

¹⁸³⁷ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 27 y 28.

¹⁸³⁸ Así lo argumentan, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2165 (“A la vista de las notas conceptuales definitorias de la asociación y las de “organización”, los problemas de colisión entre el 570 bis y el 515 CP están servidos; no por lo que se refiere al 570 ter, pues el grupo se define por exclusión de lo que caracteriza justamente, también, a la asociación -estructura y permanencia-”), o LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 24. Delitos contra la Constitución”, *op. cit.*, pág. 832.

¹⁸³⁹ Aunque lo cierto es que en puridad el problema del concurso normativo surgirá en relación al delito de organización criminal (art. 570 bis CP), quedando a salvo el delito de grupo criminal (art. 570 ter CP) que viene a incorporar al Código Penal un concepto novedoso cual es de las agrupaciones delictivas de posible transitoriedad y sin un necesario reparto de tareas entre sus miembros. Así lo señalan MARTELL PÉREZ-ALCALDE y QUINTERO GARCÍA, “De las organizaciones y grupos criminales” en QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, pág. 360: “el anunciado concurso de leyes se refiere solo al artículo 570 bis (organización criminal), que no al artículo 570 ter (grupo criminal), en tanto éste último se caracteriza [...] por la ausencia de alguna de las notas de estabilidad y reparto de tareas y recuérdese que la asociación ilícita, desde Quintano, exige de consistencia formal, estabilidad y organización jerárquica con distribución de roles entre sus miembros”, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 517 *in fine* y 518, y la propia

criminal, respectivamente – estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8”.

La doctrina mayoritaria ha visto en esta disposición un reflejo de la propia conciencia del legislador del solapamiento absoluto que, tras la reforma de 2010, se produce entre los tipos de organización criminal y asociación ilícita criminal¹⁸⁴⁰. MARTELL PÉREZ-ALCALDE y QUINTERO GARCÍA se muestran especialmente críticos a este respecto, tildando esta cláusula concursal de “vergonzosa” por cuanto supone -afirman- “admitir la existencia de dos tipos penales de dimensiones antijurídicas indistintas e indiferenciadas”, esto es, “admitir una imperfección legislativa”¹⁸⁴¹, acudiendo, por ello, a la regla de la alternatividad como única vía posible, ante el total solapamiento entre los tipos, para determinar el precepto aplicable. La consecuencia de ello sería aparentemente -esto es, sin realizar por ahora una minuciosa comparación penológica entre los tipos, en atención a las distintas penas que se prevén para el delito de organización criminal en función a la gravedad de su objeto delictivo -la práctica inaplicación del tipo de asociación ilícita criminal, que, en cuanto, en líneas generales, prevé penas inferiores a la del de organización criminal, quedaría ex art. 8.4º CP sin aplicación a los supuestos de agrupaciones de más de dos sujetos que tengan como fin, en base a una coordinación y reparto de tareas entre sus integrantes, la comisión de delitos con vocación de permanencia. Aunque, si se admite también el solapamiento entre las figuras de asociación ilícita y grupo criminal, la aplicación del criterio de alternatividad sí permitiría aplicar en la mayoría de supuestos la figura de la asociación ilícita, en detrimento de la del grupo criminal, cuyo ámbito de aplicación quedaría prácticamente anulado, salvo en los supuestos de persecución de delitos especialmente graves y/o de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de esta figura, inexistentes en la asociación ilícita. Sin embargo, ya comentamos que abogamos por una interpretación restrictiva de los elementos propios de la asociación ilícita criminal, en base a la cual la coincidencia conceptual se limitaría a la asociación y

Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 27 y 28.

No obstante, cabe reseñar que, en todo caso, podría apreciarse algún conflicto normativo entre el art. 570 ter CP y alguno de los subtipos agravados por pertenencia a organización que contemplan la posibilidad del carácter transitorio de la agrupación, aunque, como veremos, ello tampoco resulta del todo claro dada la tendencia jurisprudencial a interpretar restrictivamente tales subtipos, requiriendo en muchas ocasiones, a pesar de su expreso tenor literal, el carácter permanente.

¹⁸⁴⁰ Así lo apuntan, por ejemplo, SUÁREZ LÓPEZ, J.M., “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada”, *op. cit.*, pág. 109, que refiere que de “la indiscutible dificultad, por no decir imposibilidad, que se encuentra a la hora de diferenciar las asociaciones ilícitas de las organizaciones criminales” es consciente “el propio legislador [...] 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”), y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1406, que señala que la cláusula concursal del art. 570 quáter “pone de manifiesto [...] que la nueva regulación viene a propiciar un problema de colisión normativa irresoluble salvo recurriendo a la mayor gravedad de la pena”.

¹⁸⁴¹ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 360.

la organización, quedando extramuros el grupo criminal, por la presencia en él de dichos elementos pero en una intensidad menor.

La aún mayor marginalidad del delito de asociación ilícita que provoca la reforma del Código penal de 2010 ante la aplicación de la regla de la alternatividad en los concursos de leyes entre los arts. 515.1º y ss. CP y el art. 570 bis.1 CP, ha hecho cuestionarse a prácticamente la totalidad de la doctrina por el sentido del mantenimiento de este tipo penal tras la incorporación al Código penal del delito de organización criminal. Especialmente perplejos por esta circunstancia se han mostrado, por ejemplo, GONZÁLEZ RUS¹⁸⁴² o GARCÍA ALBERO¹⁸⁴³, señalando éste último que “el legislador debió haber derogado el artículo 515 CP” con la LO 5/2010, de 22 de junio. Esta misma perplejidad ha sido el motor que ha llevado a la doctrina a recurrir a vías alternativas a la letra de la ley con las que poder detectar diferencias en los conceptos de organización criminal y asociación ilícita, que expliquen este mantenimiento del tipo asociativo tras la incorporación al Código penal del art. 570 bis CP. Si de la literalidad de los arts. 515.1º CP y 570 bis CP, y de la jurisprudencia dictada en relación a los conceptos de asociación ilícita y organización criminal, no puede extraerse una diferencia cualitativa entre los mismos, con la que detectar ámbitos de aplicación diferenciados de sendos tipos penales, habrá de buscar otros instrumentos que puedan dar “pistas” a este respecto. En este sentido, tres se erigen como los instrumentos complementarios a la ley de los que poder detectar o extraer un ámbito de aplicación propio y autónomo del delito de asociación ilícita de tipo criminal: (1) las declaraciones contenidas en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, sobre la necesidad de incorporar, junto al delito de asociación ilícita ya existente, el tipo penal de organización criminal, como delito específico para la punición de la participación en agrupaciones “intrínsecamente delictivas”, haciéndose así uso de una interpretación de tipo teleológico; (2) las diferencias existentes en la ubicación sistemática de uno y otro precepto, teniendo como referente que el delito de asociación ilícita se configura como un delito contra la Constitución, y, más concretamente, como un delito cometido “con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales”, mientras que el tipo de organización criminal se ubica entre los “delitos contra el orden público”, en el empleo de una interpretación sistemática de la ley¹⁸⁴⁴; y, (3) los orígenes del delito de asociación ilícita

¹⁸⁴² GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 37 *in fine* y 38, que, en relación al “delito de asociación criminal del artículo 515.1º” señala: “cuyo mantenimiento tras la reforma de 2010 no ha entendido nadie”.

¹⁸⁴³ GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2166.

¹⁸⁴⁴ Apunta a la existencia de un ámbito de aplicación propio del delito de asociación ilícita, aunque sin precisar cuál es, en base a su ubicación sistemática en el Código penal, la STS 544/2012, de 2 de julio, FJ Tercero: “la exclusión propugnada por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna, hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo, condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación”. Crítica con esta sentencia por su falta de claridad en lo que se refiere a la distinción entre los ámbitos de aplicación de los delitos de

como instrumento tradicionalmente empleado en la defensa del Estado frente a agrupaciones con ideas políticas disidentes, recurriéndose así al método de interpretación histórico. En base a uno o varios de estos elementos, se ha tratado por la doctrina de marcarse criterios de distinción entre los ámbitos de aplicación de los tipos de asociación ilícita y organización criminal, que expliquen la subsistencia del primero tras la reforma de 2010.

2.1.2. Propuestas doctrinales para dotar al delito de asociación ilícita de un ámbito de aplicación autónomo y diferenciado del del tipo de organización criminal

a. El criterio de la forma jurídica: La asociación ilícita como agrupación con personalidad jurídica frente a la organización criminal como ente informal

La distinción propuesta a nivel doctrinal entre ambos tipos penales que quizás haya contado con más apoyos¹⁸⁴⁵ es la que atiende a la ostentación o no por parte de la agrupación dedicada a delinquir de personalidad jurídica, de forma que si la ostenta, se hablará de asociación ilícita, y si no, de organización criminal. Entre los defensores de este criterio de distinción se encuentran TAMARIT SUMALLA¹⁸⁴⁶, GARCÍA DEL BLANCO¹⁸⁴⁷ y JUANES PECES. Éste último es quizás el autor que con mayor contundencia defiende esta propuesta, al afirmar que “la diferenciación entre ambas formas delictuales hay que buscarlas en la apariencia o no de ilegalidad, de manera que si la asociación ilícita es una asociación auténtica o incluso ficticia pero aparentemente legal, habrá de aplicarse el delito de asociaciones ilícitas mientras que si la organización

organización criminal y asociación ilícita delictiva, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº 544/2012, de 2 de julio. Delimitación entre los delitos de asociación ilícita y participación en organización criminal”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 273-276.

Recurrer, al igual que esta sentencia, al criterio de interpretación sistemática para dotar de un ámbito de aplicación propio al delito de asociación ilícita criminal tras la incorporación al Código penal del tipo de organización criminal, LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 24. Delitos contra la Constitución”, *op. cit.*, pág. 825 *in fine*, que remarca que los tipos penales configurados legalmente como “delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, por su ubicación en el Cap. IV de los Delitos contra la Constitución, protegen como bien jurídico los derechos fundamentales.

¹⁸⁴⁵ Así, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter, 572 y 574)”, *op. cit.*, pág. 1351, que define esta tesis como la mayoritaria en la doctrina, pareciendo adherirse a ella en tanto no la crítica.

¹⁸⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 515”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 1538: “la diferencia estaría en que la asociación ilícita requiere, además de la nota de estabilidad y permanencia, propias también de la organización criminal, una mínima estructura asociativa y una apariencia formal que permita confundirla con las asociaciones que participan normalmente en la vida social”.

¹⁸⁴⁷ GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 560.

criminal consiste en una pluralidad de sujetos sin apariencia o forma asociativa, será de aplicación el tipo penal de organización criminal”¹⁸⁴⁸.

De los instrumentos expuestos *supra* como complementarios a la literalidad de las normas penales para delimitar los tipos de asociación ilícita criminal y organización criminal, el recurrido para elaborar este criterio de distinción en base a la forma o no jurídica de la agrupación parece ser el de la ubicación sistemática. Así, TAMARIT SUMALLA, defensor de esta tesis, mantiene que la ostentación por una agrupación dedicada a delinquir de “una apariencia formal que permita confundirla con las asociaciones que participan normalmente en la vida social” implica una afectación a la “vida social democrática”, y a los derechos de los ciudadanos, lo que explicaría, en su opinión, la ubicación sistemática del delito de asociación ilícita entre los delitos contra la Constitución¹⁸⁴⁹. Pero, también las conclusiones contenidas en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, en las que el legislador considera asimismo la diferente ubicación sistemática de los tipos de asociación ilícita y organización criminal, aportan elementos de cara a defender esta tesis. Y es que el legislador afirma que no “cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal”, y, más tarde, que “las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva”¹⁸⁵⁰.

La tesis ha sido, sin embargo, objeto de duras críticas en la doctrina por las muchas incongruencias presentes en su argumentación y por lo incoherente e injusto de sus consecuencias prácticas. En lo que respecta a este último aspecto, se ha señalado por GARCÍA ALBERO¹⁸⁵¹ y otros autores, que este criterio de distinción supone beneficiar injustamente a las agrupaciones que, dedicadas a delinquir, se sirvan por ejemplo fraudulentamente de una apariencia jurídica para ocultar sus actividades delictivas, habida cuenta de que serían, de acuerdo con sus postulados, calificadas de asociación ilícita, previendo los arts. 517 y 518 CP, en líneas generales, unas penas

¹⁸⁴⁸ JUANES PECES, Á., Ponencia “*Efectos de la Reforma del Código Penal en Materia de Grupos Criminales y Terrorismo*”, en XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, 18 de noviembre de 2010, Ponencia editada por el Ministerio de Justicia, Madrid.

¹⁸⁴⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 515”, *op. cit.*, pág. 1538: “la diferencia estaría en que la asociación ilícita requiere, además de la nota de estabilidad y permanencia, propias también de la organización criminal, una mínima estructura asociativa y una apariencia formal que permita confundirla con las asociaciones que participan normalmente en la vida social. [...] La afectación que éste último elemento puede tener en la vida social democrática justificaría su diferente ubicación sistemática y el suplemento punitivo que [...] supone [...] la imposición de la inhabilitación especial para empleo o cargo público”.

¹⁸⁵⁰ Véase apartado XXVIII del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio.

¹⁸⁵¹ GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2166: “tratar de trazar la distinción dependiendo de la forma de personificación que asuma la organización: si reviste forma de persona jurídica, 515 CP, si no, 580 bis [...] supondría privilegiar absurdamente el envoltorio asociativo, y bastaría con aplicar el levantamiento del velo para, de modo oblicuo, llegar a la misma solución”.

inferiores a las del art. 570 bis.1 CP. Y, parece en principio más censurable aún servirse de una “tapadera” legal para actuar delictivamente, garantizándose la impunidad, que actuar en la misma clandestinidad, sin servirse de artimañas fraudulentas. En este sentido, la tesis propuesta debiera en todo caso reservar al tipo de asociación ilícita las agrupaciones destinadas a delinquir que ostenten una forma jurídica al menos no fraudulenta. Es, desde luego, difícilmente defendible sostener que los sujetos que constituyen formalmente una “sociedad fantasma”, esto es: una sociedad instrumental que realmente no realiza ninguna actividad legal, están ejerciendo su derecho fundamental de asociación. Y, desde luego, esa personalidad jurídica que formalmente ostente esa “sociedad fantasma” por su inscripción, a nivel material es nula, siendo en estos casos aplicable la tesis del “levantamiento del velo” para castigar a sus integrantes, en tanto la sociedad materialmente hablando no es más que un fraude. Por otra parte, el propio legislador en el citado preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, deja expresamente al margen del ámbito de aplicación del delito de asociación ilícita a las agrupaciones delictivas dotadas de apariencia jurídica “con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad”, al calificarlas de “agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva”, y, por tanto, de organizaciones criminales *ex art. 570 bis.1 CP*¹⁸⁵².

En cualquier caso, aun haciendo esta corrección a esta tesis doctrinal, en el sentido de dejar al margen del concepto de asociación ilícita a las formas jurídicas fraudulentas, habría objeciones que hacer a la misma. Por un lado, seguiría siendo en cierto como incomprensible el porqué ha de tratarse jurídicamente de forma más benevolente, esto es: con las penas del delito de asociación ilícitas, a los integrantes o colaboradores de agrupaciones dedicadas a delinquir que ostenten personalidad jurídica no fraudulenta, que a los integrantes de y colaboradores con agrupaciones delictivas que no presenten tal formalidad jurídica, o la presenten de manera fraudulenta¹⁸⁵³. Delinquir en el seno de una persona jurídica ofrece a los criminales una herramienta para ocultar sus actividades ilícitas, y, en su caso, blanquear los recursos obtenidos de éstas, no siendo, por tanto, justo privilegiar en todo caso a los miembros de estas organizaciones frente a los de las que actúan en la plena clandestinidad. Por otro, se señala, con razón,

¹⁸⁵²Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, apartado XXVIII: “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 y buscar su impunidad”.

¹⁸⁵³ Así lo han señalado críticamente en la doctrina CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pp. 654 y 655 (“no se puede comprender por qué va a ser castigada con una pena menos severa en la mayoría de los casos la organización criminal/ asociación ilícita (pues su fin es cometer delitos, antes y ahora) por tener personalidad jurídica”), y GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 26 (“sería absurdo que una agrupación que nace para cometer delitos y que se dota de una apariencia jurídica dirigida a facilitar su comisión, no pudiera ser considerada directamente organización criminal (castigada con mayor pena), sino que tuviera que ser calificada necesariamente de asociación ilícita de objeto delictivo (menos pena)”), y CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 23, 2015, pág. 9.

que la interpretación, tanto en el plano jurisprudencial, como en el doctrinal, que se ha venido haciendo hasta el momento del concepto de asociación ilícita criminal *ex art. 515.1.1º CP actual o art. 172 CP 1944*¹⁸⁵⁴, no exige para su apreciación la forma o apariencia jurídica de la agrupación¹⁸⁵⁵. Y es que, si los partidarios de exigir forma jurídica a la asociación ilícita criminal lo hacen en atención a su configuración como “delito cometido con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, en este caso del derecho de asociación, ha de recordarse en este punto que el ejercicio de este derecho es independiente de la inscripción o no en el registro de asociaciones de la agrupación en cuestión, y, con ello, de su ostentación o no de personalidad jurídica. Se puede ejercer, desde luego, el derecho de asociación de forma “informal”, en tanto derecho fundamental de todas las personas a reunirse de manera estable para la consecución de fines comunes, sin necesidad, por tanto, de que dicha agrupación esté formalmente reconocida como tal por el ordenamiento jurídico. Como dispone el preámbulo de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, “el derecho fundamental de asociación, reconocido en el art. 22 CE, y de antigua tradición en nuestro constitucionalismo, constituye un fenómeno sociológico y político, como tendencia natural de las personas y como instrumento de participación”. Por otro lado, aunque desarrollaremos la idea más adelante, en puridad, hay que decir que, pese a la fórmula empleada por el legislador en referencia a los delitos de asociación ilícita de “delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, los integrantes de una agrupación que tiene por objeto delinquir no estarían actuando en ejercicio del derecho fundamental de asociación, pues el propio art. 22 CE, tras reconocer este derecho, señala inmediatamente que “las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales”.

En otro orden de cosas, y como coletilla final que vendría a “tumbar” este criterio de distinción entre los ámbitos de aplicación de los tipos de asociación ilícita criminal y organización criminal, se encuentra la referencia expresa del art. 570 quáter.1 CP al art. 33.7 CP, que recoge el listado de penas a imponer a las personas jurídicas¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵⁴ Véanse, a este respecto, por ejemplo, las interpretaciones del tipo realizadas en su momento por CÓRDOBA RODA, J., “Libertad de asociación y Ley penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 30, 1977, pp. 8 *in fine* y 9 (“Para estimar la existencia de una asociación a los efectos de aplicar el artículo 172, no es necesario, obviamente, que la respectiva asociación o entidad ostente personalidad jurídica [...], es decir, que haya sido objeto de inscripción”), o GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 236 y 237.

¹⁸⁵⁵ Señalan esta circunstancia GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 25 y 26, y LLOBET ANGLÍ, M., “Capítulo 25. Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 693.

¹⁸⁵⁶ Art. 570 quáter.1 CP: “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”.

En este sentido, autores como FARALDO CABANA¹⁸⁵⁷ o MAGALDI PATERNOSTRO¹⁸⁵⁸ han señalado que, si las organizaciones criminales han de reservarse efectivamente a agrupaciones sin personalidad jurídica, no se entiende que el legislador haga expresa referencia, junto a las consecuencias jurídicas a entes sin personalidad jurídica del art. 129 CP, al mentado art. 33.7 CP. La alusión a ambos preceptos deja entrever, por el contrario a lo mantenido por este criterio, que las organizaciones y grupos criminales pueden ser tanto agrupaciones sin personalidad jurídica, en cuyo caso se les impondrían las consecuencias del art. 129 CP, como agrupaciones que ostentan dicha personalidad, siéndoles entonces aplicables directamente las penas del art. 33.7 CP.

b. El criterio de la preponderancia de las actividades legales sobre las delictivas: Las asociaciones ilícitas como agrupaciones con una actividad legal preponderante en la que se realizan “comportamientos delictivos ocasionales”, frente a las organizaciones criminales, dedicadas exclusiva o principalmente a delinquir.

Quizás fue precisamente ante las deficiencias que entrañan los postulados de la tesis anterior que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ sostuvo este criterio de distinción que ahora exponemos. En base principalmente a las declaraciones ya vistas del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, en las que se define a las organizaciones criminales, por oposición a las asociaciones ilícitas, como “agrupaciones intrínsecamente delictivas”, esta autora mantiene que las agrupaciones subsumibles en el art. 570 bis CP han de ser las que se dedican exclusivamente a delinquir, y las que, aun dedicándose a otras actividades distintas, tengan como actividad principal la comisión de delitos, ya se sirvan o no de una forma jurídica amparada por el Derecho. En consecuencia, al tipo de asociación ilícita criminal deberían reconducirse, según la autora, las agrupaciones con una “actividad legal preponderante” que realizan “comportamientos delictivos ocasionales”, en tanto no serían “intrínsecamente delictivas”¹⁸⁵⁹. No obstante, dicha interpretación del concepto de asociación pareciera no acomodarse al texto literal -si bien escueto -del art. 515.1º CP, que señala como objeto de la asociación ilícita el “cometer algún delito”, lo que, además, ha sido interpretado por la jurisprudencia como finalidad de cometer una pluralidad de delitos. Las agrupaciones a que hace referencia

¹⁸⁵⁷ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 103.

¹⁸⁵⁸ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 968. En la misma línea, CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1117 y 1118.

¹⁸⁵⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 135: “el tratamiento jurídico-penal parece dividir el tratamiento de la criminalidad organizada, de aplicación del delito de organización criminal (art. 570 bis) para las organizaciones <<intrínsecamente ilícitas>> y el delito de asociación criminal (art. 515.1º CP) para asociaciones legales que ocasionalmente delinquen, más acorde con la criminalidad económica”. En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pág. 243.

la autora sólo realizan comportamientos delictivos ocasionales, estando su estructura ideada y diseñada no para la comisión de delitos, sino para una actividad legal, por lo que parece difícil acomodarlas en el tipo penal. Por otra parte, de la descripción que hace la autora de estas agrupaciones parece que el precepto idóneo a aplicar en tales casos a la agrupación, de tener personalidad jurídica, sería el art. 31 bis CP pues tras la comisión de delitos en el seno de la agrupación se dilucida no una intención de la misma, sino un defecto de organización en lo que se refiere a la debida prevención de delitos. El único injusto a reprochar en este caso debiera ser el correspondiente al delito cometido en el marco de la agrupación, no habiendo un injusto de organización propiamente dicho. Sin embargo, es también posible interpretar las palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ de otro modo. Pudiera ser que la autora conciba, en puridad, a la asociación ilícita, no como la empresa o sociedad con actividad legal preponderante en la que ocasionalmente se delinque, sino como el grupo concreto de personas que dentro de esa empresa delinquen en su propio beneficio, sirviéndose del soporte legal de la empresa¹⁸⁶⁰; lo que parece más coherente y consecuente con el tenor literal del art. 515.1º CP y con la interpretación que del mismo se hace en la jurisprudencia. Aun así, seguiría, con este entendimiento de la cuestión, sin darse respuesta al porqué del castigo más leve de la agrupación estable de personas dedicada a delinquir cuando ésta se sirve de una estructura legal -en este caso real, esto es, con actividad legal material - de cobertura que cuando no lo haga, y actúe en la clandestinidad, o lo haga, pero bajo una “sociedad fantasma” sin actividad lícita alguna. Esta diferencia penológica es, a todas luces, injusta por lo que a nuestro juicio ha de rechazarse este criterio de distinción entre los tipos de asociación ilícita criminal y organización criminal.

Por último, insta hacer referencia a una tesis parecida a la de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, pero que presenta ciertas diferencias con ella. Nos referimos a la postura mantenida por MUÑOZ CUESTA, que, si bien atiende también como criterio de distinción al tipo de actividades, ilegales y/o legales, realizadas en el marco de la agrupación, señala que las organizaciones criminales, en tanto “intrínsecamente delictivas” han de dedicarse única y exclusivamente a la actividad delictiva, no teniendo simultáneamente otros fines lícitos, quedando como ámbito de aplicación del art. 515.1º CP las agrupaciones que “tienen forma jurídica y además de la finalidad delictiva originaria o sobrevenida -delictiva - tienen otras actividades lícitas”¹⁸⁶¹. Igualmente en

¹⁸⁶⁰ Esta interpretación pudiera extraerse de este fragmento de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, pág. 243: “Cuando se trate de sociedades instrumentalizadas que forman parte de un programa criminal, en las que no existe actividad productiva real, o la mayor parte de su actividad es ilegal, constituyendo la sociedad sólo una máscara que encubre actividades delictivas, el tratamiento correspondiente es el de organización criminal del art. 570 bis CP. La legislación española admite la calificación de asociación ilícita del art. 515 CP a sociedades con actividad legal preponderante, es decir, que no son “intrínsecamente criminales”, que realizan comportamientos delictivos ocasionales, cuando no se trata de delitos en beneficio de la persona jurídica, sino en beneficio de personas individuales que instrumentalizan la empresa. En ambos casos las sanciones aplicables son las del art. 129 CP”.

¹⁸⁶¹ MUÑOZ CUESTA, F.J., “Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia”, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

relación a esta tesis se plantearía el interrogante del porqué del menor castigo a los integrantes de agrupaciones que, junto a las actividades delictivas, realizan otras legales, que a los miembros de agrupaciones dedicadas sólo a delinquir. ¿El hecho de que lleven a cabo en el seno de la agrupación otras actividades lícitas ha de ser premiado? Téngase en cuenta que para que la entidad fuese catalogada de asociación ilícita su estructura tendría que ser idónea para delinquir, porque si los delitos fuesen ocasionales y la entidad no respondiera en su estructuración a la comisión de delitos, no podría hablarse de “injusto de organización” merecedor de un reproche penal independiente al intrínseco en cada uno de los delitos ejecutados en la agrupación, debiendo aplicarse en ese caso el art. 31 bis CP en relación a estos delitos perpetrados en la agrupación, si los mismos prevén expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En fin, con todo ello queremos decir, que si la agrupación está pensada y estructurada, ya en sus orígenes, ya en su posterior devenir, para cometer delitos, no entendemos por qué ha de valorarse como una circunstancia que haga reducir las penas de prisión a imponer a sus integrantes el que realice simultáneamente otro tipo de actividades lícitas.

c. El criterio del carácter originario o sobrevenido del objeto delictivo: La asociación ilícita criminal como agrupación originariamente legal que posteriormente deviene delictiva frente a la organización criminal como agrupación inicialmente delictiva

El fragmento del preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio antes transcrito sirve también de fundamento para la construcción de este segundo criterio de distinción de los ámbitos de aplicación de los arts. 515.1º y ss. CP y 570 bis CP. Véase que en él el legislador define las organizaciones criminales como “agrupaciones de naturaleza originariamente delictiva”, a raíz de lo cual se ha propuesto por algún autor como GARCÍA ALBERO¹⁸⁶² que los entes criminales con carácter delictivo sobrevenido, esto es, que tuvieran inicialmente un fin lícito, que posteriormente deviniera en delictivo, constituyan asociaciones ilícitas de tipo criminal *ex art.* 515.1º CP, mientras que los que “nazcan” ya con fines delictivos sean organizaciones criminales *ex art.* 570 bis.1 CP.

A pesar de la consonancia de esta tesis con las palabras vertidas por el legislador en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, lo cierto es que la misma es hoy mayoritariamente rechazada por la doctrina que la tacha de interpretación forzada y contraria al tenor literal del art. 515.1º CP, que incluye expresamente en el ámbito de aplicación del tipo asociativo, como vimos, tanto a las asociaciones que tengan por objeto cometer -se entiende, de manera inicial, coetánea a su nacimiento- algún delito,

¹⁸⁶² GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2166, apunta a este aspecto como única posibilidad para establecer una diferenciación entre los conceptos de asociación ilícita criminal y organización criminal. También se acoge a esta tesis de diferenciación RIVERO ORTIZ, R., “Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?”, *op. cit.*, pág. 10: “la constitución de una asociación legal que luego deviene ilegal por sus fines o medios violentos no es susceptible de aplicación de dos o más preceptos del CP (arts. 515 y 570 bis), sino solamente el primero (art. 515.1º), pues los arts. 570 y ss. nada dicen al respecto”.

como a las que después de constituidas, promuevan su comisión¹⁸⁶³. No obstante, pudiera entenderse, sin obviar el aspecto anterior, que, habida cuenta de que el tipo asociativo se refiere tanto a las asociaciones creadas ya con fines delictivos, como a las que con el tiempo devengan delictivas, el único caso en que el delito de asociación ilícita ostentará un ámbito propio y diferenciado respecto del “nuevo” delito de organización criminal será en este último caso, pues, en el primero habrá un solapamiento total entre los arts. 515.1º y 570 bis CP¹⁸⁶⁴, resultando, en principio, de aplicación *ex arts. 570 quáter.2.II y 8.4º CP* el tipo de organización criminal, en cuanto contempla a rasgos generales penas más graves. De acuerdo con ello, pudiera entenderse que el ámbito de aplicación del delito de asociación ilícita criminal tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, se restringe al de las agrupaciones que creadas originariamente con fines lícitos, devengan posteriormente en ilícitas, por perseguir la comisión de delitos. No obstante, acogido este criterio de distinción, surgen de inmediato un aluvión de interrogantes: ¿de verdad es necesario un tipo penal específico para castigar estos supuestos?, ¿por qué no reconducirlos junto a los otros supuestos al tipo de organización criminal?, ¿qué diferencias cualitativas hay, que hagan merecedor un tratamiento penal diverso, entre una agrupación creada ya con el fin de delinquir, ostente o no otros fines complementarios, y una que incorpore posteriormente esos fines delictivos?

Podría argüirse que en la agrupación que nace originariamente con fines lícitos y que posteriormente incorpora fines delictivos, que marcan su estructura, se parte de un ejercicio del derecho de asociación con fines lícitos que se pervierte posteriormente cuando se incorporan los fines delictivos, lo que concuerda con la ubicación sistemática de los delitos de asociación ilícita como “delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales”. Sin embargo, dicha argumentación no explicaría la diferencia a nivel penológico de estas agrupaciones con las que nacen inicialmente con fines delictivos. Por otra parte, desde el momento en que la agrupación incorpora de

¹⁸⁶³ Así, por ejemplo, MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 360 (“Una búsqueda de distingo entre la asociación ilícita y la organización criminal a partir de lo que sugiere el propio preámbulo de la reforma, a saber, atender a la <<naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva>> de la segunda, conduce al fracaso si recordamos que la asociación ilícita contempla tanto la finalidad delictiva originaria como la sobrevenida”). En la misma línea crítica, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 103 y 104, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 24 y 25, 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 -), *La Ley*, 3318/2001, pág. 5, y CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 9.

¹⁸⁶⁴ Así, LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 24. Delitos contra la Constitución”, *op. cit.*, pág. 833: “En el [...] art. 515.1º se trata [...] de dos casos diferentes, las asociaciones constituidas con el fin de cometer delitos [...], donde, según lo previsto en el art. 8.4, será de aplicación la penalidad del art. 570 bis, y, en segundo lugar, las asociaciones lícitas que después de su constitución promuevan la comisión de delitos, supuesto éste último que no coincide, sin embargo, con los casos del art. 570 bis, por lo que serán sancionados de acuerdo con lo previsto en el art. 517”.

forma sustancial a su objeto social los fines delictivos, ya se estaría actuando al margen total del derecho. Habría ya una actuación no amparada por el Derecho en tanto que, de acuerdo con el art. 22.2 CE, “las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales”. La situación de los miembros de una agrupación originariamente delictiva y la de los de una que con el tiempo deviene en delictiva es la misma: ambos actúan fuera del derecho, en tanto no amparados por el derecho fundamental de asociación del art. 22 CP, una vez que la agrupación que integran tiene como objeto principal la comisión de delitos. No se justifica, por tanto, un distinto tratamiento jurídico, y más aún, penológico, de los mismos.

d. El criterio de la existencia o no de motivaciones alternativas al mero delinquir que orienten la actuación del ente criminal.

Se ha propuesto también como factor con el que sentar una delimitación entre el ámbito de aplicación de los tipos de asociación ilícita criminal y organización criminal la atención a si la agrupación en cuestión ostenta o no motivaciones alternativas de tipo ideológico o político. Así, si en la agrupación que tiene como finalidad delinquir no están presentes estas motivaciones, se la calificaría como organización criminal, pero si sí están presentes, se trataría de una asociación ilícita de tipo criminal. Dentro de esta tesis, se distinguen a su vez dos corrientes: una que restringe dichas motivaciones al ámbito político, en base -señala -a los orígenes políticos del tipo de asociación ilícita, como delito empleado para la defensa del Estado frente a agrupaciones con opiniones políticas disidentes; y, otra, que se refiere de forma más amplia a las motivaciones de la agrupación, incluyendo entre las mismas a algunas que no sean de carácter estrictamente político. En lo siguiente, vemos sucintamente cada una de estas posiciones.

d.1. El criterio de la existencia o no de motivaciones políticas: La asociación ilícita como agrupación con tintes políticos, frente a la organización criminal como institución apolítica.

Autores como MARTELL PÉREZ-ALCALDE y QUINTERO GARCÍA¹⁸⁶⁵ recurren a los orígenes políticos del delito de asociación ilícita para proponer la restricción, tras 2010, de su ámbito de aplicación a las agrupaciones que tengan como objeto cometer delitos con motivaciones políticas, dejando para el resto de agrupaciones delictivas el tipo de organización criminal¹⁸⁶⁶. En puridad, cabe señalar que ya antes de la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, y, por tanto, de la

¹⁸⁶⁵ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 361, señalan este criterio de distinción como el más coherente. No obstante ello, señalan también, de manera crítica, que daría lugar a un “privilegio en la pena difícil de justificar” a los integrantes de agrupaciones dedicadas a delinquir con motivaciones políticas que a los de agrupaciones delictivas sin dichas motivaciones.

¹⁸⁶⁶ De esta opinión, junto a los anteriores, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pp. 79 y 80, y LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *op. cit.*

existencia del delito de organización criminal del art. 570 bis CP, existía un minoritario, aunque muy contundente, sector doctrinal, representado por QUINTERO OLIVARES¹⁸⁶⁷, que abogaba por restringir el delito de asociación ilícita a este tipo de agrupaciones, y dejar extramuros del tipo a las agrupaciones dedicadas a la delincuencia común, para cuya punición -referían- sería necesaria la creación de un tipo penal ex novo desvinculado del ejercicio del derecho de asociación. Así, este autor se mostraba especialmente crítico con sentencias como las SSTS 234/2001, de 3 de mayo¹⁸⁶⁸, 745/2008, de 25 de noviembre¹⁸⁶⁹ y 520/2010, de 25 de mayo¹⁸⁷⁰, en las que se calificaban de asociación ilícita de tipo criminal *ex art.* 515.1º CP a agrupaciones desprovistas de cualquier carga ideológica, y dedicadas a la comisión de delitos comunes, señalando críticamente que con estas aplicaciones del tipo los tribunales estaban tergiversando el sentido y orígenes del tipo asociativo¹⁸⁷¹. No obstante, si antes de 2010 pudiera encontrar alguna explicación esta aplicación del tipo asociativo a la delincuencia común para paliar precisamente la ausencia entonces de un tipo penal ad hoc para este fenómeno, tras la incorporación por LO 5/2010, de 22 de junio, del delito de organización criminal, como tipo pensado para la represión de la criminalidad organizada común, ya forzosamente ha de restringirse, según estos autores, la aplicación del delito de asociación ilícita criminal al ámbito que le es propio en atención a sus orígenes como arma de defensa del Estado frente a agrupaciones delictivas con ideas políticas disidentes¹⁸⁷².

Pero, ¿en qué se traduce en la práctica esta ideologización política?, ¿cuándo estaríamos ante una asociación ilícita según esta tesis? Lo cierto es que muchos de sus mismos partidarios no concretan con suficiencia este aspecto, hablando en términos

¹⁸⁶⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. y ANARTE BORRALLA, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, es el autor que más ha criticado en España la utilización jurisprudencial del art. 515.1º CP frente a la criminalidad organizada común. Véanse las críticas reiteradas vertidas a este respecto en las pp. 181, 183, 185, 189 y 190.

¹⁸⁶⁸ Califica como asociación ilícita criminal a una unión de sujetos “*diseñada para sustraer vehículos y venderlos en el extranjero*”.

¹⁸⁶⁹ El Alto Tribunal aprecia la existencia de una asociación ilícita *ex art.* 515.1º CP en una agrupación de personas dedicada a “llevar a cabo robos con fuerza en las cosas, preferentemente en naves, locales comerciales, gasolineras y establecimientos similares”.

¹⁸⁷⁰ También en este caso el Tribunal Supremo aprecia el tipo asociativo en relación a una “organización dotada de una articulación estable, funcional y de probada eficacia para la realización de robos y hurtos”.

¹⁸⁷¹ Señalan también esto MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., “De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 360. Para estos autores las dificultades a la hora de delimitar tras la reforma de 2010 el ámbito de aplicación correspondiente a los delitos de asociación ilícita de tipo criminal y organización criminal (arts. 515.1º y 570 bis CP, respectivamente) traen causa precisamente de esta tendencia jurisprudencial a aplicar el tipo asociativo obviando sus orígenes y configuración para paliar “la ausencia de una tipicidad específica que contemplara la criminalidad organizada”. En la misma línea se pronuncia el magistrado VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *La ley penal*, nº 86, 2011, pp. 1-3.

¹⁸⁷² Así, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pp. 79 y 80, y LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *op. cit.*

excesivamente genéricos¹⁸⁷³. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, antes de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, hacía referencia a la necesidad de reservar el delito de asociación a las agrupaciones que desarrollen actividad delictiva “con fines de subversión política”, mencionando también que el ámbito de aplicación del tipo debiera ser el de los “derechos constitucionales”¹⁸⁷⁴. ¿Quiere con ello significar el autor que el punto de referencia de cara a calificar a una agrupación como asociación ilícita lo constituyen los fines de la misma, que han de relacionarse la subversión política, pudiendo los delitos objeto de la asociación ser cualesquiera?

LUZÓN CÁNOVAS, también partidaria del criterio distintivo entre asociación ilícita y organización criminal que ahora analizamos, parece, sin embargo, adoptar otro criterio de cara a afirmar la ideologización política de la agrupación criminal en cuestión, y, por tanto, su carácter de asociación ilícita. Propone esta autora atender para ello “a la naturaleza de los delitos promovidos por la asociación, circunscribiéndolos a los delitos en donde el fin u objeto último no sea la obtención de un lucro ilícito, sino la “subversión política” como pueden ser los delitos contra la Constitución o los delitos contra el orden público”¹⁸⁷⁵. Se restringen así por la misma los posibles objetos delictivos de la asociación ilícita a tipos con connotaciones políticas, poniendo precisamente como ejemplo los delitos contra el orden público. Ello resulta en cierto modo paradójico si se piensa que el delito de organización criminal, reservado por estos autores a las agrupaciones “apolíticas” que delinquen, se encuentra ubicado precisamente entre los delitos contra el orden público, que la mencionada autora cataloga de “delitos políticos”. Parece así, de acuerdo con lo afirmado por la autora, que constituiría asociación ilícita para delinquir una agrupación de personas dedicada a cometer delitos de desórdenes públicos, manifestaciones ilícitas u ofensas a los sentimientos religiosos, en tanto delitos contra el orden público o contra la constitución, y, por tanto, según la autora, delitos políticos¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷³ Señalaba críticamente esta circunstancia 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-)”, *op. cit.*, pág. 12, que, en relación a la propuesta de QUINTERO OLIVARES de restringir el delito de asociación ilícita de acuerdo con sus orígenes políticos, reflexionaba sobre si con ello “lo que quiere decirse es que el delito o delitos cuya comisión se pretende realizar por la organización han de ser exclusivamente los de naturaleza política”, criticando que QUINTERO OLIVARES no aclarase este extremo.

¹⁸⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 182, y 186-188, también emplea, más adelante, la fórmula “disidencia política organizada” para describir el ámbito debido de aplicación del tipo asociativo.

¹⁸⁷⁵ LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *op. cit.*

¹⁸⁷⁶ La aparente contrariedad de pareceres, a este respecto, entre QUINTERO OLIVARES y LUZÓN CÁNOVAS no es, en puridad, sino un reflejo de la permanente e histórica discusión doctrinal sobre la definición del “delito político”, de que da cuenta RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Libertades cívicas y derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 22 y 23. Señala este autor la existencia en este sentido de tres teorías principales: una primera de corte objetivo, que atiende, para la definición de “político” de un delito, al bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta típica en cuestión, señalándose tradicionalmente como objetos jurídicos cuya afectación implicaría el carácter político del delito al orden público, al Estado o a los derechos políticos de los ciudadanos; una segunda tesis, de tintes subjetivos, que pondría el foco de atención en las finalidades ulteriores de tipo político que se persiguen con la

En nuestra opinión, junto a la revelada dificultad para establecer la naturaleza política de un delito, habría otros factores que harían desaconsejable la adopción de este criterio como fundamento o base de la distinción entre los ámbitos de aplicación de las figuras de asociación ilícita criminal y organización criminal. En primer lugar, y como factor principal, está la circunstancia de que ya existen en el Código penal tipos penales específicos para castigar la integración en y la colaboración con agrupación delictivas con motivaciones políticas, como son los delitos de organización y grupo terrorista de los arts. 571 y 572 CP. Véase que el art. 571 CP atribuye a estas agrupaciones la finalidad o el objeto de cometer delitos de terrorismo¹⁸⁷⁷, que a su vez se caracterizan *ex art. 573 CP* por perseguir determinadas finalidades políticas como la subversión del orden constitucional, la supresión o desestabilización grave del funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado o de una organización internacional, o la alteración de la paz pública, entre otros¹⁸⁷⁸.

Es cierto que aun así podría establecerse una diferencia entre los delitos de organización y grupo terrorista y los de asociación ilícita criminal concebidos de este modo, en tanto que los delitos de terrorismo, que constituyen el objeto de la organización y el grupo terrorista se restringen a una lista, mientras que los delitos-fin de la asociación ilícita no, por lo que quedaría un resquicio para el tipo asociativo, pudiéndose éste aplicar cuando los delitos perseguidos por la agrupación con fines políticos no coincidan con los enumerados en el art. 573 CP (esto es, con los delitos graves contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, los delitos informáticos tipificados en los arts. 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quáter CO, y el resto de delitos de terrorismo contenidos en la sección segunda del capítulo VII del título XXII). No

comisión de un delito cualquiera para su calificación como “político”, de manera que no restringe el ámbito de delitos catalogables como “políticos”; y, una tercera y última postura, de tipo ecléctico o mixto, que recogería los dos criterios anteriores. Aplicando los postulados de estas teorías tradicionales a lo afirmado por QUINTERO OLIVARES y LUZÓN PEÑA, pareciera revelarse la adopción por el primero de la tesis subjetiva *supra* citada, mientras que la segunda haría suyos los criterios de la tesis objetiva.

¹⁸⁷⁷ Art. 571 CP: “A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente”, esto es, de los “delitos de terrorismo”.

¹⁸⁷⁸ Las finalidades que orientan la realización de delitos de terrorismo han de ser, concretamente, alguna de las siguientes *ex art. 573.1 CP*: “1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

obstante, como se ve, la extensa lista de delitos perseguibles por las organizaciones y grupos criminales, dejaría poco margen imaginable de aplicación para el delito de asociación ilícita criminal con motivaciones políticas. Por otra parte, la realización de muchos de estos delitos que quedan extramuros de la concepción de “delito de terrorismo” -véanse, por ejemplo, los delitos contra la intimidad, el honor, las relaciones familiares, los derechos de los ciudadanos extranjeros o de los trabajadores, delitos contra el medio ambiente, contra la ordenación del territorio, contra la Administración pública, o las falsedades documentales - tienen poco sentido en un contexto político. Podría darse la eventualidad de que una agrupación se dedicase a perpetrar delitos contra el honor con motivaciones políticas, pero en principio resulta extraño, y más aún si hablamos de conductas de corruptela, encuadrables en los delitos contra la Administración.

Otro resquicio posible a llenar con el tipo asociativo criminal en su interpretación restrictiva como tipo político sería el relativo a la persecución de delitos con fines diversos a los expresamente referidos en el art. 573.1 CP, en materia de terrorismo, esto es, distintos a los de “subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”, “alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional”, o “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”. Así, si una agrupación tiene como finalidad cometer delitos, incluso de los incluidos en el listado del art. 573 CP, con motivaciones políticas diversas de las referidas *supra*, al quedar “extramuros” de los conceptos de organización y grupo criminal, pudiera calificarse de asociación ilícita criminal, en su concepción como delito político. No obstante, también aquí surgen objeciones: ¿cuáles pueden ser esas otras motivaciones políticas no insertas ya en las contempladas en el art. 573.1 CP habida cuenta de la amplitud y abstracción con que se formulan en este precepto? Realmente, no llegamos a identificar finalidades políticas alternativas a las allí recogidas.

Por otra parte, e imaginando que haya lagunas a este respecto, cabe plantearse acerca del sentido de prever tipos penales adicionales a los de organización y grupo criminal para castigar a los sujetos que se agrupan para cometer delitos con motivaciones políticas. A nuestro juicio, el desvalor extra que supone la criminalidad organizada política respecto a la común ya está suficientemente recogido en los tipos de organización y grupo terrorista, siendo innecesarios tipos adicionales a este respecto. Además, si el legislador hubiese sentido la necesidad de suplir alguna laguna jurídica a este respecto, lo lógico hubiera sido incluir más delitos en el listado de delitos de terrorismo u otras finalidades políticas alternativas -no imaginamos cuáles pueden ser - a perseguir por estos delitos. Resulta innecesario contemplar junto a los delitos de organización y grupo terrorista -configurados legalmente, por cierto, no como delitos cometidos en el ejercicio de derechos fundamentales, sino como “delitos contra el orden público” -un nuevo tipo penal que también castigue a los colectivos creados para

delinquir con motivaciones políticas. Si ya tenemos un tipo penal para castigar el injusto de organización criminal política, ¿para qué emplear otro tipo penal existente, cuyo ámbito de aplicación hoy es un misterio, para lo mismo? La sola búsqueda de un ámbito de aplicación del delito de asociación ilícita criminal tras la reforma del código penal de 2010 no puede justificar este proceder sin sentido.

Además de todo lo expuesto, nos encontraríamos de nuevo, como sucede en relación al resto de criterios propuestos de distinción entre los tipos de organización criminal y asociación ilícita de objeto delictivo, con el problema de la injustificable diferencia penológica a que esta tesis daría lugar. Y es que, si se aplica el delito de asociación ilícita delictiva a los colectivos dedicados a delinquir con motivaciones políticas, y el delito de organización criminal a las agrupaciones con finalidad de delinquir sin dichas motivaciones, se estaría privilegiando penalmente la ostentación de motivaciones políticas en la agrupación delictiva, lo que no parece muy razonable¹⁸⁷⁹. Piénsese que el legislador establece mayores penas a los integrantes de las organizaciones y grupos terroristas que a los de las organizaciones y grupos criminales en atención precisamente a esas motivaciones políticas presentes en ellos, y ausentes en los segundos, que hacen devenir a las primeras, si su estructura es idónea para la consecución de dichos fines políticos, en colectivos que ponen en riesgo la propia subsistencia del Estado de Derecho¹⁸⁸⁰.

d.2. El criterio de la presencia o no de motivaciones ideológicas. La asociación ilícita como agrupación, tras cuyo fin delictivo, se encuentra presente una ideología, frente a la organización criminal como colectivo des-ideologizado.

Esta otra propuesta de distinción entre los delitos de organización y grupo criminal y asociación ilícita delictiva no restringe, como el anterior, las motivaciones de la asociación a las de naturaleza política, sino que las amplía, haciendo referencia en general a la profesión de ideologías. Se acerca también a la propuesta ya vista de distinción de los tipos en atención a la realización o no por la agrupación de actividades complementarias a la comisión de delitos, no obstante le añade la exigencia de que tras esas actividades ha de estar presente un pensamiento ideológico. El magistrado

¹⁸⁷⁹ Precisamente por esta circunstancia GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2166, califica a este criterio de distinción como “insostenible axiológicamente”.

¹⁸⁸⁰ Así lo refiere el legislador en el apartado XXIX del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, cuando alude a “la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de Derecho”. De ahí también seguramente la circunstancia de que, mientras en los tipos de organización y grupo criminal las penas se ponderen en atención a la gravedad del delito perseguido por la agrupación, en los de organización y grupo terrorista se prescinda de dicha ponderación. Ello encontraría su causa, como decimos, en que el injusto no se relaciona tanto con la lesión de la seguridad colectiva ante el peligro abstracto de la comisión de delitos, sino con el desafío a la propia institución estatal democrática que implica la sola existencia de colectivos terroristas.

VELASCO NÚÑEZ¹⁸⁸¹ se erige en el representante principal en España de este criterio de distinción. Recurriendo a los criterios de interpretación histórica, y, sobre todo, sistemática, el autor afirma que el tipo de asociación ilícita fue creado originariamente para hacer frente a las extralimitaciones en el ejercicio del derecho de asociación, siendo pensado para fenómenos como “organizaciones paramilitares, grupúsculos ideológicos violentos, discriminatorios y racistas, bandas, tribus urbanas y pandillismo violento”, esto es, para organizaciones “dotadas y vinculadas a específicas ideologías”, siendo, por tanto, según el autor, éste el ámbito al que debe reconducirse exclusivamente el delito tras la incorporación en el Código penal del delito de organización criminal¹⁸⁸². Para VELASCO NÚÑEZ la aplicación que se vino haciendo antes de 2010 del tipo asociativo delictivo a “agrupaciones fácticas de delincuentes dedicadas exclusivamente [...] a cometer delitos”, propiciada por la amplia literalidad del precepto y por la urgencia institucional por tomar medidas en el orden penal contra la preocupante realidad de la criminalidad organizada, supuso así una “prostitución” del tipo penal, al ser desviado a fines distintos de aquéllos para los que fue creado. Ahora, por tanto, que ya existe un tipo penal específico para reprimir el crimen organizado, instaría según el autor la reconducción del tipo asociativo al ámbito que le es propio de acuerdo con su configuración como abuso del derecho de asociación¹⁸⁸³.

Personalmente, tampoco nos convencen los postulados de esta tesis. Por una parte, no se entiende bien esa referencia a la profesión de “específicas ideologías”, y su vinculación con el derecho de asociación, toda vez que el ejercicio de este derecho no requiere que los sujetos agrupados para la consecución de fines comunes compartan ideología alguna. Este derecho consiste simplemente en la facultad de los individuos de unirse con otros para la más fácil consecución de sus objetivos comunes. Por otra, se encuentra el aspecto ya mencionado de que desde el momento en que la finalidad del colectivo de personas asociadas sea la comisión de delitos, se actuará al margen del

¹⁸⁸¹ VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pp. 1 y 2. Sigue a este autor RUIZ BOSCH, S., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁸⁸² VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *op. cit.*, pp. 1 y 2. Véase, que también en sede jurisprudencial se detecta el empleo -o, mejor dicho, intento de empleo - de esta argumentación para calificar a una agrupación de asociación ilícita. Así, en un proceso penal relativo a la banda latina “Los Trinitarios” (STS 337/2014, de 16 de abril), la defensa de uno de los miembros de la banda, acusado como autor de un delito de integración en organización criminal del art. 570 bis CP, alegó que no concurría el tipo penal porque se trataba de “un grupo de jóvenes que no se reúnen exclusivamente para cometer delitos, sino que se integran en un grupo que les proporciona relaciones, confianza, socialización, deporte, etc.”. Se recurría así a la concepción de la organización criminal como colectivo intrínsecamente delictivo que no profesa ideología alguna ni realiza otra actividad que el cometer delitos.

¹⁸⁸³ La FGE en su Circular 2/2011, sobre la reforma del Código penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 27, también mantiene un discurso parecido: “El art. 515 contempla, [...] auténticos supuestos de asociaciones, esto es, de agrupaciones de personas, de carácter estable, con relaciones de jerarquía entre sus miembros y división de funciones y tareas, y entre las que existen un vínculo asociativo por encima de la voluntad individual de cada uno de sus miembros y cuyos fines no se identifican necesariamente con la realización de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades distintas, si bien en atención a las mismas o a los modos utilizados para su obtención, el legislador considera que dichas conductas la hacen merecedora de reproche penal”.

derecho *ex art.* 22.2 CE. VELASCO NÚÑEZ parece separar dos facetas de un mismo suceso: la de los sujetos agrupados con fines ideológicos, y la de esos mismos sujetos reunidos para cometer delitos, entendiendo que, como lo primero aisladamente es legal y responde al ejercicio del derecho de asociación, lo segundo reflejaría un abuso del derecho de asociación ejercido correctamente de acuerdo con el primer aspecto. En cualquier caso, y adoptando la interpretación que hace el autor, el *quid* de la cuestión estaría en la siguiente pregunta: de poderse hablar de un abuso del derecho de asociación, y de una presunta vulneración al derecho fundamental de asociación, ¿es realmente necesario proteger penalmente este derecho, actuando contra esos supuestos abusos en el ejercicio del derecho de asociación? Contra lo afirmado por sentencias como la STS 544/2012, de 2 de julio¹⁸⁸⁴, que consideran que dicha tutela penal es necesaria, entendemos que no hay necesidad de proteger en abstracto el “derecho de asociación”. La ilicitud de las asociaciones ilícitas que persigan delitos o empleen medios delictivos proclamada en el art. 22.2 CE, y, con ello, la tipificación expresa como delito de la integración en y la colaboración con las mismas, responde única y exclusivamente a lo censurable de sus fines delictivos. El injusto de la organización no radica en un supuesto ejercicio abusivo del derecho de asociación, que, en todo caso sería el medio comisivo del delito, sino en el hecho de que el colectivo constituye un instrumento de comisión de múltiples delitos¹⁸⁸⁵, con la afectación consiguiente a la seguridad colectiva. Y, para la tutela de este objeto jurídico, que sí merece de protección en sede penal, ya disponemos, desde 2010, de los delitos de organización y grupo criminal, ubicados entre los delitos contra el orden público.

Por último, se encuentra también la difícil justificación del mejor trato a nivel penológico de los integrantes de colectivos dedicados a delinquir cuando la agrupación esté “dotada y vinculada a específicas ideologías”, que cuando no lo esté, que implicaría la adopción de este criterio de distinción propuesto. ¿Por qué han de beneficiar al integrante la presencia de estas ideologías en la agrupación a que pertenece? La *supra* citada STS 337/2014, de 16 de abril, quizás, en consideración a alguno de estos aspectos

¹⁸⁸⁴ STS 544/2012, de 2 de julio, FJ Tercero: “la exclusión propugnada por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna, hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo, condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación”.

¹⁸⁸⁵ Así, CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 655: “Tampoco parece conveniente, como afirma el Preámbulo, ver en la asociación ilícita un supuesto de una <<manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación>>: ¿en qué consiste el injusto de ese ejercicio abusivo, si no es en que mediante el colectivo se cometen delitos? Se trata de una definición del injusto vetusta, abandonada desde hace décadas, que no designa el fondo de la especial lesividad de la intervención en un colectivo delictivo, sino sólo la forma”. En la misma línea crítica, 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 -)”, *op. cit.*, pág. 37, que señala que el derecho de asociación no integra el contenido de injusto del delito de asociación ilícita, pues “lo que vienen a castigarse con el delito son manifestaciones asociativas colocadas por la propia Constitución fuera del derecho de asociación política” precisamente por su fin de cometer delitos.

aquí expuestos, confirma la calificación en primera instancia de la banda latina “Los Trinitarios” como organización criminal, y no asociación ilícita delictiva, desestimando así el recurso interpuesto por la defensa de uno de los acusados en que se alegaba que el grupo no se reunía exclusivamente para perpetrar delitos, sino que socializaban, practicaban deporte, y, en fin, generaban relaciones de confianza mutua entre miembros del colectivo latinoamericano. La argumentación del Alto Tribunal parece basarse precisamente en la circunstancia de que el injusto a castigar es la existencia de una agrupación de personas dedicadas a delinquir, independientemente de que realicen otras actividades, o profesen ideologías determinadas¹⁸⁸⁶.

2.1.3. El recurso al art. 570 quáter.2.II CP ante el fracaso de todo intento de establecer ámbitos de aplicación diferenciados de los arts. 570 bis y 515.1º CP

Los fundamentos y resultados insatisfactorios de los criterios propuestos a nivel doctrinal para la distinción de los ámbitos de aplicación de los tipos de asociación ilícita criminal y organización criminal¹⁸⁸⁷ llevan ineludiblemente a afirmar que la relación entre los arts. 515.1º y ss. CP y 570 bis CP es la propia del concurso de leyes, a resolver ex art. 570 quáter.2.II CP¹⁸⁸⁸ por el criterio de alternatividad¹⁸⁸⁹, esto es,

¹⁸⁸⁶ Así, señala el Tribunal Supremo, en el FJ Vigésimo-Primero, apartado 2, que la agrupación “tiene en su ideario y lo conocen sus miembros cuando ingresan, la práctica de la violencia con los suyos o los demás, violencia en la que participan como ritual de entrada y en la que deben mantenerse por obediencia, así como la comisión de delitos para financiarse”, reflexionando al final que: “el 515 vino actuando como “cajón de sastre” porque no había regulación específica para grupos u organizaciones criminales más allá del tratamiento en asociación ilícita jurisprudencia viene vinculando al bien jurídico protegido del derecho de asociación. [...], pero existiendo el delito específico para los hechos entendemos que encajan perfectamente en la tipificación que señala el Ministerio Fiscal y en este sentido entendemos que los hechos sí constituyen un delito del artículo 570 bis”.

¹⁸⁸⁷ Señala los resultados insatisfactorios a que lleva la aplicación de todos los criterios de delimitación entre la asociación ilícita delictiva y la organización criminal propuestos por la doctrina, REY HUIDOBRO, L.F., “Aspectos penales del delito de pertenencia a organización o grupo criminal”, *La Ley Penal*, nº 134, 2018, pág. 19: “Ni la configuración jurisprudencial proporcionada a dicha infracción penal, coincidente en gran medida con la nueva regulación legal del artículo 570 bis, ni las razones expuestas en la Exposición de Motivos de la reforma del Código penal que introduce el artículo 570 bis (L.O. 5/2010, de 22 de junio), que considera que el delito de asociación criminal está configurado como una manifestación del ejercicio abusivo del derecho de asociación consagrado en el artículo 22 de la Constitución, ofrecen pautas interpretativas que permitan una diferenciación nítida entre los dos tipos de injusto”. En el mismo sentido se pronuncian SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1406, ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 804, CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 655, y GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 28.

¹⁸⁸⁸ El art. 570 quáter.2.II CP dispone que: “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 8º”. Con la expresión “las conductas previstas en dichos artículos”, el legislador se refiere a los comportamientos típicos previstos en los arts. 570 bis y 570 ter CP, a los que se ha hecho ya referencia previamente el art. 570 quáter.2.I CP, al contemplarse la pena de inhabilitación especial. Véase que este primer párrafo del art. 570 quáter.2 CP refiere: “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 ...”.

mediante la aplicación del precepto que prevea mayor pena para el sujeto activo de la conducta típica, en detrimento del precepto que contemple menor pena¹⁸⁹⁰. A primera vista, esto parece derivar en una derogación tácita del delito de asociación ilícita, en cuanto las penas que contempla para los sujetos activos de los comportamientos típicos resultan en principio más leves que las que prevé el tipo de organización criminal¹⁸⁹¹, quedándose así el tipo asociativo criminal en letra muerta. No obstante, insta realizar una comparación pormenorizada entre las penas de uno y otro delito, con la que comprobar si efectivamente estas sospechas sobre la derogación fáctica del tipo asociativo delictivo se cumplen o no. A tal fin, elaboramos la siguiente tabla comparativa.

Conducta típica Penas →	Delito de asociación ilícita criminal (arts. 515.1º, 517 y 518CP)	Delito de organización criminal (arts. 570bis y 570 quáter CP)
Crear, fundar o dirigir *equivalencia material entre las conductas de promover, constituir, organizar, coordinar y dirigir del art. 570 bis.1 CP, y las de fundar, presidir y dirigir del art. 517.1º CP (“fundadores, directores y presidentes”) ¹⁸⁹²	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 2-4 años + • Multa 12-24 meses+ • Inhabilitación especial empleo/cargo público 6-12 años 	-> Si fin= delitos graves: <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 4-8 años -> Si fin= delitos menos graves/leves: <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 3-6 años + Inhabilitación para acts. económicas relacionadas con la act. de la organización por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de prisión (en ambos casos) <i>ex art.</i>

La previsión de esta disposición en materia concursal en el mismo ordinal en que se dispone la aplicación de la pena de inhabilitación es, ciertamente, extraña, como ha criticado SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1406. Lo lógico sería incluir el segundo párrafo del art. 570 quáter.2 CP en un apartado aparte, desvinculado de la previsión de la pena de inhabilitación.

¹⁸⁸⁹ Véase que ya anteriormente, en el proyecto infructuoso de reforma del Código Penal de 2007, en el que se planteaba la incorporación de los delitos de organización y grupo criminal en el art. 385 bis CP, se contenía también una previsión similar. Y es que el apartado 4 de dicho precepto establecía que “lo dispuesto en los números anteriores será de aplicación salvo que corresponda mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código”.

¹⁸⁹⁰ Así, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 772 y 775: “el legislador que, tanto en la reforma de 2010, como en la de 2015, sigue manteniendo el delito de asociación ilícita, [...] tipificando autónomamente como delitos contra el orden público estas otras organizaciones y grupos criminales, que difícilmente se pueden diferenciar de las asociaciones ilícitas. La relación entre ambos delitos queda ahora, pues, como un concurso de leyes, que se debe resolver por la regla de la alternatividad (art. 8.4ª, cfr. infra, art. 570 quáter.2)”.

¹⁸⁹¹ Así, REY HUIDOBRO, L.F., “Aspectos penales del delito de pertenencia a organización o grupo criminal”, *op. cit.*, pág. 19: “El concurso que se plantea debería resolverse a través de la regla de alternatividad (a que alude el artículo 570 quáter del Código penal), que conlleva la aplicación de la figura que establece la pena más grave, es decir, la prevista en el artículo 570 bis, [...] aunque la solución pugna con el principio de vigencia y supone dejar prácticamente sin aplicación el artículo 515”.

¹⁸⁹² La FGE, en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 29, señala esta coincidencia material entre las conductas típicas de uno y otro precepto: “aun cuando no coinciden plenamente en su denominación literal las personas que pueden ser responsables en ambos tipos, sin embargo, puede considerarse que se trata de las mismas conductas, en definitiva los responsables de poner en marcha y dirigir la asociación u organización”.

		570 quáter.2 CP
<p>Participar activamente</p> <p>*equivalencia material entre la conducta de “participar activamente” del art. 570 bis.1 CP y la del art. 517.2º CP (“miembros activos”)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años + • Multa 12-24 meses 	<p>-> Si fin= delitos graves:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 2-5 años <p>-> Si fin= delitos menos graves/leves:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años <p>+ Inhabilitación para acts. económicas relacionadas con la actividad de la organización por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de prisión (en ambos casos) ex art. 570 quáter.2 CP</p>
<p>Cooperar</p> <p>*equivalencia material entre la conducta de “cooperaren económicamente o de cualquier otro modo” del art. 570 bis.1 CP y la de favorecer “la fundación, organización o actividad de las asociaciones” “con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante” del art. 518 CP</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años + • Multa 12-24 meses + • Inhabilitación cargo/empleo público 1-4 años 	<p>-> Si fin= delitos graves:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 2-5 años <p>-> Si fin= delitos menos graves/leves:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años <p>+ Inhabilitación para acts. económicas relacionadas con la actividad de la organización por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de prisión (en ambos casos) ex art. 570 quáter.2 CP</p>

En lo que concierne a las conductas de crear o dirigir, la tabla comparativa pone claramente de manifiesto la mayor gravedad de las penas establecidas en el art. 570 bis CP, ya sea para el caso de organizaciones dedicadas a la comisión de delitos graves, ya de organizaciones dedicadas a perpetrar delitos menos graves o leves. Si bien es cierto que el 570 bis CP, al contrario que el 517.1º CP, no prevé pena de multa, las altas penas de prisión establecidas por el primero compensan con creces tal discordancia, resultando aplicable, en virtud del principio de alternatividad, el art. 570 bis CP a los sujetos que promuevan, constituyan o dirijan una agrupación constituida por más de dos sujetos con el fin de cometer, con vocación de permanencia, delitos¹⁸⁹³.

Por lo que respecta a las conductas de participar activamente y cooperar con agrupaciones delictivas, resulta también clara la mayor gravedad de las penas establecidas en el tipo de organización criminal frente a las previstas en los arts. 517 y 518 CP en los casos en que el ente criminal tenga como finalidad u objeto la comisión de delitos graves. En estos casos, al igual que en los anteriores, a pesar de la previsión

¹⁸⁹³ De esta opinión, la FGE, en su Circular 2/2011, sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 28 y 29, que, en relación a la comparación entre las penas establecidas para las conductas típicas de constituir o dirigir en los tipos penales de organización criminal y asociación ilícita criminal, señala: “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”.

de las penas de multa en sede asociativa, habrá de aplicarse el tipo de organización criminal, en detrimento del de asociación ilícita delictiva, a los partícipes activos y colaboradores con agrupaciones dedicadas a perpetrar delitos graves. Sin embargo, en los demás supuestos, esto es, aquéllos en los que el objeto delictivo de la agrupación se conforme por delitos menos graves o leves, la determinación del precepto aplicable se complica habida cuenta de que las penas de prisión previstas en el art. 570 bis CP coinciden con las establecidas en los arts. 517.2º y 518 CP (uno a tres años de prisión). Habría que atender entonces al resto de penas establecidas por uno y otro precepto para llegar a una conclusión sobre la norma penal a aplicar a estas conductas.

En lo que hace a la conducta de participación activa como miembro, el art. 517.2º CP prevé, junto a la pena de prisión, la de multa de doce a veinticuatro meses, inexistente en el ámbito de las organizaciones criminales del art. 570 bis.1 CP. No obstante, el 570 quáter.2 CP establece para todos los sujetos activos de las conductas previstas en el art. 570 bis CP la pena de inhabilitación para ejercer “actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización [...] 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 prisión”, lo que no se contempla, sin embargo, en sede de asociaciones para los miembros activos. La pregunta, por tanto, a contestar a este respecto es: ¿qué pena resulta más grave la de multa de doce a veinticuatro meses o la de inhabilitación para el ejercicio de actividades económicas o negocios jurídicos por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de prisión impuesta? La Fiscalía General del Estado, en su circular 2/2011, considera que esta pena de inhabilitación resulta más grave que la de prisión prevista en el tipo asociativo, considerando, por tanto, que el precepto a aplicar a los partícipes activos de agrupaciones dedicadas a cometer delitos menos graves o leves, de acuerdo con el criterio de alternatividad, es el relativo al tipo de organización criminal, en detrimento del art. 517.2º CP¹⁸⁹⁴.

A nuestro juicio, esa mayor gravedad que afirma la FGE de la inhabilitación respecto a la multa no resulta para nada clara. Atendidas las circunstancias del caso, pudiera suceder que para el partícipe activo de una agrupación delictiva resultara más perjudicial el coste económico que conlleva la multa que el de la inhabilitación, si la actividad económica o los negocios jurídicos objeto de la misma no constituyeran su

¹⁸⁹⁴ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 29: “incluso en el supuesto de los miembros 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”. También entiende más grave el tipo de organización criminal en estos casos, por la previsión de la inhabilitación, RIVERO ORTIZ, R., “Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?”, *op. cit.*, pág. 6, y GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 518.

medio principal de subsistencia, lo que podría ocurrir cuando el sujeto sólo realice el negocio o actividad de manera esporádica. Además, pudiera suceder que en el caso concreto la pena de inhabilitación no resultara de aplicación. Piénsese, por ejemplo, en el integrante activo de una agrupación dedicada a la comisión de delitos de hurto o robo, que, dentro del colectivo, se limitara a participar en estos delitos, no llevando a cabo actividad económica o negocio jurídico alguno en su seno, no habiendo, por tanto, “actividades económicas o negocios jurídicos” que se relacionan en ese caso con la actividad de la agrupación criminal, y, sobre los que, por tanto, pudiera recaer la pena de inhabilitación. La decisión del precepto final a aplicar, si el art. 517.2° CPo los arts. 570 bis y 570 quáter CP, habrá de tomarla, en fin, el juez o tribunal de turno, que considerará, atendidas las circunstancias, qué precepto resulta más grave a nivel penológico para el reo, no descartándose, por tanto, la posible apreciación en algún caso del tipo asociativo criminal en detrimento del delito de organización criminal.

Algo similar sucederá en los casos en que la conducta enjuiciada sea la de colaborar en calidad de *extraneus* con una agrupación delictiva que tenga por objeto la comisión de delitos menos graves o leves. No obstante, en estos casos el tipo asociativo sí prevé también una pena de inhabilitación, si bien con características diversas a las de la inhabilitación en sede de organizaciones criminales. Y es que, mientras que el objeto sobre el que recae la inhabilitación *ex* art. 570 quáter.2 son las “actividades económicas relacionadas con la actividad de la organización por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de prisión”, en el art. 518 CP ésta se refiere al ejercicio de un empleo o cargo público por una duración de uno a cuatro años. Así, siendo el marco penal atinente a la pena de prisión idéntico en estos casos en los arts. 518 CP y 570 bis.1 CP, el foco de atención de cara a determinar el precepto más grave *ex* art. 8.4° CP habrá de establecerse en la comparación entre las penas de multa e inhabilitación del art. 518 CP, y la de inhabilitación del art. 570 quáter.2 CP. Y, la previsión adicional de la pena de inhabilitación por parte del art. 518 CP, respecto al art. 517 CP, podrá decirse que en estos casos existirá, con mayor probabilidad aún que en los de participación activa supra vistos, la eventualidad de que se considere precepto más grave por el juez o tribunal de turno el art. 518 CP¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁹⁵Nada refiere expresamente la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011, sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales respecto a cómo se resolvería el conflicto de normas entre los arts. 518 y 570 bis.1 CP en los casos de conductas de colaboración con agrupaciones delictivas dedicadas a cometer delitos menos graves o leves. Sin embargo, de sus conclusiones finales parece inferirse que también en estos casos entiende como precepto penal más grave penológicamente hablando al art. 570 bis CP. Así, véase, Circular 1/2011, pág. 45: “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”.

En cualquier caso, la posible aplicación de los arts. 517 y 518 CP a los miembros activos y colaboradores con agrupaciones dedicadas a la perpetración de delitos menos graves o leves no parece justificar, desde luego, el mantenimiento de la figura asociativa de tipo criminal tras la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio. Entendemos, por ello, que el delito de asociación con fines delictivos debería suprimirse del Código penal al solaparse por entero su ámbito de aplicación con el del tipo de organización criminal¹⁸⁹⁶, que resulta más respetuoso con el principio de taxatividad, y, como hemos visto, de aplicación preferente sobre el tipo asociativo criminal en relación a la práctica totalidad de conductas típicas. De hecho, todas las conductas de participación activa en agrupaciones dedicadas a delinquir acaecidas con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, han sido enjuiciadas en base al tipo de organización criminal, y no al de asociación ilícita delictiva, lo que corrobora el sinsentido de su mantenimiento hoy día en el Código penal.

2.2. Relación concursal con los tipos de asociación ilícita de los arts. 515. 2º, 3º y 4º CP

2.2.1. Calificación jurídica de la relación

Las agrupaciones a que se refieren los apartados 2º, 3º y 4º del art. 515 CP - véase: “las que, aun teniendo por objeto un fin lícito empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”, “las organizaciones de carácter paramilitar”, y “las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o 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 discapacidad”-, parecen presentar características, ya diversas, ya específicas, a las de la organización criminal y el grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter CP. En puridad, la relación de los arts. 515.2º, 3º y 4º CP con el art. 570 bis CP dependerá de la interpretación que se haga de estas asociaciones. Nos explicamos: si se entiende que las mismas son modalidades específicas de la asociación ilícita para delinquir del art. 515.1º CP, presentando, por tanto, todas ellas la característica común de la persecución de un fin delictivo, al que se añadirían las notas específicas de las mismas, la relación con el art. 570 bis o 570 ter CP, que aquí nos ocupa, sería la del concurso de normas en cuanto se produciría un solapamiento -parcial en este caso - entre los conceptos de asociación ilícita en cada caso y de organización criminal; pero, si se interpreta que estas asociaciones ilícitas no comparten el objeto delictivo de la asociación ilícita del art. 515.1º CP, y que el injusto que ostentan tiene un contenido diverso, no habría concurso de normas con este precepto, ni, por tanto, con el art. 570

¹⁸⁹⁶ También así FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 356: “el contenido de los tipos penales coincide completamente, sin que pueda afirmarse la existencia de relaciones de especialidad, subsidiariedad o consunción entre ellos”.

bis o 570 ter CP, al tener los tipos penales ámbitos de aplicación completamente diferenciados, esto es, no coincidentes en ningún aspecto. Veamos, por tanto, de forma pormenorizada cada modalidad de asociación ilícita de las señaladas para discernir cuál sería su relación con el concepto de organización criminal, y, por tanto, la relación -valga la redundancia -entre los arts. 515.2º, 3º y 4º con el art. 570 bis CP.

Empecemos para ello por las *asociaciones ilícitas del art. 515.2º*, esto es, “las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”. Lo cierto es que, de una primera lectura del precepto, y, sobre todo, de su referencia expresa a la posibilidad de que estas asociaciones tengan “por objeto un fin lícito”, pareciera ya identificarse un ámbito de aplicación propio y autónomo de estas asociaciones respecto a las del art. 515.1º CP, y, por tanto, de las organizaciones criminales, caracterizadas por su finalidad delictiva. Así, pudiera mantenerse que, cuando estas agrupaciones tengan fines lícitos, no habrá concurso de normas con el art. 570 bis o 570 ter CP, reduciéndose el conflicto normativo del art. 515.2º CP con este precepto a los supuestos en que la agrupación que emplee medios violentos o de alteración o control de la personalidad tengan por objeto un fin delictivo; posibilidad que no parece descartarse tampoco en atención al tenor literal del precepto de acuerdo con la expresión “aun teniendo”. No obstante, entendemos, junto a la doctrina mayoritaria¹⁸⁹⁷, que es conveniente una interpretación restrictiva del art. 515.2º CP en el sentido de reclamar que esos medios violentos o de control de la personalidad característicos de estas asociaciones hayan de ser medios constitutivos de delito -véase, en el caso de los medios violentos, delitos de lesiones en cualquiera de sus modalidades o de homicidio; y en el de los medios de control de la personalidad, delitos como la detención ilegal, coacciones, lesiones psíquicas o inducción al suicidio -, de forma, así, que se produciría en todo caso un concurso de

¹⁸⁹⁷Entienden que los “medios violentos” a que se refiere el art. 515.2º CP han de ser necesariamente medios constitutivos de delito, FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 172, CANCIO MELIÁ, M., “Artículo 515”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1288, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 515”, *op. cit.*, pág. 1504, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 106 y 107, y MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 712 (“sólo los fines delictivos y los medios violentos (y, por tanto, también delictivos) convierten una asociación en ilícita”). En lo que respecta a los “medios de alteración o control de la personalidad”, refieren expresamente a la necesidad también de su interpretación restrictiva, como medios constitutivos de delito, FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 172, que alude igualmente, a este respecto, a que el art. 22.2 CE, origen de la tipificación de las asociaciones ilícitas, se refiere expresamente al empleo de medios tipificados como delito, CANCIO MELIÁ, M., “Artículo 515”, *op. cit.*, pág. 1290 (“la vaga mención de los medios de <<alteración o control de la personalidad>> deberá referirse a prácticas de tal magnitud que sean susceptibles de integrar una infracción penal”), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 106 y 107, y MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 713 (“el único criterio para decretar la ilicitud de estas asociaciones debe ser que en su actuación cometan algún delito contra la salud (por ej., de lesiones psíquicas, cfr. capítulo IV), la libertad (coacciones, amenazas, detenciones ilegales) o libertad sexual (agresión sexual, abuso sexual, relativo a la prostitución) de sus miembros, no el carácter más o menos inmoral de sus ideas o prácticas, o el que pertenezcan a una religión más o menos extendida o que sus prácticas estén asumidas o no por la tradición”).

leyes entre este precepto y el art. 570 ter CP, en tanto ambos se referirían a agrupaciones que tienen como objeto cometer delitos, afectando a la seguridad colectiva. Y es que, si la agrupación que persigue fines lícitos tiene como característica inherente a la misma el empleo de medios delictivos para alcanzar dichos fines, habrá de concluirse que su objeto es cometer delitos en tanto la dinámica delictiva es consustancial a la agrupación¹⁸⁹⁸. El objeto de una agrupación abarca, según entendemos, tanto a los fines últimos, como a los medios inherentes a la consecución de tales fines, de forma que si éstos últimos son delictivos, habrá de afirmarse que el objeto de la agrupación es cometer delitos. De estar presente en el *modus operandi* de la agrupación también el empleo de “métodos mafiosos”, de manera que suponga un peligro a la calidad de la democracia, podría apreciarse un concurso de normas entre los arts. 515.1.2º y 570 bis CP, en la interpretación restrictiva de éste último como agrupación mafiosa.

En la defensa de una interpretación restrictiva de los medios violentos y de control de la personalidad *ex* art. 515.1.2º CP como medios delictivos, se ha erigido a nivel doctrinal como argumento de peso el hecho de que el art. 22.2 CE, que se viene señalando como el origen de la tipificación de estas conductas de participación en asociaciones ilícitas, declara como asociaciones ilegales a las “que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito”¹⁸⁹⁹. Entender, como permite el tenor literal del art. 515.2º CP, que los medios violentos o de alteración de la personalidad pueden no constituir delitos, supondría, así, ir más allá del mandato del constituyente en cuanto a la punición de las asociaciones dedicadas a delinquir. Por otra parte, dicho exceso no encontraría, a nuestro juicio, una legitimación desde el punto de vista del principio de protección de bienes jurídicos, pues, no llegamos a identificar un bien jurídico digno de tutela penal que resulte afectado por las conductas de participación activa en agrupaciones que hagan uso de la violencia o de medios de control de la personalidad que no resulten constitutivos de delito. En consecuencia, de acuerdo con esta interpretación restrictiva que hacemos de los citados medios violentos y de control o alteración de la personalidad como constitutivos de delito, los ámbitos de aplicación de los arts. 515.2º y 570 ter/570 bis CP se solaparán necesariamente, siendo la relación entre ambos siempre la propia del concurso aparente de leyes.

En lo que respecta a las *asociaciones ilícitas del art. 515.3º CP* sucede también algo parecido a lo visto *supra*. El legislador declara como ilícitas, sancionando penalmente a los partícipes activos y colaboradores con la misma, a las “organizaciones de carácter paramilitar” sin exigir expresamente que las mismas compartan la finalidad

¹⁸⁹⁸ Señalando que esos medios delictivos a que se refiere el art. 515.1.2º CP han desear “algo consustancial a la asociación”, y no algo esporádico, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 164.

¹⁸⁹⁹ Así, CANCIO MELIÁ, M., “Artículo 515”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1288: “parece difícil declarar penalmente ilícitas las asociaciones cuando los medios utilizados no sean constitutivos de delito -pues de lo contrario serían delictivas asociaciones que la propia Constitución no declara ilegales -”. En la misma línea, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 172.

de cometer delitos de las asociaciones del art. 515.1º CP. No obstante, en este caso, frente al anterior, es cierto que el legislador penal sí podría encontrar un fundamento para esta incriminación en el texto constitucional, en tanto que el art. 22.5º CE prohíbe sin más -esto es, sin exigir su finalidad delictiva - las “asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”¹⁹⁰⁰, entendiendo la doctrina por éstas últimas a las agrupaciones armadas ajenas al control del Gobierno¹⁹⁰¹. No obstante ello, la doctrina mayoritaria, a la que nos adherimos, entiende que esa prohibición constitucional no sería suficiente para sancionar a los integrantes y colaboradores de esas asociaciones paramilitares en el ordenamiento jurídico penal, que, como sabemos, es el último al que debe recurrirse para proteger bienes jurídicos, de acuerdo con el principio de intervención mínima. Y es que, si la agrupación paramilitar no tiene como objeto cometer delitos, y con ello, no lesiona su existencia a la seguridad colectiva, pareciera suficiente el recurso a sanciones administrativas para castigar a sus integrantes, sin tener que hacer uso de medidas a nivel penal¹⁹⁰². De ahí que, de cara a hacer legítima la incriminación de las conductas típicas en relación a las asociaciones del art. 515.1.2º CP, la doctrina mayoritaria abogue por interpretar restrictivamente también estas asociaciones, exigiendo para la aplicación del precepto, aunque no lo exija la ley, que la organización paramilitar tenga al menos el objetivo de cometer delitos¹⁹⁰³. De acuerdo con esta interpretación restrictiva, que apoyamos, del 515.2º CP, se produciría también un concurso de leyes entre este precepto y los arts. 515.1º y 570 ter, y 570 bis CP, cuando la agrupación haga uso además de métodos mafiosos, en tanto en todos ellos se haría referencia a agrupaciones de más de dos personas dedicadas a cometer delitos con vocación de estabilidad y bajo una estructura compleja basada en el reparto de funciones entre sus integrantes. En puridad, en estos casos, *de lege lata* el conflicto de normas del art.

¹⁹⁰⁰ Dicha prohibición se contiene también, en los mismos términos, en el art. 2.8 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

¹⁹⁰¹ Así, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 2165 y 2166, que se refiere en este sentido a las “organizaciones de carácter paramilitar” prohibidas como agrupaciones no sujetas a un ejército regular, “un grupo armado no permitido por el Estado”.

¹⁹⁰² De esta opinión, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 107 (“no se discute tanto la existencia de un exceso respecto de la disposición constitucional (que las declara prohibidas), como [...] la necesidad de la intervención penal cuando la asociación se limita a hacer uso de uniformes, modos y medios de vida y comportamiento similares a los militares (pudiendo bastar en estos casos la intervención del Derecho administrativo)”, y MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 712 (“Evidentemente en la declaración contenida en el número 5 del art. 22 CE hay una presunción de que las asociaciones clandestinas y paramilitares son asociaciones confines delictivos, generalmente de carácter político anticonstitucional. Pero ello no creo que sea suficiente para estimar tales asociaciones como ilícitas en el ámbito penal”).

¹⁹⁰³ Así, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 2165 y 2166 (“no tiene sentido una organización paramilitar sin más, esto es, sin objeto o finalidad de cometer hechos constitutivos de delito”), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 107, y MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 712 (“si este concepto no se interpreta en conexión con los otros números se puede llegar a la consecuencia de castigar mediante este delito a los miembros de simples asociaciones en las que se empleen uniformes, modos y formas similares a los militares. [...] De acuerdo con una interpretación teleológica hay que exigir además que los fines o los medios empleados para su consecución sean delictivos”).

515.1.2º CP se produciría con los tipos cualificados de grupo criminal, y, en su caso organización criminal, que disponen de armas de los arts. 570 ter.2.b y 570bis.2.b CP¹⁹⁰⁴.

Por último, nos queda por dilucidar la relación existente entre los arts. 570 ter/570 bis CP y los arts. 515.4º y ss. CP, atinentes a las asociaciones “que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o 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 discapacidad”. Este delito, junto a otros como el delito de odio del art. 510.1 CP, el de discriminación grave en el trabajo del art. 314 CP, o el de difusión de informaciones injuriosas con móviles discriminatorios, forma parte de los tipos penales que la doctrina viene calificando como “delitos de discriminación”¹⁹⁰⁵, en tanto está presente en todos ellos el componente discriminatorio, ya sea como motivación que inspira la realización de la conducta típica, ya sea como elemento objetivo de la propia conducta, al consistir esta en el propio trato discriminatorio.

Un papel clave en la incriminación de todas estas conductas, tildadas de delitos de discriminación, lo ha tenido, sin duda, la Decisión-Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, cuyo art. 1.a declara expresamente la condena por los Estados parte de “la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial”, y su compromiso de cara a adoptar “medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación”. Concretamente, en lo que respecta a las asociaciones que promuevan o inciten a la discriminación, que aquí nos ocupan, la citada Decisión-Marco establece en el apartado b del mentado art. 1.a la obligación de los Estados parte de declarar ilegales y prohibir “las organizaciones [...] que promuevan la discriminación racial e inciten a ella”, y de tipificar como delito en sus legislaciones nacionales “la participación en tales organizaciones”¹⁹⁰⁶. No obstante,

¹⁹⁰⁴ Decimos “*de lege lata*” porque, como en su momento expusimos, consideramos que en lo que concierne a la organización criminal, la disposición de armas o instrumentos peligrosos debiera ser un elemento del mismo tipo básico.

¹⁹⁰⁵ Concretamente, de entre la totalidad de delitos contenidos en el Código penal, pertenecerían a esta categoría “además del previsto en el art. 510.1 CP, de los recogidos en los arts. 314 (delito de discriminación grave en el trabajo), 510.2 (difusión de informaciones injuriosas por motivos discriminatorios), 511 (denegación de servicio público por motivos discriminatorios), 512 (denegación de servicio por motivos discriminatorios en el marco de actividad profesional o empresarial) y 515.5º (asociación ilícita promotora de la discriminación) CP”. Así, GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-20, 2016, pág. 3.

¹⁹⁰⁶ Art. 1.a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal: “los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones

lo cierto es que la existencia del art. 515.4º CP es muy anterior a la publicación de esta Decisión-Marco¹⁹⁰⁷, refiriéndose, además, el precepto no sólo a la discriminación por motivos raciales, sino también a la que se basa en la ideología, religión, creencias, pertenencia a una etnia o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, encontrándose en España, por tanto, el mandato europeo ampliamente cumplido.

Pero, vayamos a la cuestión que nos ocupa aquí, esto es: la de la relación entre los arts. 515.4º y ss. y los art. 570 bis/570 ter CP. La pregunta a responder, a este respecto, al igual que ya hicimos en relación a los arts. 515.2º y 515.3º, es la de si estas asociaciones han de caracterizarse también por tener como objeto social la finalidad de cometer delitos, como las del art. 515.1º CP, en cuyo caso se produciría un concurso de leyes con el art. 570 ter CP -y, con el art. 515.1º CP – (y, con el art. 570 bis CP, si además, atendiendo a nuestra interpretación de este precepto, hacen uso de “métodos mafiosos”), o, si por el contrario, es suficiente para su apreciación con que promuevan o incitan al odio por motivos discriminatorios, como reza el precepto, de manera que no habría solapamiento conceptual con el grupo o la organización criminal, no teniendo que resolverse conflicto normativo alguno. En este sentido, pudiera a primera vista interpretarse que las asociaciones que fomentan, promueven o incitan directa o indirectamente “al odio, hostilidad, discriminación o violencia” tienen como objeto la comisión de los llamados “delitos de odio” del art. 510 CP, como sostiene CUERDA ARNAU¹⁹⁰⁸. No obstante, de concebirse a las asociaciones del art. 515.4º CP así, como

que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: [...] b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley”.

¹⁹⁰⁷ Véase que ya en el texto originario del Código Penal de 1995, publicado el 24 de noviembre de 1995, ya se contenían estas asociaciones en el catálogo de asociaciones ilícitas en el art. 515.1 CP, si bien la misma se encontraba entonces ubicada en su apartado 5º, que rezaba: “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración [...] 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”. Pero, es que, también en el Código penal anterior (CP 1944/76), se contenía una disposición similar, introducida, una vez fallecido el general Franco, por Ley 23/1976, de 19 de julio, en la que se declaraban asociaciones ilícitas a “las que promuevan la discriminación entre los ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica”, contrariando así el principio constitucional de la igualdad de todos ante la Ley. Se revela así la preocupación del legislador penal, una vez instaurado el régimen democrático en España, en garantizar el respeto a este principio, castigando las conductas que lo vulneren.

¹⁹⁰⁸ CUERDA ARNAU, M.L., “Lección XL. Delitos contra la Constitución”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 679: “Las -asociaciones- comprendidas en el número 5º del artículo 515 son también asociaciones que tienen por objeto cometer un delito, concretamente el previsto en el artículo 510 del Código Penal, por lo que, de

agrupaciones dedicadas con vocación de estabilidad a la comisión de delitos de odio, se apreciaría una importante diferencia en el tratamiento de estas asociaciones y las del art. 515.1º CP -y, por proximidad, las agrupaciones delictivas de los arts. 570 ter o 570 bis CP -en lo que respecta a las relaciones concursales entre el tipo de asociación y los delitos-fin perseguidos por ésta. Y es que, mientras que en las agrupaciones delictivas de los arts. 515.1º, 570 ter y 570 bis CP, como vimos, el injusto de organización es autónomo e independiente del injusto de los delitos-fin en su caso ejecutados, apreciándose, por consiguiente, un concurso de delitos entre el tipo de organización y el tipo penal cometido en su seno; en las agrupaciones a que se refiere el art. 515.4º CP, el injusto de organización lleva ya implícito el contenido del injusto de los delitos de odio, conformado, en principio, en su dimensión individual, por la vulneración del derecho de todo ser humano a ser tratado igual que los demás, y, en su dimensión colectiva, por la afectación al modelo de convivencia multicultural instaurado por la Constitución¹⁹⁰⁹. Ello se constata si se observa con detenimiento las conductas típicas constitutivas de los comúnmente denominados “delitos de odio”. Así, el art. 510.1.a CP castiga a “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”; comportamientos estos que ya caracterizan a las asociaciones del art. 515.4º CP, en cuanto asociaciones que fomentan, promueven o incitan “directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o 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 discapacidad”.

Se produce, así, una coincidencia sustancial entre las conductas del art. 510.1.a CP y las del art. 515.4º CP, siendo la única diferencia entre ambas la forma comisiva concretamente empleada: en este último precepto el fomento, la promoción y la incitación se realizan de forma individual, o colectiva, pero en régimen normal de participación, esto es, sin que los sujetos constituyan una agrupación con vocación de estabilidad y estructura notable con reparto de tareas entre sus miembros, mientras que, para la aplicación del art. 515.4º CP, esos comportamientos han de producirse en el marco de una agrupación que sí presente tales características, siendo precisamente la razón de ser del colectivo la realización de dicho fomento y promoción del odio, la

nuevo, puede entenderse superflua su mención, puesto que cabrían perfectamente en el número 1º del propio artículo 515”.

¹⁹⁰⁹ Así, LAURENZO COPELLO, P., “Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, en MAQUEDA ABREU, M.L. (Dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 232-237.

hostilidad, y, en fin, de la discriminación, contra grupos minoritarios¹⁹¹⁰. Castigar a los miembros de la asociación del art. 515.4º CP de manera cumulativa por este tipo y por el del art. 510.1.a CP, simulando el tratamiento jurídico de estos casos a los de las asociaciones ilícitas criminales del art. 515.1º CP -y al de las las organización y grupos criminales de los arts. 570 bis y 570 ter CP -, para los que se aprecia un concurso de delitos entre el tipo asociativo/organizativo y los delitos-fin ejecutados en el marco de la misma, supondría aquí vulnerar la prohibición *non bis in ídem*. Y es que, se estaría puniendo dos veces al mismo sujeto por la comisión de un mismo hecho (promover o incitar al odio o la discriminación) con un mismo fundamento, cual es la vulneración del principio constitucional de igualdad de todas las personas. Así las cosas, la relación entre los arts. 515.4º y 510.1.a CP no puede ser la del concurso de delitos, sino la del concurso de leyes, por lo que la asociación ilícita que nos ocupa no puede tener como objeto la comisión de delitos de odio del mentado art. 510.1.a CP.

Algo similar sucede en lo que respecta a los comportamientos típicos contemplados en los apartados b y c del art. 510.1 CP, que son, por una parte, producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceros el acceso, distribuir, difundir o vender “escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia” (apartado b)¹⁹¹¹, y, por otra, negar, trivializar gravemente o enaltecer públicamente “delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o [...] a sus autores” (apartado c)¹⁹¹². A nuestro juicio, estos comportamientos constituyen

¹⁹¹⁰ De esta opinión, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 151 y 152, que mantiene que este tipo de asociación ilícita -esto es, la del art. 515.1.4º CP- “es para las personas integradas en colectivos el equivalente del art. 510 CP, previsto para personas no integradas en una organización”, y LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 19, 1996, pág. 270, que señala, en relación al art. 515.1.4º CP: “el legislador ha trasladado aquí [...] prácticamente los mismos supuestos que, en relación a un autor individual, se recogen en el art. 510”. Véase también, en el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, P., “Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, *op. cit.*, pág. 264.

¹⁹¹¹ Concretamente este apartado reza: “Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años o multa de seis a doce meses [...] quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

¹⁹¹² En este apartado se castiga exactamente a quienes “públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

simples manifestaciones concretas del fomento o promoción del odio o discriminación contra personas o grupos por su ideología, religión o pertenencia a una etnia, raza o nación, entre otros, a que se ya se refiere el art. 515.4º CP, por lo que se subsumirían en esta conducta más genérica, que constituye el objeto de las asociaciones ilícitas del art. 515.4º CP. A la misma conclusión habría de llegarse en lo que respecta a las conductas tipificadas en el art. 510.2.b CP, consistentes en enaltecer o justificar “por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada” por motivos discriminatorios. La agrupación dedicada con vocación de estabilidad a realizar estos actos de enaltecimiento o justificación a que se refiere el citado art. 510.2.b CP podría considerarse ya directamente una asociación que fomenta, promueve o incita a la discriminación o al odio contra determinadas personas o grupos, esto es, como una asociación ilícita del art. 515.4º CP. La amplitud de los términos “que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias...” empleados en el art. 515.4º CP provoca así la absorción por esta norma del injusto implícito en todas las conductas individuales de los delitos de odio, cuando se produzcan en el seno de una agrupación dedicada con vocación de estabilidad a promover cualquier tipo de trato discriminatorio.

En lo que respecta a los delitos de odio del art. 510.2.a CP, en los que se castiga a “quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos”, o “produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas [...] por razón de su pertenencia a” dichos grupos, la cuestión cambia. Y es que, frente a lo que sucedía en los arts. 510.1 CP y 510.2.b CP, en los que se castigaban conductas concretas de fomento o incitación a la discriminación de determinados colectivos, en el art. 510.2.a CP se punen ofensas a la dignidad o integridad moral de las personas por motivos discriminatorios, conteniendo la conducta un desvalor de injusto adicional al de la conducta de la sola promoción o incitación genérica del odio y la discriminación contra colectivos¹⁹¹³. Lo mismo sucede con el resto de delitos contra las personas cometidos por motivos discriminatorios. Piénsese, así, por ejemplo, en delitos de lesiones perpetrados contra personas pertenecientes a determinada etnia, raza o religión.

¿Ha de entenderse, como se hiciera en relación a las asociaciones ilícitas de los apartados 2º y 3º del art. 515 CP, que las asociaciones que “fomenten, promuevan o

¹⁹¹³ Así lo señala GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *op. cit.*, pág. 14, cuando refiere que el art. 510.2 CP tipifica “conductas que atentan contra el honor o la dignidad de colectivos por razones discriminatorias”.

inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia” del art. 515.4º CP constituyen modalidades específicas de las asociaciones ilícitas del art. 515.1º CP, compartiendo, por tanto, con éstas la nota del objetivo de cometer tipos penales cuyo desvalor de injusto no se encuentre ya comprendido en el injusto de organización? Esto es, ¿procede interpretar restrictivamente las asociaciones ilícitas del art. 515.4º CP como agrupaciones dedicadas con vocación de estabilidad a cometer delitos diversos de los tipos penales de odio? O, dicho en otros términos: ¿ha de concebirse a las asociaciones que nos ocupan como agrupaciones creadas para perpetrar, por motivos discriminatorios, delitos que afecten a bienes jurídicos diversos al principio constitucional de igualdad ante la ley de todas las personas (véase, por ejemplo, delitos contra la vida, la integridad moral, la integridad física, o los derechos de los trabajadores)?

A diferencia de lo que ocurriría con las asociaciones ilícitas del 515.1.2º y 3º CP, respecto a las que sí éramos partidarios de mantener una interpretación restrictiva exigiendo su finalidad delictiva, en las asociaciones ilícitas del art. 515.4º CP consideramos dicha interpretación innecesaria¹⁹¹⁴. La diferencia estriba en que, mientras en las asociaciones de los apartados 2º y 3º CP, tal interpretación era imprescindible para dotar a los delitos de un injusto merecedor de tutela penal -conformado, al menos, por la lesión de la seguridad colectiva-, toda vez que la existencia de meras asociaciones paramilitares o asociaciones con medios violentos o de control de la personalidad de carácter no delictivo no afecta, a nuestro juicio, a ningún bien jurídico-penal; las asociaciones que promuevan la discriminación o la violencia contra determinados colectivos o personas por su pertenencia a una etnia o raza determinada, su ideología, sexo u orientación sexual sí encuentran *per se* -esto es, sin la exigencia del objetivo de

¹⁹¹⁴ De esta interpretación es FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 152 y 157, al no exigir de cara a la apreciación del art. 515.1.4º CP que las asociaciones persigan la comisión de delitos. Así, afirma la autora que “las asociaciones que promuevan el odio no son asociaciones para delinquir, por lo que en ausencia del apartado que nos ocupa quedarían fuera del ámbito penal”. También es éste el parecer de la jurisprudencia, que, en las pocas ocasiones en que ha aplicado el tipo penal, lo ha hecho respecto a agrupaciones que, si bien se dedican a promover un discurso discriminatorio contra determinados colectivos, no tienen como objeto cometer delitos al modo en que lo hace la asociación ilícita del art. 515.1.1º CP. Véase, por ejemplo, la STS 1396/2011, de 28 de diciembre, en que se condenó por el delito de participación en asociación ilícita del art. 515.1.4º CP a unos sujetos integrantes de la asociación “Hammerskin España” (HSE), cuya finalidad -se declara- es “extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo que sienten, propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos de música en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología y con la distribución de publicaciones y discos que contienen y difunden dichas ideas”, sin acreditarse en la causa que, junto a ello, se dediquen también a la perpetración de delitos distintos a los de odio. Lo mismo sucede en el caso enjuiciado en la STS 372/2011, de 10 de mayo, en que también se condena por la conducta típica del art. 517 CP de participar en asociación ilícita del art. 515.1.4º CP a los miembros de una agrupación por su solo objeto de difundir el discurso del odio y la discriminación. Concretamente, la agrupación era la “Blood Honour España”, “dedicada a confeccionar y distribuir revistas para la difusión y promoción de la ideología skinhead nacionalsocialista, así como a organizar conciertos que incitaban a la discriminación racial, sin que se acreditase en la causa que la creación del colectivo respondía también al objeto de cometer delitos contra los integrantes de esos colectivos raciales”.

cometer delitos - una justificación para la incriminación en el orden penal de sus integrantes, cual es, como dijimos, la afectación al modelo constitucional de convivencia plural y multicultural. Recuérdese que la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, ya instaba a los Estados parte a prohibir “las organizaciones que promuevan la discriminación racial e inciten a ella”, y a tipificar como delito “la participación en tales organizaciones”¹⁹¹⁵, sin hacer alusión a fines delictivos adicionales perseguidos por dichas organizaciones. Esto es, se declara implícitamente que la existencia de una organización dedicada exclusivamente a promover o incitar a la discriminación ya ostenta un injusto penal merecedor de castigo en el orden jurídico-penal.

Aun así, cabe señalar que, como GARCÍA ÁLVAREZ¹⁹¹⁶, entendemos procedente mantener una cierta interpretación restrictiva del concepto de asociación ilícita del art. 515.4º CP. Aclárese que dicha restricción propuesta no iría en la vía señalada para las asociaciones de los apartados 2º y 3º del art. 515 CP, en el sentido de exigir a la misma el fin de cometer delitos, lo que, ya hemos dicho, que nos parece innecesario, sino en la línea de reclamar que esa promoción o incitación a la violencia o a la discriminación, objeto de la asociación, se entienda restrictivamente como promoción de la comisión de delitos por motivos discriminatorios. De acuerdo con este entendimiento de la cuestión, basado en el principio de intervención mínima, quedarían “extramuros” de los arts. 515.4º y ss. CP las agrupaciones que promuevan o fomentan un discurso abstracto de odio contra determinados colectivos que no pueda traducirse en un fomento de la comisión de delitos de discriminación¹⁹¹⁷, resultando así la participación en las mismas una conducta atípica. Ejemplos de delitos discriminatorios

¹⁹¹⁵ Concretamente, el art. 1 a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

¹⁹¹⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El derecho penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 272 y 273.

¹⁹¹⁷ Así, GARCÍA ÁLVAREZ, P., “*El derecho penal y la discriminación*”, *op. cit.*, pp. 272 y 273: “En mi opinión, si se anticipa la intervención del Derecho penal reputando ilícitas a las asociaciones que realicen conductas de instigación, más o menos directa, a la discriminación debe ser porque tales conductas tienen suficiente trascendencia a efectos penales, por lo que deben poner en peligro el bien jurídico que constituye el derecho a no ser discriminado, luego, debe entenderse que la instigación penalmente relevante es a la discriminación que, caso de producirse, sería constitutiva de “delito”. Por ejemplo, la promoción o incitación por una asociación a la discriminación laboral (art. 314 CP) o a la discriminación en la concesión de prestaciones a las que los afectados tengan derecho (arts. 511 y 512 CP). En el mismo sentido ha de entenderse [...] la referencia a la promoción o incitación a la violencia contra personas, grupos o asociaciones. Es decir, pienso que para que la asociación sea ilícita, las violencias, a las que se promueve o incita, han de ser constitutivas de delito”. Como apoyo a su tesis, la autora refiere, además, que este entendimiento resultaría ajustado al mandato constitucional del art. 22.2 CE, que declara como ilegales a las asociaciones “que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito” (pág. 275). Así, señala que no interpretar restrictivamente el concepto de asociación ilícita del art. 515.1.4º CP como propone, entendiendo subsumibles en el precepto a cualquier agrupación que promueva un discurso abstracto de odio y promoción, no reconducible a la incitación a la comisión de delitos discriminatorios, supondría correr el riesgo de que “el derecho fundamental a la libre asociación quedara excesivamente limitado” (pág. 276).

a cuya comisión, de acuerdo con esta interpretación, podría incitar la asociación del art. 515.1.4º CP serían el delito de discriminación laboral del art. 314 CP, la discriminación en la concesión de prestaciones a las que los afectados tengan derecho de los arts. 511 y 512 CP, o, en general, cualquier delito agravado por la circunstancia genérica del art. 22.4º CP¹⁹¹⁸. La participación en agrupaciones que fomenten un discurso genérico de odio hacia determinados colectivos que no pueda conectarse con la incitación a la comisión de delitos de discriminación contra miembros de dichos colectivos raciales, étnicos o sexuales, la consideramos atípica, estimando suficiente para su castigo, de acuerdo con el principio de *última ratio*, el recurso al ordenamiento administrativo sancionador.

El concepto restrictivo que mantenemos de la asociación ilícita del art. 515.5º CP como agrupación dedicada a fomentar, promover o incitar la comisión de delitos discriminatorios no se solapa en modo alguno con los conceptos de asociación ilícita criminal del art. 515.1º CP o de grupo u organización criminal de los arts. 570 ter y 570 bis CP, pues, mientras éstas últimas tienen como objeto la comisión en su seno de delitos, siendo éstos, por tanto, cometidos por sus integrantes, con la posible colaboración en todo caso de terceros, aquélla se dedica a fomentar o incitar a terceros, ajenos a la agrupación, a la perpetración de delitos discriminatorios. El objeto social de unos y otros colectivos resulta, así, distinto¹⁹¹⁹. En conclusión, ha de estimarse que, a diferencia de lo que ocurre con los arts. 515.1º a 3º CP, el tipo asociativo de los arts. 515.4º y ss. CP sí tendría un ámbito de aplicación propio y diferenciado del de los tipos de grupo y organización criminal, no produciéndose, en consecuencia, conflicto normativo entre los preceptos. Los conceptos de sendas agrupaciones difieren, así como el contenido de “injusto de organización” de que son portadores: la existencia de la asociación ilícita que fomenta o incita a la comisión de delitos de discriminación afecta al modelo constitucional de igualdad entre todos los seres humanos, mientras que la existencia del grupo y de la organización criminal lesiona la seguridad colectiva y, además en el caso de la segunda, pone en peligro el correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas.

¹⁹¹⁸ En el art. 22.4.ª CP se declara como circunstancia agravante genérica, esto es, aplicable a cualquier delito, el “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

¹⁹¹⁹ Así, GARCÍA ÁLVAREZ, P., “*El derecho penal y la discriminación*”, *op. cit.*, pág. 276, que, respecto a las asociaciones ilícitas del actual art. 515.1.4º -antes art. 515.1.5º CP -, señala: “esta interpretación restrictiva no convierte, sin embargo, en superflua la previsión expresa de estas asociaciones, ya que en el apartado 5º se califica de ilícitas a las asociaciones que promueven o incitan a “otros” a la realización de discriminaciones o violencias delictivas, pero la asociación no tiene por qué tener, a diferencia de lo previsto en el apartado 1º de este artículo, el “objeto” de cometer delito alguno”. En la misma línea se pronuncia FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pp. 152 y 157, al indicar que en el art. 515.1.1º CP el objeto de la asociación es cometer delitos, mientras que en el art. 515.1.4º CP el objeto social es “promover o incitar a otros a la discriminación”.

En el caso de que una agrupación de más de dos personas se dedique, con vocación de estabilidad, a promover la realización de delitos discriminatorios y a la vez a cometer dichos delitos, habría de apreciarse un concurso ideal de delitos entre el tipo de grupo criminal del art. 570 ter CP -o el de organización criminal, si se empleasen medios mafiosos -y el tipo de asociación ilícita del art. 515.4º CP. Y es que, apreciar sólo en esos casos el art. 570 ter o 570 bis CP supondría dejar sin castigo la ofensa al principio constitucional de la igualdad ante la ley de todos los seres humanos producida por el fomento e incitación a terceros a realizar delitos discriminatorios por parte de la agrupación. Y, lo contrario, esto es: apreciar solamente el art. 515.4º CP, supondría obviar la lesión a la seguridad colectiva que supone la existencia de una agrupación estructurada de manera idónea para cometer delitos, en este caso delitos discriminatorios como pueden serlo cualquier delito del Código penal agravado por la circunstancia del art. 22.4º CP (y, en el caso de emplearse “métodos mafiosos”, la amenaza al buen funcionamiento de los mercados e instituciones). De ahí que la calificación que estimamos adecuada en estos casos sea la del concurso ideal de delitos, en tanto una misma conducta -en este caso, participar en una agrupación estructurada con vocación de estabilidad – se subsume en dos tipos penales distintos: el art. 517 CP en relación al art. 515.4º CP, y el art. 570 ter o 570 bis CP, que tutelan bienes jurídico-penales distintos. No obstante, también podría ser imaginable una calificación alternativa a estos supuestos, cual es la sola apreciación del tipo de participación en grupo criminal (o, en su caso, de organización criminal, si se emplean métodos mafiosos) agravado por la circunstancia genérica del art. 22.4º CP. Se podría ver en tales casos que la conducta típica de participar en organización criminal se comete por “motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación”. No obstante, entendemos más acertada la primera calificación jurídica, como concurso ideal de delitos, y ello porque, más que estar motivados los miembros de la organización en su actuación de forma individualizada por móviles discriminatorios, es la misma agrupación la que actúa bajo dichos motivos.

2.2.2. Resolución de los concursos de leyes en relación a los arts. 515.2º y 3º CP

Dejando de lado al delito de asociación ilícita que fomenta, incita o promueve a la discriminación, que ostenta un ámbito de aplicación propio y autónomo, que no se solapa con el del tipo de organización criminal, insta abordar los concursos de leyes que concurren entre el art. 570 ter/ 570 bis CP y los arts. 515.2º y ss., y 515.3º y ss. CP, como preceptos que castigan la participación en y la colaboración con agrupaciones dedicadas a delinquir con vocación de permanencia en el tiempo. A primera vista, y sin examinar por ahora el art. 570 quáter.2.II CP, parece que el criterio idóneo para resolver estos conflictos normativos habría de ser el de la especialidad del art. 8.1º CP. Téngase en cuenta que, si bien las asociaciones ilícitas de los arts. 515.1.2º y 3º son, de acuerdo con la interpretación restrictiva de las mismas que aquí mantenemos, agrupaciones dedicadas a delinquir, como la organización criminal del art. 570 ter CP, las mismas presentan ciertas especificidades no presentes en ésta última. Así, las asociaciones

ilícitas del art. 515.2º CP tienen como objeto social sólo la comisión de delitos violentos, en el caso de las “asociaciones que [...] empleen medios violentos”, o se dedican a perpetrar sólo cierto tipo de delitos para alterar o controlar la personalidad de personas (normalmente, los futuros o ya actuales miembros), en el caso de las “asociaciones que [...] empleen medios [...] de alteración o control de la personalidad para su consecución”.

En cuanto a las “organizaciones de carácter paramilitar” del art. 515.3º CP, éstas también parecen caracterizarse, como las “asociaciones que [...] empleen medios violentos”, por el rasgo específico, respecto de los grupos criminales del art. 570 ter CP, de tener como objeto la comisión de delitos violentos, o, si no, al menos por el de disponer para la comisión de delitos de un arsenal armamentístico; característica ésta que no está presente en la definición ni de grupo criminal, ni de organización criminal de los arts. 570 ter.1 y 570 bis.1 CP. No obstante, recuérdese que en la interpretación restrictiva que mantenemos de la organización criminal, la disposición de armas o instrumentos peligrosos, y, con ello, el uso potencial de la violencia, sí constituiría una característica inherente a la agrupación.

En cualquier caso, la aplicación del principio de especialidad *ex art.* 8.1º CP para resolver los conflictos de normas al menos entre los tipos asociativos de los arts. 515.2º y 3º y los tipos de organización y grupo criminal parece en principio imposibilitada por la disposición específica en materia concursal contenida para los tipos de organización y grupo criminal en el art. 570 quáter. II CP, según la cual “cuando las conductas previstas en dichos artículos -se refiere a los arts. 570 bis y 570 ter CP - estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8”. ¿Quiere ello decir que en todo caso cuando se produzca un concurso de leyes de algún precepto del Código penal con el art. 570 bis CP habrá éste de resolverse obligatoriamente por el principio de alternatividad, aunque puedan apreciarse especificidades de un precepto en relación al otro? Dos han sido las interpretaciones que se han mantenido en el plano doctrinal de esta disposición contenida en el art. 570 quáter. II CP: una primera, que respondería afirmativamente a la pregunta planteada *supra*, al concebir a este precepto como una verdadera cláusula concursal que exceptúa el orden de prelación establecido en el art. 8 CP en materia de criminalidad organizada; y, una segunda, y mayoritaria interpretación, según la cual este precepto no tendría un valor sustantivo, siendo su única razón de ser la de avisar al intérprete del solapamiento absoluto que se produce entre los conceptos de organización criminal del art. 570 bis CP -o de grupo criminal, según nuestra interpretación - y de asociación ilícita de objeto delictivo del art. 515.1º CP, que hace obligado el recurso al criterio de alternatividad para resolver los concursos de leyes entre ambos preceptos. Veamos con algo más de detenimiento los argumentos sostenidos por los partidarios de una y otra interpretación, así como las consecuencias prácticas a que cada una de ellas llevaría en relación a los concursos de leyes que ahora nos ocupan.

a. La interpretación del art. 570 quáter.II CP como verdadera regla concursal que exceptúa el orden de prelación del art. 8 CP

Como se adelantó, según esta primera interpretación la cláusula establecida en el art. 570 quáter.II CP constituye una verdadera regla concursal, y, por tanto, viene a exceptuar al orden de prelación establecido en el art. 8 CP para los concursos de leyes que puedan surgir entre los arts. 570 bis y 570 ter CP y otros preceptos del Código penal, disponiendo que los mismos han de resolverse obligatoriamente por el criterio de alternatividad del art. 8.4º CP. En la doctrina esta interpretación del art. 570 quáter.II CP es claramente minoritaria, identificándose como partidarios de la misma tan sólo a CARUSO FONTÁN¹⁹²⁰ y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ¹⁹²¹. “Extramuros” del ámbito doctrinal, esta interpretación goza, sin embargo, de amplios apoyos, pudiéndose calificar como la tesis oficial. Así, la Fiscalía General del Estado mantiene de manera indubitada esta interpretación en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, ordenando a los Sres. Fiscales que “en los supuestos en que se plantee un conflicto de normas entre los artículos 515.1 y 570bis CP” apliquen “el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 quáter CP”¹⁹²². También en sede judicial parece ser ésta la interpretación comúnmente mantenida del precepto, en tanto que en los casos de agrupaciones subsumibles simultáneamente en los arts. 515.1.2º y 570 bis CP-o 570 ter CP, bajo nuestra interpretación -, como las bandas latinas que hacen uso de medios violentos de carácter delictivo, condenan a sus miembros por el delito de organización criminal, y no por el de asociación ilícita, que *de lege lata* resultaría más específico¹⁹²³.

Son varios los argumentos que se han esgrimido para el sostenimiento de esta interpretación del precepto como verdadera cláusula concursal que exceptúa el orden de prelación de las reglas de resolución de concursos de normas contenido en el art. 8 CP. Por un lado, estaría la circunstancia de que el art.570 quáter.II CP se refiere al

¹⁹²⁰ CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 12.

¹⁹²¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 quáter”, *op. cit.*, pp. 575 y 576: “En el núm. 4 del art. 8 el criterio de alternatividad está previsto de modo subsidiario a los anteriores, viniendo en aplicación cuando no proceda la de otros criterios propios del concurso de normas (especialidad, subsidiariedad, consunción). Sin embargo, para estos delitos -véase, para los delitos de organización y grupo criminal - se prevé en el art. 570 quáter.2 CP, párr. 2º, su aplicación <<en todo caso>> si surge un concurso de normas, de modo que desplazará incluso al de especialidad cuando pudiera ser de aplicación”.

¹⁹²² Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 28.

¹⁹²³ Así, la STS 337/2014, de 16 de abril, FJ Vigésimo-Primero, apartado 2. Pese a señalar que la agrupación en cuestión “tiene en su ideario y lo conocen sus miembros cuando ingresan, la práctica de la violencia con los suyos o los demás, violencia en la que participan como ritual de entrada y en la que deben mantenerse por obediencia, así como la comisión de delitos para financiarse”, lo que podría llevar a la condena a sus integrantes por el art. 515.1.2º CP como tipo penal más específico y concreto en relación al supuesto que el art. 570 bis CP, el Alto Tribunal aplica finalmente el tipo de organización criminal del art. 570 bis CP.

supuesto en que “las conductas previstas en dichos artículos -véase, en los arts. 570 bis y 570 ter CP - estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código”, sin exigir un solapamiento total y absoluto entre unas y otras¹⁹²⁴. Así, al no exigir el precepto que las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP hayan de estar comprendidas con igual precisión en otro precepto del Código, que es el requisito sine qua non para la aplicación de la regla de la alternatividad del art. 8.4º CP, a cuya aplicación remite, se podría inferir que se está estableciendo una regla concursal específica en el ámbito de la criminalidad organizada, que exceptuaría lo dispuesto de manera general en el art. 8 CP¹⁹²⁵. Por otro, se advierte, desde esta línea interpretativa, de la superfluidad de que adolecería el art. 570 quáter.2.II CP si se entiende, como hace el sector doctrinal mayoritario, que no establece una regla concursal sustantiva que exceptúa lo dispuesto en el art. 8 CP. Y es que, si el precepto sólo viene a recordar al intérprete que, caso de producirse un solapamiento absoluto entre los ámbitos de aplicación de dos preceptos - en este caso, de los arts. 570 bis o 570 ter CP y otras normas del Código penal -, ha de acudir a la regla de alternatividad, su existencia resulta del todo innecesaria.

De adoptarse esta interpretación del art. 570 quáter.2.II CP, los concursos de normas entre los arts. 515.2º o 515.3º y ss. CP y el art. 570 bis CP -o en nuestra opinión el art. 570 ter CP- se resolverán de acuerdo con el principio de alternatividad, obviando la especificidad *delege lata* de los primeros preceptos frente a los arts. 570 bis o 570 ter CP. La consecuencia de ello será la misma que vimos en relación a los concursos de leyes entre el art. 515.1º y 570 bisCP: la casi derogación tácita de los arts. 515.2º y 515.3º CP en tanto en líneas generales, cuando el concurso de normas lo sea con la organización criminal, que es según la doctrina casi unánime el único conflicto normativo posible a este respecto, al entender que el grupo criminal, de menor complejidad que las asociaciones ilícitas, no se solaparía conceptualmente con éstas. La única excepción a este respecto, en lo que respecta al concurso normativo entre los arts. 515.2º o 3º y el art. 570 bis CP, en que las penas previstas en los primeros preceptos podrían considerarse más graves que las de éste último sería en relación al supuesto de miembros activos y colaboradores cuando la agrupación en cuestión tenga como objeto la perpetración de delitos leves o menos graves. Véase, que para estos casos las penas

¹⁹²⁴ Así, CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 12: “el legislador en el artículo 570 quáter no indica en ningún momento la necesidad de que la conducta quede comprendida “con igual precisión” en ambas figuras delictivas, sino simplemente que pueda ser abarcada por ambos preceptos”.

¹⁹²⁵ A ello podría unirse, además, como factor que corroboraría esta interpretación, el empleo del término “en todo caso” con el que se inicia esta disposición, que podría, a este respecto, interpretarse como “aun cuando pudiera apreciarse una relación de especialidad entre el art. 570 bis CP y otro tipo penal del Código Penal, por ser éste último más específico, habrá de aplicarse siempre –“en todo caso” – el art. 8.4º CP para resolver el concurso de normas. De este entendimiento parece ser SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 quáter”, *op. cit.*, pp. 575 y 576, pues señala: “cuando estemos ante los supuestos de los núm. 3 a 5 del art. 515 parecería lo razonable estimar que deben ser de aplicación preferente como normas especiales -al art. 570 bis CP, se entiende-. Sin embargo, para estos delitos -véase, para los delitos de organización y grupo criminal - se prevé en el art. 570 quáter.2 CP, párr. 2º, su aplicación <<en todo caso>> si surge un concurso de normas, de modo que desplazará incluso al de especialidad cuando pudiera ser de aplicación”.

previstas en los arts. 517 y 518 CP son prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación en el caso del cooperador, y la del art. 570 bis CP, prisión también de uno a tres años e inhabilitación *ex art.* 570 quáter, sin previsión de multa.

b. La interpretación del art. 570 quáter.2.II CP como norma superflua que no exceptúa el orden de prelación de reglas concursales del art. 8 CP

La interpretación del art. 570 quáter 2.II CP alternativa a la anterior, y que cuenta con más apoyo en la doctrina, es la que entiende que este precepto no exceptúa el orden de prelación de reglas para la resolución de concursos de leyes del art. 8 CP. Entienden así los partidarios de esta interpretación que con la frase “las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código” el legislador se refiere en realidad al supuesto en que los comportamientos estén igualmente comprendidos, esto es, con la misma exactitud, en otro precepto, como sucede en los concursos de leyes concurrentes entre los arts. 515.1º CP y 570 bis.1 CP¹⁹²⁶. Por tanto, en los casos de conductas de participación en agrupaciones delictivas que resulten subsumibles simultáneamente en el art. 570 bis/ter CP y en los arts. 515.1.2º y ss. o 515.3º y ss. CP, no habrá impedimento alguno, de acuerdo con esta interpretación, para resolver el concurso de leyes aplicando el criterio de especialidad *ex art.* 8.1º CP en atención a las especificidades propias de la asociación que emplea medios violentos o de alteración de la personalidad de carácter delictivo del art. 515.2º CP, o de la asociación paramilitar con objeto delictivo del art. 515.3º CP, frente a la organización criminal del art. 570 bis CP -o, en nuestro caso, el grupo criminal -. En cuanto todas estas agrupaciones comparten el objetivo de cometer delitos de acuerdo con la interpretación restrictiva que hacemos de los arts. 515.2º y 515.3º CP, el concurso de leyes de estos preceptos con el art. 570 bis CP se resolvería con la aplicación de la norma más específica para el supuesto objeto de enjuiciamiento, que será siempre el art. 515.2º o 515.3º y ss. CP, quedando relegado en estos casos el art. 570 bis CP según la doctrina¹⁹²⁷.

Los autores defensores de esta interpretación, entre los que se encuentran GARCÍA ALBERO¹⁹²⁸, GARCÍA DEL BLANCO¹⁹²⁹ y GONZÁLEZ RUS¹⁹³⁰,

¹⁹²⁶ Véase, por ejemplo, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 572: “Esta remisión expresa –en referencia a la remisión que el art. 570 quáter.2.II CP hace al art. 8.4º CP – [...] resulta superflua, puesto que [...] no establece una norma específica, sino que sólo recuerda una norma general en la que el contenido de dos tipos coincide completamente, lo que no ocurre en los supuestos a resolver por especialidad, subsidiariedad y consunción donde el tipo preferente supone un plus de antijuricidad con respecto al tipo desplazado. Por lo tanto, siguen siendo de aplicación los tres primeros criterios del CP art.8”.

¹⁹²⁷ Así, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2166, que apunta al criterio de especialidad del art. 8.1º CP como criterio a aplicar para resolver estos concursos de normas, lo que conllevaría la inaplicación del art. 570 bis CP, en cuanto norma penal más genérica.

¹⁹²⁸ GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 2165: “la expresa invocación al art. 8.4 CP no significa que quepa acudir a otro criterio de resolución del

esgrimen principalmente dos argumentos a favor de la misma. Por un lado, el necesario respeto a los principios de legalidad¹⁹³¹ y de unidad del ordenamiento jurídico, en este caso, penal, y a su coherencia interna, que se vería afectada con la existencia de normas contradictorias entre sí, como serían los arts. 8 y 570 quáter.2.II CP en la interpretación de éste último como norma concursal sustantiva que exceptúa el orden de prelación de reglas de resolución de concursos de leyes establecido en el art. 8 CP. Por otro, se alude a razones de tipo eminentemente práctico, señalándose críticamente que la interpretación del art. 570 quáter.2.II CP como regla sustantiva concursal supondría la derogación tácita de todos los tipos asociativos de los arts. 515 y ss. CP, pues quedarían sin aplicación, al prever el art. 570 bis CP mayores penas para los sujetos activos de las conductas típicas¹⁹³².

2.2.3. Toma de postura

Concurren, como se ha visto, argumentos a favor y en contra de ambas interpretaciones. A primer vista, nos parece que la letra del art. 570 quáter.2.II CP es clara y contundente en señalar que los concursos de leyes entre los arts. 570 bis y 570 ter CP y otros preceptos del Código penal han de resolverse en virtud del principio de alternatividad, sin requerir para ello que el solapamiento entre los preceptos sea total. De acuerdo con ello, el art. 570 quáter.2.II CP parece una regla concursal que exceptúa el orden de prelación de criterios de resolución de conflictos normativos del art. 8 CP. Esta excepción a las reglas del art. 8 CP dispuesta por parte del art. 570 quáter.2. II CP, mediante el establecimiento como regla concursal preferente del criterio de alternatividad, encontraría, además, explicación en la alarma social existente en torno al fenómeno de la criminalidad organizada y en el afán represivo del legislador en esta materia manifestado en la reforma de 2010 a través de la incorporación de los tipos de organización y grupo criminal con unas penas señaladamente elevadas. Así, el legislador, queriendo castigar con la mayor rotundidad posible las conductas de participación en agrupaciones dedicadas a delinquir, establecería excepcionalmente el criterio de alternatividad como regla única para resolver los concursos de normas que

concurso de leyes, la remisión al art. 8.4 es, necesariamente, también una remisión a todo el artículo octavo”.

¹⁹²⁹ GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 572.

¹⁹³⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

¹⁹³¹ Así, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 35 y 36, que señala, a este respecto, que el principio de legalidad impone aplicar siempre el precepto penal que comprenda con más exactitud la conducta castigada.

¹⁹³² En este sentido, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 518: “si siempre prevaleciera la punición conforme a los arts. 570 bis y 570 quáter se produciría una derogación tácita del art. 517 y los casos de asociaciones del art. 515 quedarían como meros ejemplos de agrupaciones delictivas. Sin embargo, como el mismo art. 8.4º señala en su tenor literal, la aplicación de este precepto sólo procede “en defecto de los criterios anteriores” por lo que debemos comprobar si los supuestos de asociaciones ilícitas del art. 515 pueden ser aplicados en virtud de otro criterio, y singularmente del principio de especialidad, frente a los tipos de organización del 570 bis”.

puedan surgir al respecto. No obstante, y desde el punto de vista contrario, es cierto que jurídicamente resulta controvertida una cláusula concursal de estas características que obvia el orden de prelación establecido con carácter general en el art. 8 CP. Por mucha voluntad y afán que se tenga en reprimir un fenómeno tan grave para la sociedad como la criminalidad organizada, no parece correcto llevar a cabo una inversión del orden de prelación de reglas de resolución de conflictos normativos del art. 8 CP, disponiendo en todo caso la aplicación del criterio de alternatividad cuando pueda detectarse que uno de los preceptos aplicables a la conducta enjuiciada en cuestión resulta más específico a la misma, por contemplar con mayor concreción que el otro el supuesto de hecho. El mismo principio de legalidad impone aplicar la ley que describa con mayor precisión la conducta en cuestión.

Lo cierto es que, si la voluntad del legislador, tras la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, era la de aplicar a todas las agrupaciones dedicadas a delinquir con vocación de estabilidad el tipo más grave de organización criminal, en detrimento de los tipos de asociaciones ilícitas, lo correcto hubiera sido suprimir efectivamente estos tipos, y no, como se ha hecho, contemplar una regla concursal excepcional como el art. 570 quáter.2.II CP, cuya aplicación da lugar a una derogación tácita de los mismos. Parece que legislador quisiera dar la impresión de articular el mayor número de vías posibles de punición de la participación en agrupaciones delictivas, para erigirse en adalid de la lucha contra el fenómeno, y, a la vez, establecer las mayores penas posibles para estas conductas, siendo, en puridad, los dos caminos contradictorios, pues el mayor castigo ya se consigue con sólo una figura penal: el tipo de organización criminal -y, complementariamente el de grupo criminal, para las agrupaciones delictivas de menor estructura y consistencia -. No obstante, siendo la realidad normativa la que es -esto es: la de la coexistencia de estos preceptos, y la de la clara remisión del art. 570 quáter.2.II CP al criterio de alternatividad para resolver los conflictos normativos que surjan entre el art. 570 bis CP y otros preceptos del Código Penal - entendemos que los concursos de normas de que hablamos han de resolverse obligatoriamente de acuerdo con el art. 8.4º CP por disponerlo así el citado art. 570 quáter.2.II CP. Ello llevaría, como ya vimos al tratar los concursos de leyes entre los arts. 515.1º y 570 bis, a dejar en la marginalidad a los arts. 515.2º y 3º y ss. CP, pues por lo general prevén penas inferiores para las conductas típicas que el art. 570 bis CP.

La interpretación mayoritaria en el plano doctrinal que propone la aplicación del criterio de especialidad en estos supuestos se fundamenta en una interpretación un tanto forzada del art. 570 quáter.2.II CP, pues nada refiere este precepto sobre que el solapamiento entre los preceptos tenga que ser absoluto. Por otra parte, aplicar el criterio de especialidad en estos casos daría lugar a consecuencias prácticas insatisfactorias. Partiendo de la tesis mayoritaria de que el solapamiento se produciría entre los tipos asociativos y el tipo de organización criminal -quedando al margen el grupo criminal por su menor estructura, piénsese que se estaría beneficiando penológicamente -al aplicárseles los tipos asociativos *ex* art. 8.1º CP - a los miembros y

colaboradores de determinadas agrupaciones delictivas por rasgos específicos de éstas, irrelevantes desde el punto de vista del desvalor de injusto, respecto a los miembros y colaboradores de agrupaciones delictivas no subsumibles en los arts. 515.2º y 3º CP, que serían castigados por el tipo de organización criminal, más grave en general. Dicha diferencia penológica no resulta justificable si el injusto de las conductas típicas referidas a las asociaciones ilícitas de los arts. 515.2º y 3º CP y a las organizaciones criminales del art. 570 bis CP, en la interpretación del mismo por la doctrina como agrupación dedicada a delinquir (sin el requerimiento de métodos mafiosos), es el mismo, esto es: el peligro que entraña un ente estructurado idóneamente para cometer delitos. Con estas reflexiones se pone, además, de manifiesto el aparente sinsentido de la coexistencia de los arts. 570 bis/ter CP, y de los arts. 515.2º y 3º y ss. CP. ¿Para qué prever aisladamente el castigo de estas agrupaciones delictivas específicas cuando ya disponemos de tipos penales que sancionan la participación en colectivos dedicados a delinquir con vocación de estabilidad, véase: antes de la reforma del Código penal por LO 5/2010, de 22 de junio, el tipo de asociación ilícita de objeto criminal del art. 515.1º CP, y, tras la reforma, junto a éste, el tipo de organización criminal del art. 570 bis CP?

En lo que respecta a las asociaciones que hacen uso de medios violentos, aquí interpretados restrictivamente como medios necesariamente delictivos, resulta clara la superfluidad de su previsión autónoma respecto a los arts. 570 ter y 570 bis CP. La persecución de objetivos legales a través de medios delictivos inherentes a la consecución de tales objetivos supone, en última instancia, perseguir fines delictivos. Entendemos que los fines abarcan tanto los fines últimos como los medios inherentes a la consecución de dichos fines¹⁹³³. De esta opinión parecen ser los jueces y tribunales, pues, tras la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, vienen aplicando el tipo de organización criminal, y no el de asociación ilícita que emplea medios violentos de carácter delictivo, a las bandas latinas. En alguna ocasión, incluso, en que la defensa de uno de los miembros de la banda latina, acusado por participar en organización criminal *ex art.* 570 bis CP, denunciaba que el precepto aplicable habría de ser el de asociación ilícita por cuanto los fines de la agrupación eran lícitos, el Tribunal Supremo respondía que, en tanto que la agrupación “tiene en su ideario y lo conocen sus miembros cuando ingresan, la práctica de la violencia con los suyos o los demás”, se

¹⁹³³ Así, en su momento, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 13ª ed., 1990, pág. 753, que tachaba al entonces número 2º del art. 173 como no necesario, pues ya se encontrarían esas asociaciones cubiertas por el apartado 1º (“Una asociación que persiga como fines últimos los más saludables, si pretende obtener sus propósitos por <<medios violentos>>, en realidad usa éstos como fines intermedios para ese fin último y está comprendida en el 173,1º, en la medida en que esos medios sean criminales, por muy loables que sean las aspiraciones de sus miembros”), y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 108 (“La interpretación restrictiva a que se ha venido haciendo referencia haría superfluos [...] los números del art. 515 CP [...] las del tercero cabrían ya en las del 1º, pues al utilizar medios violentos delictivos estarían, como mínimo, promoviendo la comisión de delitos”).

subsume perfectamente en el concepto de organización criminal, como agrupación dedicada a cometer delitos¹⁹³⁴.

En lo que hace a las asociaciones que emplean medios de control o alteración de la personalidad, constitutivos de delito, según la interpretación restrictiva que mantenemos del art. 515.2º CP, el fundamento de la incriminación de las conductas de participación en las mismas respondía en este caso - como lo afirmaba la propia Exposición de Motivos al Proyecto de 1992, en el que ya se contemplaba - a la voluntad de reprimir el fenómeno de las “sectas destructivas”. Es cierto que en este caso la agrupación delictiva pudiera ostentar cierta especificidad respecto a una agrupación dedicada a delinquir con ánimo de lucro. Esos métodos delictivos de “alteración o control de la personalidad”, no presentes, o al menos no presentes con la misma intensidad, en una agrupación delictiva común, y la circunstancia de que los delitos, objeto de la agrupación, se perpetren contra los mismos integrantes o “proyectos de integrante”, y no contra la sociedad en general, o miembros indeterminados de ella, pudieran hacer pensar en que es conveniente un tipo penal específico para este tipo de agrupaciones, distinto del tipo de organización criminal del art. 570 bis CP. No obstante, a pesar de estas especificidades, que no negamos, como señala MUÑOZ CONDE, también en estos casos la razón de ser de la incriminación de las conductas se reduce a la existencia de una agrupación idóneamente estructurada para cometer delitos, independientemente de la naturaleza de éstos, por lo que el injusto coincide a fin de cuentas con el del grupo criminal y, parcialmente con el de la organización criminal, en nuestra interpretación restrictiva de la misma como agrupación que delinque y emplea métodos mafiosos¹⁹³⁵. Aspectos como la inmoralidad de las prácticas delictivas objeto de estas agrupaciones han de quedar fuera de la consideración del Derecho penal. Por ello, entendemos que no concurre una causa con el suficiente peso para justificar la existencia de un tipo penal específico frente al de organización criminal para castigar estas conductas. Por otro lado, se encuentra la circunstancia de la nula aplicación a día de hoy del art. 515.1.2º CP en su modalidad de participación en asociaciones ilícitas que empleen medios de alteración o control de la personalidad¹⁹³⁶, que corrobora aún más

¹⁹³⁴ Véase la STS 337/2014, de 16 de abril, FJ Vigésimo-Primero, apartado 2, en la que se afirma, concretamente, que la agrupación “tiene en su ideario y lo conocen sus miembros cuando ingresan, la práctica de la violencia con los suyos o los demás, violencia en la que participan como ritual de entrada y en la que deben mantenerse por obediencia, así como la comisión de delitos para financiarse”, [...] existiendo el delito específico para los hechos entendemos que encajan perfectamente en la tipificación que señala el Ministerio Fiscal y en este sentido entendemos que los hechos sí constituyen un delito del artículo 570 bis”.

¹⁹³⁵ MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 713: “el único criterio para decretar la ilicitud de estas asociaciones debe ser que en su actuación cometan algún delito [...], no el carácter más o menos inmoral de sus ideas o prácticas, o el que pertenezcan a una religión más o menos extendida o que sus prácticas estén asumidas o no por la tradición”.

¹⁹³⁶ La aplicación de los arts. 517 y 518 CP en relación a las asociaciones ilícitas del art. 515.1.2º CP se ha reducido a los casos de asociaciones que empleen medios violentos (bandas latinas), no habiendo a día de hoy sentencias condenatorias por el art. 515.1.2º CP en su modalidad de asociaciones que empleen medios de alteración o control de la personalidad. Así lo señala FARALDO CABANA, P., “*Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*”, *op. cit.*, pág. 172.

nuestra conclusión sobre la no necesidad de un tipo penal específico, simultáneo al art. 570 bis CP, para estos supuestos.

A la misma conclusión -esto es: a la superfluidad del precepto - llegamos en lo que respecta a las asociaciones paramilitares con objeto delictivo del art. 515.3º CP. Véase que en este caso además ya disponemos de un tipo penal igualmente específico para las agrupaciones armadas con fines delictivos, cuales son *de lege lata* los tipos cualificados de organización criminal/grupo criminal que dispone de armas de los arts. 570 bis.2.b y 570 ter.2.b CP. Caso distinto es el de las asociaciones que fomenten o inciten a la comisión de delitos discriminatorios del art. 515.4º CP, que, como ya en su momento señalamos, ostenta un ámbito de aplicación autónomo y diferenciado de los arts. 570 bis y 570 ter CP, por ser su contenido de injusto distinto, siendo, en consecuencia, justificado su mantenimiento tras la reforma del Código penal por LO 5/2010, de 22 de junio.

2.3. Relación concursal con los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal de la Parte Especial

2.3.1. Consideraciones generales sobre los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal

El castigo de la participación como miembro en una agrupación estructurada para delinquir no se articula solamente a través de los delitos de asociación ilícita, organización y grupo criminal de los arts. 515 y ss. y 570bis y 570ter, respectivamente, sino que, como se adelantó, existen también un gran número de tipos penales de la Parte Especial que prevén agravaciones por la pertenencia o conexión del autor de la conducta típica de que se trate con una asociación u organización criminal. Concretamente los tipos penales que prevén actualmente, ya en el Código penal, ya en leyes orgánicas externas, subtipos agravados por razón de esta circunstancia son: el delito de asesinato¹⁹³⁷, la trata de seres humanos¹⁹³⁸, los tipos de abusos y agresiones sexuales a

¹⁹³⁷Art. 140.1 CP: “El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] 3º. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal”. En este caso, como se ve, la agravación es de tal calado, que no consiste en un aumento cuantitativo de las penas de prisión fijadas para el tipo básico, sino en el establecimiento para estos casos de una pena de prisión de duración indeterminada, pues la duración final dependerá en todo caso del resultado de las evaluaciones que se hagan al reo, a resultas de las cuales éste podrá quedar en libertad, si se entiende que no es peligroso y se encuentra rehabilitado, o, por el contrario, continuar en prisión hasta la próxima evaluación. La incorporación de esta previsión se produce por LO 1/2015, de 30 de marzo, que introduce en el Código penal, por primera vez en democracia, la pena de prisión permanente revisable para los delitos de mayor gravedad.

¹⁹³⁸Art. 177.6 CP: “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.

menores de dieciséis años¹⁹³⁹, los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad¹⁹⁴⁰, y de menores o incapaces¹⁹⁴¹, la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico¹⁹⁴², los delitos de descubrimiento y revelación de secretos¹⁹⁴³, los tipos de hurto¹⁹⁴⁴ y robo con fuerza en las cosas¹⁹⁴⁵, los daños informáticos¹⁹⁴⁶, las conductas típicas de corrupción en los negocios¹⁹⁴⁷, los tipos contra la propiedad intelectual¹⁹⁴⁸, y la propiedad

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”.

¹⁹³⁹ Art. 183.4.f CP: “Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando [...] la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades”.

¹⁹⁴⁰ Art. 187.2.b CP: “Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando [...] el culpable pertenciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades”.

¹⁹⁴¹ Art. 188.3.f CP: “Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando [...] el culpable pertenciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

¹⁹⁴² Art. 189.2.f CP: “Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando [...] el culpable pertenciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

¹⁹⁴³ Art. 197 quáter CP: “Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”.

¹⁹⁴⁴ Art. 235.1.9º CP: “El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años[...]cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza”. Esta circunstancia agravante se incorpora ex novo al Código penal -al ordinal 9º del ya existente art. 235 CP- por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁹⁴⁵ Aunque el delito de robo con fuerza en las cosas no contempla expresamente la pertenencia a organización o grupo criminal como circunstancia agravante de la pena del tipo básico, la remisión que los arts. 240.2 y 241.4 CP realizan al art. 235 CP obliga a aplicarla también al mismo. Véanse el art. 240.2 CP: “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235”, y el art. 241.4 CP: “Se impondrá una pena de dos a seis años de prisión cuando los hechos a que se refieren los apartados anteriores revistan especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235”. Esta extensión de la aplicación de la circunstancia agravante del hurto al robo con fuerza en las cosas resulta lógica y coherente dada la similitud de la conducta básica de este tipo con la del delito de hurto, y, además, su mayor injusto.

Llama, sin embargo, la atención que esta circunstancia agravante por razón de pertenencia a organización o grupo criminal no se prevea en relación al delito de robo con violencia o intimidación del art. 242 CP pues la norma no efectúa ninguna remisión al citado art. 235 CP. Si bien es cierto que la lógica impondría extender la aplicación de esta circunstancia agravante a este delito, habida cuenta del mayor injusto que ostenta la conducta típica del art. 242 CP frente a la de hurto y robo con fuerza en las cosas, la prohibición de la analogía in malam parte contenida en el art. 4.1 CP nos lo impide.

¹⁹⁴⁶ A este respecto, se prevén agravaciones por razón de la pertenencia del autor del delito a una organización o grupo criminal tanto para las conductas típicas de daños a datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos del art. 264 CP (Art. 264.2 CP: “Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal...”), como para las relativas a los daños consistentes en obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático del art. 264 bis CP (véase el art. 264.2 CP: “Se impondrá una pena de prisión de tres a ocho años y multa del triple al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior hubiera concurrido alguna de las circunstancias del apartado 2 del artículo anterior”).

¹⁹⁴⁷ Art. 286 quater.1.c CP: “Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de

industrial¹⁹⁴⁹, el blanqueo de capitales¹⁹⁵⁰, los delitos de defraudación a la Hacienda Pública¹⁹⁵¹, y a la Seguridad Social¹⁹⁵², el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas¹⁹⁵³, los delitos farmacológicos¹⁹⁵⁴, el tráfico ilegal de drogas¹⁹⁵⁵ y de

especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando[...] se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”. Al igual que sucede con las circunstancias agravantes previstas en el delito de asesinato, hurto y robo con fuerza en las cosas, la actual se incorporó al Código penal por LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁹⁴⁸Art. 271.c CP: “Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando [...] el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual”.

¹⁹⁴⁹Art. 276.c CP: “Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando [...] el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial”. Como se ve, el tipo cualificado es un calco del previsto en sede de delitos contra la propiedad intelectual en el art. 271.c CP.

¹⁹⁵⁰Art. 302.1 CP: “En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones”.

¹⁹⁵¹Art. 305 bis.1 CP: “El delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando [...] la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal”.

¹⁹⁵²Art. 307 bis.1.b CP: “El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando [...] la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal”. El precepto es un calco al art. 305 bis.1 CP, en materia de defraudación contra la Hacienda Pública.

¹⁹⁵³Art. 318 bis.3.a CP: “Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando [...] los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización 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”. Es de señalar que antes de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, este tipo cualificado hacía referencia, junto al término “organización”, al de “asociación”, a la vez que aludía al posible carácter transitorio de ésta última. La mentada ley de reforma ha modificado el precepto, dando como resultado el artículo actual supra transcrito.

¹⁹⁵⁴Art. 362 quater.3º CP: “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos 361, 362, 362 bis o 362 ter, cuando [...] el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos”. Esta agravación de las penas de los tipos básicos señalados ha sido incorporada recientemente al Código Penal, por LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁹⁵⁵Son varias las agravaciones que se contemplan respecto al tipo de tráfico de drogas por circunstancias relacionadas con la criminalidad organizada. La principal sería la del art. 369 bis.I CP, que dispone un incremento de las penas del tipo básico por razón de la realización del delito por quien pertenezca a una “organización delictiva” (“Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos. A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero”). Junto a ella, se encuentran las circunstancias agravantes del art. 370.2º CP, en relación a los altos cargos de la organización (“Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando: [...] Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369”), la del art. 369.1.2º CP, por razón de que el culpable participe en otras actividades organizadas, que no se especifican (“Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa

precursores¹⁹⁵⁶, los tipos falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje¹⁹⁵⁷, y el delito de contrabando¹⁹⁵⁸.

del tanto al cuádruplo cuando [...] el culpable participare en otras actividades organizadas”), y, por último, la del art. 370.3º CP, también referida al tipo básico, que dispone el aumento de la pena cuando la actividad se lleve a cabo por “redes internacionales” (“Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando [...] las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad. Se consideran de extrema gravedad los casos en que [...] se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades...”).

En la circunstancia de que sean tantas las agravaciones previstas en relación a este tipo penal, juega, sin duda, un papel clave el que el tráfico de drogas constituya la actividad principal de la criminalidad organizada. Así, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por una persona que pertenece a una organización delictiva”, *op. cit.*, pág. 516: “el origen de la criminalidad organizada, tal y como la conocemos hoy, se vincula a las enormes ganancias obtenidas por el mercado de las drogas a partir de los años ochenta”. De ahí también el que la primera circunstancia agravante específica por pertenencia a organización criminal se previese en relación a este delito, como señala la citada autora (“la primera referencia del Código penal español a las organizaciones criminales es justamente con relación al delito de tráfico de drogas. [...] Aunque el CP de 1973 en el art. 344 no contiene inicialmente ninguna disposición específica relativa a la comisión de este delito a través de organizaciones criminales, la Reforma Urgente y Parcial del CP por LO 8/1983, de 25 de junio, incluyó por primera vez una cláusula agravatoria que permitía imponer las penas superiores en grado <<cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviere como finalidad difundirlas>>”). No obstante, el panorama actual de circunstancias agravantes en materia de criminalidad organizada para el tipo penal de tráfico de drogas refleja, en nuestra opinión, un afán represivo excesivo y desproporcionado, habiendo sido suficiente quizás sólo con la circunstancia agravante del art. 369bis.I CP. Ello, además, sin mentar los solapamientos que parecen producirse entre algunas de los preceptos transcritos supra. ROPERO CARRASCO, J., “¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y ‘justo’ castigo de la delincuencia organizada?”, *op. cit.*, pág. 271, se muestra especialmente crítica con esta situación legal (“la línea política criminal que aboga por el máximo endurecimiento del tratamiento punitivo en el tráfico de drogas se ha impuesto claramente. [...] ...se ha recurrido a tipos agravados e “hiperagravados” que han conducido a una, en mi opinión, desproporcionada exasperación de las penas”).

¹⁹⁵⁶ Art. 371.2 CP: “Se impondrá la pena señalada 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. 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 369.2”.

¹⁹⁵⁷ Art. 399 bis.1 CP: “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”. Véase que este es el único delito de falsedades documentales de los arts. 390-399 CP para el que se prevé una agravación de la pena por razón de la pertenencia a una organización criminal. La razón de tal disparidad en el tratamiento de unas y otras falsedades se encuentre seguramente en la preocupante constatación empírica de la existencia de numerosas organizaciones creadas para la falsificación de este tipo concreto de documentos.

¹⁹⁵⁸ Art. 3.2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando: “Se impondrá la pena superior en un grado cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo”. Si bien no se exige en este caso el carácter ilícito de la organización, parece que el legislador está pensando principalmente en organizaciones criminales. En todo caso, resulta claro que cuando el delito de contrabando se cometa en el marco de una organización criminal, habrá de imponerse a los autores del delito la pena superior en grado a la prevista en el art. 3.1, *ex art.* 3.2 LO 12/1995. Por otra parte, el art. 5 de esta ley, que ordena el comiso de las mercancías objeto del delito y las ganancias obtenidas del mismo, entre otros bienes, hace referencia a las organizaciones y grupos criminales al imponer al juez en su apartado 4 la obligación de ampliar el citado comiso a los efectos, bienes,

En ocasiones se incluye también en este listado de delitos que prevén agravaciones por la pertenencia a organización criminal a los delitos de financiación ilegal de partidos políticos y de falsificación de moneda y efectos timbrados. Sin embargo, ha de señalarse aquí que estos tipos penales no prevén realmente dichas circunstancias agravantes, siendo la alusión que hacen a las organizaciones y grupos criminales de otra clase. Así, en el caso de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, lo que se prevé, a este respecto, en el art. 304 ter CP es un tipo penal autónomo que castiga la conducta de participar en estructuras u organizaciones que tengan como finalidad la financiación ilegal de partidos políticos al margen de los cauces legales, esto es, que tengan como objeto la comisión del delito del art. 304 bis CP¹⁹⁵⁹. Como se ve, lo que se aprecia aquí no es, por tanto, un tipo cualificado por pertenencia a organización criminal, sino un tipo penal autónomo que castiga la participación en agrupaciones dedicadas a cometer el delito del art. 304 bis CP. Estaríamos, al igual que sucede con los tipos de asociaciones ilícitas de los apartados 2º y 3º del art. 515 CP, ante un tipo penal específico respecto al art. 570 bis CP, habiendo de resolverse, por tanto, el consecuente concurso de normas entre los arts. 304 bis y 570 bis CP ex art. 570 quáter.2.II CP con la aplicación del precepto que contemple mayor pena.

En cuanto a los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados, la mención a las organizaciones criminales, contenida en el art. 386.4 CP, se refiere a la posibilidad del juez o tribunal de imponer alguna o algunas de las consecuencias del art. 129 CP en el caso en que el culpable del delito “perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades”¹⁹⁶⁰. Dos son los aspectos que nos llaman la atención a este respecto. Por un lado, parece innecesaria, por redundante, esta previsión si se considera que ya el art. 570 quáter.1 CP, en relación a los delitos de organización y grupo criminal, realiza una remisión al art. 129 CP, habilitando a los jueces o tribunales a acordar para con la organización o grupo criminal cualquiera de las consecuencia allí previstas¹⁹⁶¹. Por otro, si el legislador tenía en mente la posibilidad de que las conductas

instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de tales estructuras criminales.

¹⁹⁵⁹Art. 304 ter CP: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

¹⁹⁶⁰Art. 386.4 CP: “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”. Esta previsión fue introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal.

¹⁹⁶¹ Art. 570 quáter.1 CP: “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”.

típicas de los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados sean realizadas en el seno de una agrupación delictiva, como se revela del art. 386.4 CP, ¿por qué no contempló, como hizo en los tipos penales mencionados supra, una circunstancia agravante por razón de la pertenencia a organización o grupo criminal en el art. 386 CP?¹⁹⁶²

Como se ve, los delitos mencionados, respecto a los que se prevén estas circunstancias agravantes específicas por razón de la pertenencia o conexión del autor del delito con una organización criminal, se refieren a actividades prototípicas del fenómeno de la criminalidad organizada¹⁹⁶³. No obstante, puede identificarse aún algunas actividades delictivas frecuentemente realizadas por organizaciones y grupos criminales para las que el legislador no ha establecido circunstancia agravante por esta razón. Piénsese si no en delitos como la estafa, el robo con violencia o intimidación, la receptación¹⁹⁶⁴ o la falsificación de moneda, ya señalada, que no contemplan agravación alguna en este sentido, pese a haber trascendido en los medios de comunicación numerosos casos de agrupaciones delictivas especializadas en estas actividades ilícitas. Llama más aún la atención esta circunstancia cuando, además, se conoce que el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012 contemplaba la introducción de circunstancias agravantes por la pertenencia del autor del delito a una organización o grupo criminal en los delitos de robo con violencia o intimidación y estafa¹⁹⁶⁵, así como en los delitos de odio¹⁹⁶⁶; circunstancias que, como se ve, finalmente no culminaron en ley.

¹⁹⁶² Se pregunta por qué la agravación se reduce a la posibilidad de aplicar a la organización una de las citadas medidas, y no prevé adicionalmente un plus de pena respecto a los autores del delito por razón de su pertenencia a dicho entramado criminal, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, *op. cit.*, pág. 1785.

¹⁹⁶³ Así lo señala la Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 34: “la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que más frecuentemente se cometen en el seno de una organización”.

¹⁹⁶⁴ GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 574, y LLOBET ANGLÍ, M., “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupo criminales”, *op. cit.*, pág. 689, parecen extender por error la aplicación del subtipo agravado previsto a este respecto para el delito de blanqueo de capitales al delito de receptación, cuando lo cierto es que esta agravación al autor del delito por su pertenencia a una organización sólo se prevé estrictamente en relación al delito de blanqueo. Véase que el art. 302.1 CP hace alusión a “los supuestos previstos en el artículo anterior”, esto es, los supuestos del art. 301 CP, que regula el blanqueo de capitales, sin hacer mención al art. 298 CP, relativo a la receptación. A pesar de la similitud entre las conductas de receptación y blanqueo, la prohibición de analogía contemplada expresamente en el art. 4º.1 CP impediría aplicar la agravación que nos ocupa al tipo básico de receptación.

¹⁹⁶⁵ Concretamente, en relación a la estafa, la cualificación se contemplaba en el ordinal cuarto del art. 250 CP, que agravaba la pena del tipo básico cuando la estafa fuese concebida por miembros de una organización constituida para la comisión continuada de delitos de falsedad o estafa, o el autor actuase con profesionalidad. Actualmente, sin embargo, tal ordinal agrava la pena en los supuestos de estafas “de especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”, manteniéndose la redacción anterior a la reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁹⁶⁶ Señalaba en su momento estas agravaciones el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 196, en relación al delito de estafa, y pág. 247, para los delitos de odio.

Junto a la omisión de circunstancias agravantes en relación a importantes delitos-fin de las organizaciones y grupos criminal, otro aspecto criticable de este sistema de castigo de la pertenencia a agrupaciones criminales, alternativo a los tipos generales de organización y grupo criminal, es la disparidad existente en la redacción de los diversos subtipos cualificados¹⁹⁶⁷. Esta heterogeneidad se refleja en distintos aspectos. El primero y quizá más llamativo es el atinente a los términos empleados para hacer referencia a la agrupación criminal a la que pertenece el autor del delito. Si lo esperable sería que, tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, todos los subtipos agravados hicieran referencia a la pertenencia a una organización y/o grupo criminal como presupuesto de la agravación, nos encontramos, por el contrario, en algunos subtipos con alusiones a términos diversos. Así, actualmente coexisten subtipos que hacen referencia a la pertenencia a “organizaciones” a secas, subtipos que añaden el término “asociación”, y, en fin, aquéllos, los más amplios, que aluden a las “organizaciones u asociaciones, incluso de carácter transitorio”. Y ello, por no citar los subtipos, como el de tráfico de drogas, que hacen alusión a términos extraños, como “organización delictiva”, “estructuras”, o “redes”, que no encuentran correspondencia con ningún concepto legal o precepto del Código Penal. A este respecto, si bien es de celebrar que, desde que entrase en vigor la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, todos los subtipos incorporados *ex novo* –con la salvedad del subtipo previstos en materia de inmigración ilegal – hagan referencia a los conceptos de organización y grupo criminal, queda aún pendiente una homogeneización de la terminología en relación a los subtipos ya existentes en el Código penal con anterioridad a la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio. Bien podría el legislador haber aprovechado dicha reforma, con la consiguiente introducción de los tipos de organización y grupo criminal, para depurar la terminología de los subtipos agravados ya existentes con anterioridad. A falta de ello, resulta ahora necesaria una reforma que armonice la terminología empleada a este respecto en todos los subtipos agravados por esta circunstancia, antiguos y nuevos, de forma que hagan todos ellos referencia a los conceptos de organización y/o grupo criminal¹⁹⁶⁸. Ello eliminaría la inseguridad jurídica que actualmente existe en esta materia ante subtipos con una terminología tan diversa.

¹⁹⁶⁷ Han destacado críticamente esta heterogeneidad en el tratamiento legal de los subtipos cualificados numerosos autores. Antes de la reforma del CP por LO 5/2010, de 22 de junio, y de la consecuente introducción de los delitos de organización y grupo criminal, ya lo hacía SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, *op. cit.*, pág. 1779. Tras la reforma de 2010 lo han criticado, entre otros, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 363-365, y ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 805, quien señala: “La redacción de estas agravantes, realizada en momentos distintos y respondiendo a planteamientos diferentes, implica una importante falta de uniformidad, además de una escasa coherencia en su conjunto”.

¹⁹⁶⁸ A favor de la unificación de la terminología de los subtipos cualificados se pronuncia GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 38 y 39: “Para evitar problemas interpretativos, lo único que debería hacerse es unificar la terminología en los subtipos cualificados, hablando únicamente de organización criminal y donde se creyera conveniente, también de grupo criminal (entendido como organización criminal transitoria, en sentido

El segundo aspecto que refleja esa falta de homogeneidad en la regulación de los subtipos agravados que nos ocupan se refiere a la relación que se exige entre el autor del delito y la organización y/o el grupo criminal. En este sentido, coexisten subtipos que exigen para su aplicación de la pertenencia del autor a la agrupación criminal, con otros que sólo reclaman que el sujeto autor del delito “haya cometido el hecho típico en el seno de una organización o grupo criminal”¹⁹⁶⁹, con lo que parecen dar entrada también en la agravación a terceros, no integrantes de la agrupación delictiva. También este aspecto debiera corregirse pues no se explica por qué en unos casos el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante es más amplio que en otros. Por otra parte, y, también en conexión con este aspecto de la relación a reclamar entre el autor del delito y la organización o grupo criminal, no se entiende por qué en algunos subtipos se prevé una cualificación de segundo grado cuando el autor del delito sea dirigente de la organización o grupo criminal, y en otros subtipos no. En atención al principio de proporcionalidad entre gravedad de las conductas y gravedad de las penas a ellas aparejadas, dicha “sobre-cualificación” debiera preverse en relación a la totalidad de subtipos agravados.

Llama también la atención, en tercer lugar, la diversidad entre los subtipos cualificados en materia de criminalidad organizada en lo que respecta al objeto social de la organización o grupo criminal. Nos explicamos: algunos subtipos exigen sólo que el autor del delito pertenezca a una organización criminal, sin hacer referencia alguna al objeto delictivo de la misma; otros, sin embargo, refieren que la organización criminal en cuestión tenga como actividad delictiva la comisión del delito para el que se prevé la agravación; y, un tercer grupo de subtipos, hace referencia a una pluralidad de delitos al referir el objeto social de la organización, contemplando la posibilidad de que la agrupación en cuestión tenga como finalidad la comisión de alguna de esas infracciones¹⁹⁷⁰. El más llamativo, a este respecto, sería, sin embargo, el subtipo agravado, previsto en sede de tráfico de drogas, que se refiere a la pertenencia a organizaciones que tengan como objeto actividades delictivas distintas a las del tipo básico, en este caso, al tráfico de drogas¹⁹⁷¹.

estricto)”). En la misma línea crítica, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 573.

¹⁹⁶⁹ Así, por ejemplo, el subtipo agravado de corrupción en los negocios del art. 286 quáter.c CP. Aún más llamativa es, incluso, la fórmula empleada en el subtipo agravado de contrabando del art. 3.2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, que establece como presupuesto para la agravación que “el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo”.

¹⁹⁷⁰ Así, el subtipo de hurto por pertenencia a organización criminal del art. 235.1.9º CP, que dispone la agravación de la pena del tipo básico “cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza”.

¹⁹⁷¹ Así, el art. 369.1.2º CP: “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: [...] El

Otro aspecto en el que se detecta diversidad entre los subtipos es en el “penológico”, en tanto que el aumento de la pena del tipo básico que contemplan difiere mucho de unos a otros. Así, si algunos establecen como pena la del tipo básico en su mitad superior¹⁹⁷², otros van mucho más allá, imponiendo la pena superior en uno o dos grados¹⁹⁷³. Por otro lado, habría una tercera categoría de “subtipos”, que no establece la pena tomando como referencia la pena del tipo básico, sino que establece una pena *ex novo*, desvinculada de la de aquél¹⁹⁷⁴. El legislador conforma así, más que un subtipo, un tipo penal autónomo respecto del tipo básico, que interfiere con éste a través de una relación de especialidad *ex art.* 8.1º CP, en cuanto se conforma por la conducta del tipo básico más la circunstancia de la pertenencia del autor a una organización o grupo criminal.

Si se considera procedente el mantenimiento de estos subtipos agravados como vía de castigo de la pertenencia a organización y grupo criminal complementaria a los arts. 570 bis y 570 ter CP -tema sobre el que reflexionaremos en el siguiente apartado -, se impone obligadamente una reforma de los mismos, que pase por la homogeneización de su redacción legal, en todos estos aspectos deficientes que señalamos.

2.3.2. Tratamiento jurídico de los concursos de leyes

culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.

¹⁹⁷² Así, por ejemplo, los subtipos agravados de tráfico de precursores del art. 371.2 CP (“Se impondrá la pena señalada en su mitad superior...”), y de blanqueo de capitales del art. 302.1 CP (“En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior”).

¹⁹⁷³ Nótese que, también, entre estos últimos subtipos se encuentran diferencias, pues si bien la mayoría establece la pena superior en grado (así, por ejemplo, el subtipo de contrabando y de trata de seres humanos), alguno contempla también la posibilidad del aumento en dos grados de la pena del tipo básico. Éste último es el caso del subtipo cualificado de tráfico de drogas del art. 370.3º CP cuando la actividad se lleve a cabo por “redes internacionales” (“Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368...”). En este caso pareciera que el aumento de la pena se conectara por esa internacionalización de la actividad de la organización criminal.

¹⁹⁷⁴ Así, por ejemplo, los arts. 271.c y 276.c CP en materia de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, respectivamente, que prevén para estos casos una “pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años”, los arts. 305 bis.1 y 307 bis.1 CP, sobre delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, respectivamente, que establecen, a este respecto, una “pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando [...] la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal”, o el art. 369 bis CP, que castiga a los que cometan “los hechos descritos en el artículo 368” perteneciendo “a una organización delictiva” con “las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos”.

¹⁹⁷⁴ Art. 307 bis.1.b CP: “El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando [...] la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal”. El precepto es un calco al art. 305 bis.1 CP, en materia de defraudación contra la Hacienda Pública.

Teniendo en cuenta que las agravaciones de las penas de los delitos mencionados de la Parte Especial tienen su razón de ser en que el autor del delito pertenece a una organización o grupo criminal, habrá de valorarse la relación concursal concurrente entre estos subtipos agravados y los delitos de organización y grupo criminal. A este respecto, parece claro que la relación existente entre estas normas ha de ser la del concurso aparente de leyes, y no de delitos, pues, tanto los subtipos agravados *supra* vistos, como los delitos de organización y grupo criminal, castigan el injusto presente en la conducta de participar como miembro en una agrupación idóneamente estructurada para cometer con delitos con vocación de permanencia en el tiempo. De esta forma, si castigásemos al sujeto que trafica con drogas en el seno de una organización criminal, de la que es miembro, de manera simultánea por los arts. 570 bis y 369 bis CP, aplicando un concurso de delitos entre ambas infracciones, estaríamos incurriendo en un *bis in ídem*, prohibido por el ordenamiento jurídico, al castigar dos veces a un sujeto por la realización de una misma conducta, con un mismo fundamento de punición -la lesión a la seguridad colectiva y la amenaza al correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas por integrar una organización criminal -. Por ello, ha de optarse por aplicar una sola de las normas en conflicto. No obstante, como en estos casos concurre un injusto adicional al “injusto de organización”, conformado por el desvalor de la conducta típica ejecutada en el marco de la organización o grupo criminal -en el ejemplo referido, la lesión a la salud pública por el tráfico de drogas -, las calificaciones jurídicas alternativas que se plantean no se restringen al delito de organización o grupo criminal y al subtipo agravado en cuestión, sino, por una parte, al concurso de delitos entre el tipo del art. 570 bis o 570 ter CP y el tipo básico de tráfico de drogas del art. 368 CP, y, por otra al subtipo agravado de tráfico de drogas por pertenencia a organización criminal del art. 369 bis CP.

Estos concursos de leyes sólo concurrirán en dos casos: (1) cuando en la organización o el grupo criminal se haya dado comienzo a la ejecución de un delito que contemple una circunstancia agravante por razón de la pertenencia del autor a una organización o grupo criminal; y, también, (2) cuando en el seno de la agrupación delictiva se hayan llevado a cabo actos preparatorios expresamente castigados por el Código penal de un delito que prevea agravación por razón de la pertenencia a organización o grupo criminal. Póngase el ejemplo, para este último caso, del integrante de una organización criminal que, sin llegar a ejecutar propiamente actos típicos del delito de tráfico de drogas, lleva a cabo en el seno de la organización actos de conspiración o proposición para cometer un concreto delito de tráfico de drogas; conductas éstas expresamente castigadas por el art. 373 CP. El intérprete, para no vulnerar el principio *non bis in ídem*, habrá de determinar aquí qué normas concretas son aplicables: si el concurso de delitos (ideal o real, según se sostenga) entre el art. 570

bis CP y la conspiración para cometer un delito de tráfico de drogas¹⁹⁷⁵, sin la agravante de organización, o el art. 369 bis CP atenuado por el art. 373.

En los casos en que en el seno de la agrupación delictiva no se haya dado comienzo a la preparación punible o ejecución de un delito que prevea una agravación por razón de la pertenencia a organización o grupo criminal, no habrá, sin embargo, concurso de normas que resolver, pues sólo habrá un precepto penal aplicable: el art. 570 bis o 570 ter CP, dependiendo del mayor o menos grado de complejidad de la estructura de la agrupación delictiva en cuestión¹⁹⁷⁶. Y es que, mientras los tipos de organización y grupo criminal se aplican con total autonomía e independencia respecto a los delitos-fin o delitos instrumentales, los subtipos agravados de la Parte Especial hacen depender el castigo de la pertenencia a organización de que se haya preparado típicamente o ejecutado un delito en su marco, al contemplar como supuesto de hecho la circunstancia de que el autor del tipo básico en cuestión pertenezca a una organización o grupo criminal.

Aclarado ello, insta resolver los concursos de normas que surgen en los casos en que se preparan o ejecutan conductas punibles en el seno de la agrupación criminal que prevén una circunstancia agravante por la pertenencia a organización o grupo criminal, en tanto, como señalamos, no podemos castigar dos veces al sujeto por el hecho de participar como miembro en una agrupación delictiva, siendo el fundamento de la sanción el mismo. A primera vista, pareciera que el criterio para resolver estos conflictos y determinar el precepto aplicable habría de ser el de la especialidad del art. 8.1º CP. Los subtipos agravados, al establecer como supuesto de hecho, además de la pertenencia del sujeto a una organización o grupo criminal, la comisión por éste de un delito, constituirían norma especial frente a los tipos de organización y grupo criminal, que sólo se refieren a la participación como miembro en la agrupación delictiva¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷⁵ A pesar de que la participación en una organización o grupo criminal se castiga precisamente por constituir estos entramados máquinas conspiratorias, al igual que sucede con la ejecución de los delitos, cuando se detecta que en su seno se ha conspirado para la comisión de un concreto delito, la conspiración ha de castigarse autónomamente por no quedar subsumido su injusto en el injusto de organización. Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 29, Fasc. 1, 1976, pág. 104.

¹⁹⁷⁶ Señálese, aunque pueda resultar obvio, que también se incluirían aquí a los supuestos en que los delitos preparados o ejecutados en el marco de la organización o grupo criminal no prevean agravación por razón de la pertenencia del autor a estas agrupaciones delictivas, que sólo darán lugar a la aplicación del tipo general de organización o grupo criminal.

¹⁹⁷⁷ A este respecto, resulta ilustrativa la explicación de MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pp. 683 y 684, sobre el funcionamiento de la regla de especialidad del art. 8.1º CP: “Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente requeridos por este segundo, algún otro presupuesto adicional: si un precepto requiere los presupuestos a+b y otro los presupuestos a+b+c, el segundo es más especial que el primero. Todo aquel hecho que realiza el precepto especial realiza necesariamente el tenor literal del general, pero no todo hecho que infringe el precepto general realiza el tenor literal del especial”.

No obstante, es de señalar que algún autor considera que en estos casos que vemos no habría una relación de especialidad, sino de consunción. Así, LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *op. cit.*, pp. 12 y 13, que entiende que la regla

Así, al requerir, además de los presupuestos igualmente exigidos por el art. 570 bis CP, esto es: la pertenencia a una organización criminal, un presupuesto adicional constituido por la perpetración de un delito en el marco de la misma, los subtipos agravados se erigirían en normas especiales, de aplicación preferente *ex art. 8.1º CP*. Los arts. 570 bis y 570 ter CP resultarían así “derogados” –empleando la terminología de la máxima *lex specialis derogat legem generalem* –por las normas que contengan los subtipos de organización correspondientes, quedando su aplicación limitada al ámbito de las agrupaciones criminales dedicadas a cometer delitos que no prevean agravaciones por pertenencia de organización o grupo criminal, así como al de las que, si bien teniendo como fin la comisión de infracciones que prevean agravación en este sentido, no hayan dado comienzo a la preparación punible o ejecución de dichos delitos.

Ésta que describimos es, precisamente, la solución que se daba, de manera oficial, antes de la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, a los concursos normativos entre las distintas normas de castigo de la participación en agrupaciones delictivas entonces existentes, esto es: los arts. 515 y ss. y los subtipos agravados por pertenencia a organización o asociación. La aplicación de los delitos de asociación ilícita quedaba así relegada a los supuestos en que no fuesen de aplicación los subtipos, en cuanto tipos especiales, de aplicación preferente *ex art. 8.1º CP*¹⁹⁷⁸. Pero, si en relación a estos últimos concursos normativos no hay impedimento alguno a aplicar el criterio de especialidad para identificar la norma aplicable, sí lo hay en el ámbito de los delitos de organización y grupo criminal a causa, de nuevo, de la disposición contenida en el art. 570 quáter.2.II CP, según la cual “cuando las conductas previstas en dichos artículos -esto es, en los arts. 570 bis y 570 ter CP - estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8”. Y es que, las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP se encuentran en muchas ocasiones ya comprendidas en los subtipos cualificados por pertenencia a organización o grupo criminal, concurriendo, por tanto, el presupuesto del precepto para la aplicación de la regla 4ª del art. 8 CP. Decimos “en muchas ocasiones”, y no en todas, porque, como vimos en el apartado anterior, la mayoría de subtipos cualificados exigen la pertenencia del autor del delito a la agrupación delictiva, dejando por tanto fuera de su ámbito de aplicación a los *extranei*, que sí son objeto de castigo en el art. 570 bis CP, en todo caso, y en el art. 570 ter CP, cuando la colaboración prestada sea de tipo económico. Por otra parte, ya se vio que algunos subtipos cualificados hacían referencia únicamente a la organización criminal, sin mencionar al grupo criminal, por lo que, en aplicación del principio de legalidad, ha de entenderse que no son aplicables cuando la agrupación a la que pertenezca el autor del delito sea

del art. 8 CP aplicable a los concursos de normas entre el art. 570 bis o 570 ter CP y las normas que prevén los subtipos cualificados ha de ser la del art. 8.3º CP.

¹⁹⁷⁸ Así lo afirmaba expresamente la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención fiscal en materia de extranjería, pág. 672, al señalar que los “delitos que sí prevén agravaciones cuando el hecho se realiza en el seno de una organización criminal (tráfico de drogas o blanqueo de capitales, por citar ejemplos) [...] se reputan ley especial frente al artículo 515”.

constitutiva de grupo criminal. En estos casos, por tanto, no habrá concurso de leyes entre el subtipo agravado y el delito de grupo criminal en concurso con el delito cometido en su tipo básico, al ser sólo de recibo esta última calificación jurídica¹⁹⁷⁹.

La cuestión problemática aquí atañe a los subtipos agravados que aún hoy hacen referencia a la organización u asociación de carácter transitorio. Éstos son, concretamente, los previstos en materia de prostitución, exhibicionismo y pornografía en relación a menores de edad y personas con discapacidad de los arts.188.3.f y art. 189.2.f CP, respectivamente, y de propiedad intelectual e industrial de los art. 271.c y 276.c CP.

Se trata de subtipos agravados incorporados al Código penal antes de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo, como sabemos, los tipos penales de organización y grupo criminal.¿Cómo han de interpretarse los términos de organización u asociación de carácter transitorio?, ¿han de entenderse los mismos, tras la citada reforma de 2010, como “grupos criminales” *ex art. 570 ter CP*? Si bien en la doctrina varios autores abogan por esta vía interpretativa¹⁹⁸⁰, en nuestra opinión -que ya expusimos en el capítulo atinente al concepto de grupo criminal -esta figura requiere, como la organización criminal, de vocación de permanencia y estabilidad, a pesar de no reclamarla expresamente su tenor literal, lo que choca con el carácter transitorio de los grupos a que aluden los subtipos.

Los grupos criminales no son, por tanto, agrupaciones transitorias, como a las que se refieren estos subtipos agravados. Ante este problemático panorama, podría optarse entre dos opciones: una primera, consistente en interpretar esas “organizaciones o asociaciones de carácter transitorio” como grupos criminales *ex art. 570 ter CP*, ignorando la referencia a la transitoriedad en los subtipos cualificados, lo que daría lugar a apreciar en su caso el correspondiente concurso de leyes entre el subtipo en cuestión y el concurso de delitos entre el tipo de grupo criminal y el delito en su tipo básico; y, una segunda: interpretar que el grupo criminal y esas organizaciones u asociaciones de carácter transitorio son conceptos distintos, no coincidentes, no

¹⁹⁷⁹ Así lo señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 32, que aboga en estos casos por la aplicación del concurso real de delitos entre el tipo de grupo criminal y el delito perpetrado por el miembro del grupo que no prevea cualificación por dicha circunstancia. Concretamente, en materia de tráfico de drogas, área delictiva para la que no se prevé agravación por pertenecer a un grupo criminal, señalan esta circunstancia MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por una persona que pertenece a una organización delictiva”, *op. cit.*, pág. 551 (“Si no se dieran los requisitos de la organización, pero sí los del grupo criminal del art. 570 ter, habría que aplicar un concurso de delitos y no de normas, porque el 369bis claramente establece el subtipo agravado para la pertenencia a una organización, no a un grupo”), SUÁREZ LÓPEZ, J.M., “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada”, *op. cit.*, pp. 316 y 317, y CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 29.

¹⁹⁸⁰ Así, por ejemplo, ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pág. 806. Parece abogar también por esta interpretación GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 37.

aplicando concurso de leyes alguno, al no castigarse en el subtipo en cuestión la pertenencia a grupo criminal. En una aplicación estricta del principio de legalidad, y de prohibición de la analogía *in malam partem*, consideramos preferible adoptar esta segunda interpretación. En cualquier caso, se impone con urgencia una reforma legal de estos subtipos que suprima esa referencia al carácter transitorio de la organización pues tras una agrupación que delinca sin vocación de permanencia en el tiempo no hay nada más que una simple conspiración para delinquir o codeincuencia, que no merece de un tratamiento punitivo agravado, a este respecto. Si el legislador quiere, no obstante, agravar la pena cuando estos delitos se cometan en el marco de un grupo criminal, debiera incluir dicho término expresamente en los arts. 188.3.f, 189.2.f CP, 271.c y 276.c CP.

Interpretando el art. 570 quáter.2.II CP como una verdadera regla concursal que exceptúa el orden de prelación del art. 8 CP, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011, ha establecido como pauta oficial a seguir por los Fiscales cuando se encuentren con un concurso de leyes entre los arts. 570 bis o 570 ter CP y los subtipos agravados, el “aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado”¹⁹⁸¹. En el plano doctrinal, sin embargo, la cuestión no resulta tan pacífica, y ello, precisamente, por la falta de unanimidad en lo que respecta a la interpretación del art. 570 quáter.2.II CP. Ya vimos, al abordar los concursos de leyes entre el art. 570 bis y los arts. 515 y ss. CP, que, mientras que algunos autores compartían la opinión de la Fiscalía General del Estado, en cuanto a que la disposición constituía una regla sustantiva en materia concursal, que imposibilita aplicar el criterio de especialidad a estos casos, otros entendían que era una disposición superflua, que remitía, en todo caso, al art. 8 CP en su totalidad, sin exceptuar, por tanto, el orden de prelación allí contenido. Esta disparidad de opiniones hace que en el problema que ahora nos ocupa - el de los concursos de leyes entre los arts. 570 bis/570 ter y los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal -encontremos autores, como GARCÍA DEL BLANCO, que aboguen por su resolución mediante la regla de la especialidad¹⁹⁸²,

¹⁹⁸¹ Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 34. Y ello, pese a que, al principio la FGE reconoce que concurre una relación de especialidad entre los arts. 570 bis/ 570 ter CP y los artículos que prevén los subtipos cualificados, señalando como normas especiales a éstas últimas.

¹⁹⁸² Defienden actualmente la aplicación de la regla de especialidad a estos concursos de normas, GARCÍA DEL BLANCO, V., “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 576, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 1407, LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 25. Delitos contra el orden público”, *op. cit.*, pp. 985 *in fine* y 986, GARCÍA ALBERO, R.M., “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pp. 2166 y 2167, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 37, y MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación

y autores, como CARUSO FONTÁN, que declaren aplicable el criterio de alternatividad¹⁹⁸³.

Personalmente nos posicionamos junto a estos últimos autores. Por las mismas razones ya señaladas en relación a los concursos de leyes entre el art. 570 bis y los arts. 515.2º-4º CP, entendemos que debe ser aquí aplicable la regla de la alternatividad para resolver los concursos de leyes entre los arts. 570 bis o 570 ter CP y los citados subtipos cualificados. La letra del art. 570 quáter.2.II CP es clara y tajante a este respecto, al realizar una remisión expresa exclusivamente al apartado 4º del art. 8 CP, y no a la totalidad de este precepto. Además, mantener la opinión contraria, daría lugar a ciertas incongruencias. La previsión de circunstancias agravantes por razón de la pertenencia a organización o grupo criminal en tipos penales que constituyen las actividades delictivas más características de la delincuencia organizada parece responder a la voluntad de castigar más duramente la criminalidad organizada en esas áreas delictivas. No obstante ello, lo cierto es que la calificación alternativa del concurso de delitos entre el art. 570 bis o 570 ter CP y el tipo penal básico en cuestión cometido en el marco de la agrupación criminal, cuando se estima como real, conlleva en muchas ocasiones una pena mayor que la prevista en el subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal. Aplicar el criterio de la especialidad a estos concursos normativos supondría, así, beneficiar en muchas ocasiones al sujeto que, en el marco de una organización o grupo criminal, comete un delito que prevé agravación por esta circunstancia, frente al que perpetra en esas circunstancias una infracción penal para la que no se establece un subtipo agravado por ello¹⁹⁸⁴, lo que parece manifiestamente

desafortunada”, *op. cit.*, pág. 81, que afirma: “parece que no son <<hechos idénticos>> constituir, coordinar, financiar, ser miembro activo o integrar una organización para cometer delitos y, por ejemplo, <<reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su interpretación, ejecución o interpretación..., con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero>> por parte de quien <<pertenece a una organización o asociación, aún de carácter transitoria>> (art. 270.1 en relación con el art. 271.d CP) dedicada a tales fines. Y como no son <<hechos idénticos>>, sino sólo parcialmente, habida cuenta de que a la conducta prohibida se suma una cualificación en razón de la pertenencia del <<culpable>> a una organización, la aplicación estricta de las reglas del concurso de normas abonaría la aplicación del principio de especialidad (art. 8.1 CP)”.

¹⁹⁸³ Véase, CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 16. También de esta opinión, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 quáter”, *op. cit.*, pág. 576: “El criterio de alternatividad del art. 570 quáter.2 debe resolver [...] los concursos con los tipos penales que prevén agravaciones de la pena respecto de tipos particulares de la Parte Especial del CP por razón de la comisión del delito por personas que pertenecen a una asociación, organización o grupo criminal [...] Y ello pese a que en principio lo racional es que las relaciones entre ellos se rigieran por el criterio de especialidad”, y MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.*, pág. 775.

¹⁹⁸⁴ Así lo señalan la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 33: “el análisis de los delitos específicos que se recogen en el Libro II del Código Penal permite comprobar que algunos subtipos agravados derivados de la pertenencia a una organización o grupo criminal [...] la pena prevista es inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el del art. 570 bis CP o del art. 570 ter CP, en su caso (delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores de los arts. 187, 188 y 189, receptación y blanqueo de capitales del art. 302.1, por citar ejemplos), de modo que la aplicación preferente del subtipo agravado en cuanto regla especial supondría

injusto¹⁹⁸⁵, además de contrario a la voluntad del legislador, que parece querer castigar más duramente la pertenencia a una agrupación delictiva en las áreas en que prevé los subtipos agravados por dicha circunstancia.

Sentada así la necesidad y conveniencia de recurrir a la regla de la alternatividad para resolver los conflictos de leyes entre los arts. 570 bis o 570 ter CP y los subtipos cualificados por pertenencia a organización o grupo criminal, queda ahora discernir cómo se aplica dicha regla en estos casos, lo que no está exento de problemas y complicaciones varias. En la tarea de identificar en este caso el precepto que contempla mayor pena *ex art. 8.4º CP*, se ha de tener en cuenta que no concurre aquí una coincidencia total entre los hechos castigados por una y otra vía, y, por ende, entre los injustos a que ambas hacen frente, pues, como vimos, la vía especial, integrada por los subtipos, castiga la perpetración de un determinado delito bajo la pertenencia a una organización o grupo criminal, mientras que la vía general pune sólo esta última circunstancia. En consecuencia, para comparar efectivamente las penas de modo que ambas representen al mismo injusto, constituido por la comisión de un delito como miembro de una organización, habría de cotejarse la pena señalada en el subtipo de organización correspondiente con la pena resultante del concurso entre el delito de organización o grupo criminal y el delito ejecutado sin la cualificación por pertenencia a organización¹⁹⁸⁶. Decimos sin la cualificación porque, de apreciarse el delito de organización criminal junto al delito en su caso perpetrado por el miembro de la organización con la agravación por pertenencia a ésta última, se estaría, como vimos, sancionando dos veces el hecho de pertenecer a una organización criminal,

un trato más favorable respecto a la pena imponible como resultado de tal concurso en caso de no existir tipo agravado”, y ROMA VALDÉS, A., “Artículo 570 bis”, *op. cit.*, pp. 805 y 806.

¹⁹⁸⁵ Así, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 973, y MUÑOZ CUESTA, F.J., “Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia”, *op. cit.*, pp. 8 y 9, que, además, señala: “estaríamos creando un régimen sancionador distinto para los delitos agravados de los que no lo están por organización y grupo criminal”.

¹⁹⁸⁶ Véase la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 34: “los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado”, y concretamente, en materia de tráfico de drogas, la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado 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, pág. 1422. También emplea el criterio de alternatividad *ex art. 570 quáter.2 CP* de esta manera, ESCUCHURI AISA, E., “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código penal español en relación con la delincuencia organizada”, *op. cit.*, pág. 27. Llama la atención, sin embargo, la aplicación –a mi juicio errónea– que hace de este criterio MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pp. 974 y 975, pues pondera las penas previstas en el subtipo de organización con las asociadas al delito de organización o grupo criminal, sin considerar junto a éstas últimas, ya sea en concurso real, ya ideal, las del delito ejecutado prescindiendo de la agravación por organización.

vulnerándose el principio *non bis in ídem*¹⁹⁸⁷. Esta comparación penológica requiere, así, de engorrosas operaciones aritméticas, pues, habrá de calcularse, en primer lugar, la pena resultante del concurso de delitos entre los tipos de organización o grupo criminal y el delito cometido en su seno en su tipo básico, y, posteriormente, compararse dicha pena con la contemplada por el subtipo cualificado por pertenencia a organización o grupo criminal¹⁹⁸⁸.

Insta señalar que, en la elección de la vía de punición más grave, jugará un papel clave el tipo de relación concursal de delitos que se entienda que concurre entre el art. 570 bis o el art. 570 ter CP y el delito ejecutado en su marco, en su tipo básico, esto es: si se trata de un concurso de delitos real o ideal¹⁹⁸⁹. Nos explicamos: si se estima que estos tipos se refieren a hechos distintos, como sostiene en España la práctica unanimitad de la doctrina y jurisprudencia, concurriendo, en consecuencia, un concurso real de delitos entre el art. 570 bis o 570 ter CP y el tipo penal cometido en su marco, la aplicación del criterio de alternatividad a los concursos de normas supra referidos se solventará en la mayoría de las ocasiones con la aplicación de el art. 570 bis o 570 ter CP en concurso real con el delito cometido, en detrimento del subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal, por cuanto, por lo general, la pena resultante del concurso será mayor que la del subtipo¹⁹⁹⁰. El inconveniente que presenta esta interpretación es que las penas a aplicar serían en la mayoría de ocasiones especialmente elevadas¹⁹⁹¹. Sin embargo, si se entiende, siguiendo a la doctrina mayoritaria en Alemania, que la relación entre el delito de participación en organización o grupo criminal y el delito cometido en su seno es la propia del concurso ideal, de la aplicación del principio de alternatividad resultará generalmente como norma a aplicar

¹⁹⁸⁷ Así lo señalaba en su momento MARTÍNEZ GARAY, L., “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pág. 58.

¹⁹⁸⁸ Un ejemplo que da clara muestra de lo enrevesado del procedimiento de ponderación de penas, a este respecto, lo encontramos en la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado 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, pp. 21 y ss. En ella la FGE recoge un “cuadro penológico comparativo (art. 570 bis – art 369 bis) del delito de tráfico ilícito de drogas realizado a través de una organización criminal”, en el que con minuciosidad se comparan, atendiendo a la fenomenología posible de supuestos (básicamente, en atención al grado de nocividad de la droga objeto del tráfico, y al papel desempeñado en la organización por el autor del tráfico) las penas del art. 369 bis CP con las del concurso real de delitos entre los arts. 570 bis y 368 CP.

¹⁹⁸⁹ Así lo señalan ESCUCHURI AISA, E., “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código penal español en relación con la delincuencia organizada”, *op. cit.*, pág. 27, y CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

¹⁹⁹⁰ Piénsese en que la pena resultante del concurso real será la suma de las penas previstas para el delito de organización o grupo criminal y las que se establezcan para el delito-fin correspondiente *ex art. 73 CP* (“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”).

¹⁹⁹¹ Así, ESCUCHURI AISA, E., “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código penal español en relación con la delincuencia organizada”, *op. cit.*, pág. 27.

el subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal¹⁹⁹². Y es que, frente a la acumulación de penas que entraña el concurso real de delitos, el concurso ideal se solventa *ex art. 77 CP* con la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, resultando en consecuencia una pena mucho más leve, que, en la mayoría de ocasiones será inferior a la prevista por el subtipo cualificado en cuestión.

Nosotros, como explicaremos detalladamente más adelante, entendemos que participar activamente en la organización o grupo criminal y cometer delitos-fin o delitos instrumentales en su seno constituye un solo hecho, y, que, por tanto la relación entre el art. 570 bis o 570 ter CP y el delito cometido en su marco es la del concurso ideal de delitos. De acuerdo con ello, los concursos de leyes entre el subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal en cuestión y el concurso ideal de delitos entre el tipo del art. 570 bis o 570 ter CP y el delito cometido en su tipo básico, se resolverán *ex art. 8.4º CP* en la mayoría de ocasiones con la aplicación del subtipo cualificado, en detrimento del citado concurso. Ésta es, en nuestra opinión, la solución más satisfactoria: se aplica el precepto más grave, en cumplimiento de lo dispuesto expresamente por la ley en el art. 570 quáter.2.II CP, sin que ello de lugar a la aplicación de penas excesivas y desproporcionadas.

3.2. Propuesta *delege ferenda*: La supresión de los subtipos cualificados

El panorama legal referido muestra la coexistencia de dos vías legales para castigar la participación en una organización o grupo criminal, siendo la forma de hacerlo de una y otra contradictoria en su fundamento. Así, frente al castigo generalizado, que no discrimina en función de qué delito se persiga, articulado mediante los tipos de organización y grupo criminal, los subtipos cualificados vendrían a reflejar el deseo legislativo de punir este injusto sólo en determinadas áreas delictivas, coincidentes, en teoría, con las actividades ilícitas más habituales de estas agrupaciones criminales. Además, frente a la individualización del “injusto de organización” llevada a cabo por la vía general, que viene a castigarlo de forma autónoma e independiente del injusto del delito o delitos objeto de la organización, la vía especial integrada por los

¹⁹⁹² Ello es lo que sucedería, por ejemplo, en materia de tráfico de drogas, como señala CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 29. Aquí el art. 369 bis CP contempla mayor pena que el correspondiente concurso ideal entre el delito de organización criminal y el tipo básico de tráfico de drogas.

ESCUCHURI AISA encuentra un inconveniente a esta interpretación, que lleva generalmente a la aplicación de los subtipos cualificados, en detrimento del concurso de delitos, cual es que ello supone en algunos casos no discriminar la pena en función del rol desempeñado por el autor del delito en la organización o grupo criminal. Como vimos, algunos subtipos de organización no prevén una cualificación de segundo grado para los autores del delito que ejerciesen el rol de “jefes, administradores o encargados” en el entramado criminal. Véase, ESCUCHURI AISA, E., “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código penal español en relación con la delincuencia organizada”, *op. cit.*, pág. 27.

subtipos agravados castiga este injusto de manera dependiente al injusto correspondiente al delito-fin de que se trate, al condicionar su castigo al inicio de la ejecución del delito-fin.

¿Qué sentido tiene la coexistencia de dos vías de castigo de la participación en una organización o grupo criminal que responden a fundamentos distintos? Muchos autores se han planteado esta cuestión, sin encontrar, sin embargo, respuestas satisfactorias a la misma, que dieran una razón de ser al panorama legal de solapamientos normativos descrito. La única explicación posible a esta compleja realidad normativa sería la de que el legislador habría previsto los subtipos agravados, junto a los originarios delitos asociativos, y a los modernos delitos de organización y grupo criminal, ante el deseo de querer otorgar un tratamiento jurídico más severo al hecho de pertenecer a una agrupación delictiva en relación a determinados delitos, que constituyen las actividades ilícitas más comunes de la delincuencia organizada. No obstante, como hemos visto, ello no siempre será así. El concurso real de delitos entre el tipo de organización o grupo criminal y el tipo básico del delito en cuestión cometido en el marco de la agrupación dará lugar casi siempre a una pena mayor de la establecida por el subtipo agravado en cuestión¹⁹⁹³. Es cierto que, si se sostiene la interpretación minoritaria, que defendemos, de que la relación entre el art. 570 bis o 570 ter CP y el delito cometido en su tipo básico es la del concurso ideal, y no real, de delitos, normalmente la pena del subtipo agravado será superior, pero también habría algunas excepciones en que la calificación jurídica del concurso resultaría penológicamente más grave.

A falta de una causa que explique el actual solapamiento entre dos vías de castigo de la participación en organización o grupo criminal que responden a distinto fundamento, parece racional instar, mediante propuestas de lege ferenda, a la supresión de una de ellas, con el mantenimiento único de la otra. La sola alarma social ante el fenómeno de la criminalidad organizada y las obligaciones de tipificación establecidas por las instancias internacionales no justifican, desde luego, el panorama legal presente, siendo, como decimos, necesaria, en atención al principio de intervención mínima y de coherencia del ordenamiento jurídico, eliminar del Código penal una de las dos figuras legales: los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal o los tipos generales de organización y grupo criminal¹⁹⁹⁴. Si tal necesidad se comparte

¹⁹⁹³ Así, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 32 y 33, que desmonta esta posible explicación a la coexistencia de las vías general y especial de castigo de la pertenencia a organización o grupo criminal señalando que: “la pena del tipo agravado no siempre es superior a la que se obtiene mediante el concurso de delitos”.

¹⁹⁹⁴ De esta opinión, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 31, 37 y 38, que, muy crítico con este panorama en materia de represión de pertenencia a organización o grupo criminal, lo tacha de “sinsentido político-criminal”: “El modelo de intervención basado en el castigo general de la participación en la criminalidad organizada (sea por vía de delito de asociación criminal y/o en el de organizaciones y grupos criminales) supone una alternativa, y no un complemento, a la que se apoya en la previsión de tipos cualificados en determinadas áreas delictivas. La primera, parte de la idea de que la criminalidad organizada debe castigarse en todo

unánimemente por la doctrina, las propuestas sobre cuál de las vías ha de ser la suprimida son, sin embargo, escasas. Y es que, por lo general, salvo excepciones que veremos, se tiende a denunciar la situación de concurso normativo y, en todo caso, a mostrar ventajas y desventajas de una y otra vía de castigo, sin formularse propuestas contundentes de *lege ferenda*¹⁹⁹⁵. A dicha dificultad en señalar la vía a mantener, y la vía a suprimir, contribuye seguramente la circunstancia de que, por el fundamento contradictorio de las mismas, ambas ostentan ventajas -que constituyen desventajas en relación a la otra - y desventajas -que aparecen como ventajas de la vía opuesta -. Así, por ejemplo, la vía de los subtipos permite dar un tratamiento más particularizado al castigo de la participación en organización o grupo criminal, reservándolo a las áreas delictivas propias del crimen organizado, pero ello, a su vez, implica el riesgo de dejar impune dicha conducta en actividades delictivas nuevas del crimen organizado, para las que no se prevea dicha agravación. En el lado contrario, la vía general de castigo de la participación en organización y/o grupo criminal no permite discriminar la punición a determinadas actividades delictivas, por tratarse de tipos autónomos, pero garantiza que no habrá lagunas de punición a este respecto. Aun así, como adelantamos, hay ciertos autores que sí han tomado partido por una vía u otra de castigo de la participación en organización o grupo criminal, abogando, en consecuencia, por la supresión de la otra. Tal es el caso, por ejemplo, de MAGALDI PATERNOSTRO¹⁹⁹⁶, que se pronuncian a

delito; la segunda, en cambio, que sólo en determinadas áreas delictivas está justificada la mayor represión penal. Con el problema de inevitable colisión normativa que se plantea cuando la punición general concurre con la particular”. De ahí que el autor abogue, también, por la supresión de una de las dos vías.

¹⁹⁹⁵ Así, por ejemplo, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pp. 38 y 39, que comenta la conveniencia de la supresión de una de las dos vías, sin llegar a decantarse claramente a estos efectos por la que derogar: “La identidad de fundamento y contenidos de injusto que existe entre los tipos cualificados y el delito de organización criminal (el mayor peligro que la agrupación coordinada de esfuerzos supone para los bienes jurídicos correspondientes, al facilitar la comisión de los delitos, incrementar la dimensión lesiva y repercusión criminal y social de los mismos y favorecer la impunidad de quienes los cometen), hacen perfectamente viable abordar el tratamiento penal de la criminalidad organizada a través de una u otra opción punitiva”. Si bien es cierto que del señalamiento de las virtudes de la vía especial frente a la general que el autor hace pudiera deducirse que se decanta más por el mantenimiento de los subtipos y la supresión de la vía general (“Utilizar sólo la vía de los subtipos agravados en razón de la participación en una organización criminal [...] permitiría dar un tratamiento particularizado a determinados delitos, que tome en cuenta las circunstancias peculiares de cada uno, lo que no puede lograrse con una previsión [...] general...”), al afirmar a continuación que “resultados semejantes podrían obtenerse acudiendo exclusivamente al delito de organización criminal”, no deja clara su postura al respecto.

¹⁹⁹⁶ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 972: “La introducción de los nuevos tipos penales, que incriminan autónomamente los <<delitos de organización>>, requería, en consecuencia, una depuración o reformulación de aquellas figuras penales coincidentes en gran medida con las que criminológicamente constituyen objeto de la delincuencia organizada. Efectivamente, si como parece lógico desde un prisma político criminal, lo que se pretendía era proporcionar un régimen jurídico penal uniforme con los delitos en que no existía ni existe el subtipo agravado, debían haberse suprimido aquellos subtipos y apostar por el concurso real de delitos, que era –y es – la solución dogmática coherente con la diversidad de bienes jurídicos protegidos”. También se pronuncian a favor de mantener exclusivamente los tipos de organización y grupo criminal, LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *op. cit.*, pág. 14, y, CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

favor de prever exclusivamente la vía general, conformada por los tipos de organización y grupo criminal, y suprimir los subtipos agravados. Refieren, a este respecto, que la vía general resulta más coherente habida cuenta de que la diversidad de bienes jurídicos afectados por el hecho de participar en una organización o grupo criminal y por el de ejecutar un delito en su seno. No se encuentran, sin embargo, claros defensores de la solución contraria, esto es: de suprimir los arts. 570 bis y 570 ter CP, manteniendo exclusivamente en el Código penal a los subtipos agravados. No obstante, sí hay autores que hacen una propuesta similar, pero mejorada, en tanto en cuanto con ella se superan las deficiencias que habitualmente se atribuyen a los subtipos agravados como vía de castigo de la pertenencia a una organización o un grupo criminal. Nos referimos a SUÁREZ GONZÁLEZ¹⁹⁹⁷ y al autor italiano MOCCIA¹⁹⁹⁸, cuyas propuestas, coincidentes, consisten en incluir en el catálogo de circunstancias agravantes genéricas de la Parte General del Código penal la de pertenecer a una organización o grupo criminal, suprimiendo los tipos generales de organización y grupo criminal y los subtipos agravados específicos. Con ello entienden que, por una parte, se superarían los problemas actuales de legitimación que presentan los tipos de organización y grupo criminal ante la dificultad de identificar un bien jurídico autónomo digno de tutela penal¹⁹⁹⁹; y, por otra, se garantizaría, frente a lo que ocurre actualmente con los subtipos agravados específicos, que no existan impunidades por la no previsión para el delito de que se trate de la agravación por esta circunstancia. Y es que, al conformarse la circunstancia agravante como genérica, ésta se aplicaría a la totalidad de los delitos de la Parte Especial del Código penal.

Una vez vistas las distintas propuestas mantenidas en sede doctrinal para reducir las vías de castigo de la participación en organización o grupo criminal, insta tomar una postura personal al respecto, considerando para ello las distintas ventajas de cada una de ellas. En lo que respecta a los subtipos agravados específicos, las ventajas normalmente destacadas de cara a defender su mantenimiento son la de facilitar el castigo en sede judicial de la participación en organización o grupo criminal, al no tener que acudir el juez a complejos concursos de delitos²⁰⁰⁰, y la de reducir el intervencionismo penal, en tanto que, si no se ejecutan en el seno de la agrupación delictiva infracciones penales para las que se prevé el subtipo, el Derecho penal no interviene. Otras ventajas atribuidas a los subtipos agravados son el ofrecer un

¹⁹⁹⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, *op. cit.*, pág. 1776.

¹⁹⁹⁸ MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 17.

¹⁹⁹⁹ Así, MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *op. cit.*, pág. 17, para el que “de este modo, se tornaría plausible y legítima la más severa punición de un hecho cometido en asociación sobre la base de una indudable y grave peligrosidad sobre el plano de la ofensa a bienes jurídicos y de la consiguiente alarma social, sin deber perseguir la ofensa de poco probables objetos de tutela o pruebas, a menudo diabólicas, de mera asociación fundadas, por lo demás, sobre teoremas y no sobre hechos. Esto significa rendir homenaje a una realidad que concibe a las asociaciones caracterizadas por la peligrosidad, pero sólo cuando son en acciones”.

²⁰⁰⁰ Así, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 38.

tratamiento particularizado de la cuestión, limitando la punición a determinados delitos²⁰⁰¹, lo que también en teoría sería acorde al principio de intervención mínima del Derecho penal, y el atribuir un castigo no excesivo, en comparación con el que contempla la vía general en concurso con el delito cometido en su tipo básico²⁰⁰². Ninguno de estos argumentos nos convencen. Por una parte, y habida cuenta de que entendemos que la relación entre el art. 570 bis o 570 ter CP y los delitos-fin o delitos instrumentales es la del concurso ideal de delitos, la pena resultante de aplicar dicho concurso no será desproporcionada, siendo, además, en la mayoría de ocasiones inferior a la pena que atribuye en su caso el subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal, por lo que el argumento citado supra decae. Por otra, y como cuestión esencial, está la circunstancia ya argumentada de que la conducta de participar en una organización o grupo criminal ya ostenta un injusto propio, que va más allá del injusto del delito-fin o delito instrumental en su caso cometido en el seno de la agrupación delictiva, al conformarse por la lesión de la seguridad colectiva y, además, en el caso de la organización criminal, por la puesta en peligro del correcto funcionamiento de las instituciones del Estado democrático. En puridad, como en su momento expusimos, el “injusto de organización” existe en la propia agrupación delictiva. No obstante, el mismo se reparte entre sus integrantes y colaboradores como piezas clave de la agrupación, cuyas conductas de participación activa en la misma, unidas, hacen del colectivo un “injusto sistémico”. Castigar la participación en una organización o grupo criminal sólo cuando se haya dado inicio a la ejecución de un delito en su seno, como sucedería con la previsión exclusiva en el Código penal de los subtipos agravados específicos o de un supuesto subtipo agravado genérico en el art. 22 CP, supondría obviar el injusto de organización en los supuestos restantes, en que no se haya dado comienzo a la ejecución de delitos o, habiéndose dado comienzo, no existan pruebas incriminatorias al respecto.

Por estas circunstancias entendemos preferible resolver la dualidad normativa existente con la supresión de los subtipos agravados especiales por razón de la pertenencia a organización o grupo criminal, dejando a este respecto como una vía de castigo los tipos generales de organización y grupo criminal, si bien, como en su momento expusimos, entendemos procedente una restricción legal de su ámbito de aplicación a través de limitar el objeto social a la comisión de delitos graves. Con ello se superan las críticas actuales completamente justificadas a estos tipos penales por infringir el principio de intervención mínima y de proporcionalidad. El mantenimiento de la vía general de castigo de la participación en organizaciones y grupos criminales garantiza, además, que no se produzcan impunidades justificadas al respecto. Ya vimos cómo actualmente, de forma incomprensible, muchos tipos penales, referidos a actividades delictivas características de las organizaciones y grupos criminales, como el

²⁰⁰¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 38.

²⁰⁰² GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *op. cit.*, pág. 38.

delito de estafa o de robo con violencia o intimidación no prevén sorprendentemente subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal, mientras que otros parecidos, como el hurto o el robo con fuerza en las cosas, sí lo hacen.

Por otra parte, y también en relación a cuestiones de tipo eminentemente práctico, la vía general de castigo de la sola participación en organización o grupo criminal constituye un instrumento clave residual para punir a los altos cargos de estas agrupaciones cuando no pueda probarse -lo que suele ser habitual -su participación directa en delitos-fin o delitos instrumentales cometidos en el seno del colectivo criminal. Suprimir la misma, manteniendo los subtipos agravados por esta circunstancia, impediría castigar a estos sujetos en los supuestos mencionados. Asimismo, a este respecto, ha de recordarse que los delitos de organización y grupo criminal cumplen una importante función procesal, al habilitar la puesta en marcha de diligencias de investigación, que de otra forma serían ilegales, lo que ayuda a prevenir la comisión de delitos programados en el marco de la organización. Si bien estas cuestiones prácticas no legitiman per se la existencia de un tipo penal, pues dicha legitimación depende exclusivamente de la existencia de un injusto merecedor de castigo en sede penal, constituyen factores, que, unidos al factor clave del “injusto de organización”, contribuyen accesoriamente del mantenimiento de estos tipos.

Por último, y teniendo presente la preocupación institucional existente en relación a la criminalidad organizada, principalmente transnacional, manifestada en numerosos instrumentos internacionales, como la Convención de Palermo de 2010 o la Decisión-Marco del Consejo de Europa de 2008, parece, desde luego, poco probable, si no imposible, que la propuesta de algunos autores de suprimir los tipos de organización y grupo criminal goce de materialización. Las obligaciones de armonización de las legislaciones penales nacionales en materia de represión de la criminalidad organizada, mediante la tipificación de la conducta de participación activa en una organización criminal, recogidas en sendos textos internacionales, imposibilitan tal camino. 3. Relación concursal entre los delitos de organización o grupo criminal y los delitos cometidos en el marco del entramado criminal que no prevén agravación por la pertenencia a una organización o grupo criminal.

2.4. Relación concursal entre los delitos de participación activa en organización o grupo criminal y los delitos cometidos en su seno.

2.4.1. La identificación del “injusto de organización” como presupuesto para determinar la relación concursal existente. Toma de postura por la aplicación del concurso de delitos.

Si bien a lo largo de los distintos capítulos ya se ha dejado entrever nuestra posición a este respecto, no está de más dedicar un apartado a la cuestión de la

relaciones existentes entre los tipos de organización o grupo criminal y los delitos preparados²⁰⁰³ o ejecutados en el seno de la agrupación por sus integrantes, en el que con detenimiento exponemos las distintas posturas al respecto, y defendamos la nuestra con argumentos.

Pues bien, lo primero a señalar sobre este aspecto es el silencio de la ley en relación al tipo de relación existente entre los mencionados delitos. El art. 570 quáter CP, que es el que recoge las disposiciones comunes a los delitos de organización y grupo criminal obvia toda referencia a esta cuestión²⁰⁰⁴. Tampoco en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de mayo, se encuentra alusión alguna en este sentido al hilo de la argumentación del porqué de la incorporación de los nuevos delitos de organización y grupo criminal. No obstante, sí es cierto que del discurso del legislador ya se infiere cuál es su posición al respecto, al justificar la introducción de estos tipos penales en la supuesta protección del orden público, bien jurídico supraindividual diverso a los objetos jurídicos concretamente protegidos por los delitos-fin de la agrupación en cuestión²⁰⁰⁵.

A nivel doctrinal se identifican dos posturas sobre la relación existente entre los tipos de organización y grupo criminal y los delitos-fin, fundamentadas

²⁰⁰³ Señálese que nos referimos a los casos en que en el delito en cuestión se prevea expresamente el castigo de la conspiración, la proposición o la provocación para delinquir, pues de no ser así, atendiendo al principio general de impunidad de los actos preparatorios, éstos resultarían impunes.

²⁰⁰⁴ Resulta curiosa esta circunstancia si se considera que en el texto del Anteproyecto de Código penal de 2007, cuyo art. 385 bis contenía un primer boceto de los actuales delitos de organización y grupo criminal, sí se determinaba el tipo de relación a aplicar entre estos tipos penales y los delitos cometidos en su marco. A este respecto, el apartado 4 del precepto establecía en su segundo párrafo: “En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos”, dejando así claro al intérprete que la relación entre los delitos de organización y grupo criminal y los delitos ejecutados en el seno de la agrupación habrá de ser la del concurso de delitos. Además, el legislador parece apuntar concretamente a la modalidad del concurso real de delitos, al emplear la expresión “sin perjuicio”, que parece denotar que las penas de uno y otro tipo penal habrán de sumarse o acumularse.

Resulta, pues, curioso que se haya optado por obviar este aspecto en la LO 5/2010, de 22 de junio.

Para encontrar otras disposiciones legales expresas sobre esta cuestión, similares a la del Anteproyecto infructuoso de Código penal de 2007, tenemos ya que remontarnos al CP de 1944, reformado por Ley de 1973, en materia de asociaciones ilícitas -único tipo penal entonces existente para el castigo de la participación en organizaciones criminales-. El art. 74 de dicho Código Penal, en redacción dada por LO 4/1980, de 21 de mayo, disponía que las penas señaladas para los fundadores, directores, presidentes y miembros activos de asociaciones ilícitas “se impondrán en su grado máximo cuando se hubiere cometido algún delito contra la vida o la libertad de las personas, sin perjuicio de la pena que por éstos corresponda”. Parecía así decantarse también el legislador de los años 80 por la solución del concurso real de delitos entre el tipo de asociación ilícita y los delitos cometidos en su marco.

²⁰⁰⁵ Véase el siguiente fragmento del apartado XXVIII del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio: “seha optado [...] por situarlos – a los delitos de organización y grupo criminal, entiéndase - dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público. Lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que 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”.

precisamente en diversas teorías sobre el contenido de “injusto de organización”. Con ello, se revela cómo la tesis que se mantenga sobre este aspecto dependerá en última instancia de la concepción que se tenga del desvalor de los arts. 570 bis y 570 ter CP²⁰⁰⁶. Ya vimos en el capítulo atinente al bien jurídico protegido por los delitos de organización y grupo criminal que había dos posturas principales al respecto: una muy minoritaria, comúnmente denominada “tesis del adelantamiento”, que defiende que estos delitos constituyen meros actos preparatorios de los delitos-fin, y una mayoritaria, que entiende que la incriminación de estos delitos responde a la tutela de un bien jurídico autónomo e independiente del protegido por los delitos-fin.

Los defensores de la tesis del adelantamiento, en línea con esa concepción del “injusto de organización” que mantienen, consideran que la relación entre los originarios arts. 515 y ss. CP o los modernos arts. 570 bis/ 570 ter CP y los tipos penales correspondientes a los delitos ejecutados en el marco de la agrupación delictiva es la del concurso de leyes. Y es que, si los “delitos de organización” se limitan a castigar actos preparatorios de delitos, constituyendo así una especie de conspiración genérica para delinquir elevada a delito, el inicio de la ejecución del delito en cuestión debería, en principio, absorber a la conducta típica de participar en organización, en tanto acto previo de una misma secuencia delictiva. Tal es la postura que mantiene, por ejemplo, SCHROEDER²⁰⁰⁷, en Alemania, y que en su día parecía defender QUINTERO OLIVARES²⁰⁰⁸, en España, en referencia al delito de asociación ilícita. En relación concretamente a los delitos de organización y grupo criminal, la única autora que se ha manifestado a favor de apreciar un concurso de leyes entre los arts. 570 bis o 570 ter CP y los delitos-fin ejecutados ha sido LLOBET ANGLÍ, siendo su postura ciertamente curiosa en tanto difiere de las anteriores. Entiende la autora que cuando sólo se haya probado la intervención del miembro de la organización o grupo criminal mediante la comisión de un delito habrá de aplicarse un concurso de normas entre el art. 570 bis o 570 ter CP, pero que, cuando se acredite, además, que el sujeto en cuestión ha realizado “conductas genéricas de favorecimiento a la actividad criminal de la organización desligadas de cualquier delito concreto” concurrirá un concurso de delitos entre los tipos de organización o grupo criminal y el delito en cuestión ejecutado²⁰⁰⁹. Teniendo en cuenta que la finalidad primordial para la que una agrupación dedicada a delinquir se dota de nuevos miembros es la de que éstos participen en los delitos que constituyen su

²⁰⁰⁶ Así lo señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Artículo 570 quáter”, *op. cit.*, pp. 576 y 577, al referir que la solución concursal que se defiende a este respecto dependerá de la opinión que se mantenga sobre el bien jurídico protegido por los tipos de organización y grupo criminal.

²⁰⁰⁷ SCHROEDER, F.-C., “*Die Straftaten gegen das Strafrecht*”, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

²⁰⁰⁸ Parece en su momento también de esta opinión QUINTERO OLIVARES al señalar críticamente como paradoja el hecho de que la conspiración se absorbe al ejecutar el delito y la asociación para delinquir no en QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 185 y 186.

²⁰⁰⁹ LLOBET ANGLÍ, M., “Capítulo 25. Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 687. En puridad, la autora adopta aquí la regla adoptada por la jurisprudencia para el castigo de las conductas de cooperación con organización terrorista, que más adelante veremos.

razón de ser, y que explican su injusto, no parece muy lógica, desde nuestro punto de vista, la postura de la autora, que defiende la aplicación del concurso de delitos sólo cuando se pruebe que el sujeto realice actividades no delictivas en el seno de la agrupación. Por otra parte, en los casos en que sólo haya pruebas de que el sujeto ha delinquirido en el seno de la organización o grupo criminal, en los que la autora aboga por aplicar un concurso de leyes entre los arts. 570 bis o 570 ter CP y el precepto atinente al delito ejecutado, el criterio que emplea para identificar la norma aplicable difiere del criterio habitualmente aplicado a este respecto por los defensores de la tesis del adelantamiento. Así, en vez de optar la autora por la aplicación de la norma correspondiente al delito-fin de acuerdo con el criterio de consunción, según el cual el acto delictivo posterior absorbe al acto delictivo anterior cuando se trate de una secuencia delictiva, la autora aboga por seleccionar la norma que prevea mayor pena. Y ello porque entiende aplicable a estos casos el art. 570 quáter.2.II CP que, como vimos, impone la aplicación del art. 8.4º CP cuando las conductas previstas en los arts. 570 bis y 570 ter CP estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código²⁰¹⁰. A pesar de lo intrincado de la postura de esta autora, de la que diferimos por completo, hay que señalar que la misma presenta ciertas ventajas prácticas frente a la aplicación del criterio de consunción, que normalmente se propone a este respecto entre los partidarios de la tesis del adelantamiento. Como en su momento se señaló al criticar la tesis del adelantamiento, la misma no explica la paradoja de que en multitud de ocasiones los tipos de organización o grupo criminal prevean una pena mayor que la del delito-fin, cuando, según se mantiene, constituyen meros actos preparatorios del delito-fin²⁰¹¹. La aplicación del criterio de consunción supondría en estos casos aplicar el delito-fin, que prevé menos pena, lo que resulta ciertamente contradictorio desde los postulados de la tesis del adelantamiento²⁰¹². Aplicar el criterio de alternatividad, como propone LLOBET ANGLÍ, al menos superaría esta incoherencia, aunque, ya adelantamos, que no compartimos en modo alguno su argumentación.

Para la doctrina mayoritaria que defiende la tesis del injusto autónomo de los delitos de organización, la relación existente entre estos delitos y los tipos penales perpetrados en su seno por sus integrantes, que no prevean agravación por la pertenencia a organización o grupo criminal, es, como no podía ser de otra manera,

²⁰¹⁰ LLOBET ANGLÍ, M., “Capítulo 25. Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo”, *op. cit.*, pág. 687.

²⁰¹¹ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pág. 104, señala con acierto que “el principio de “consunción” –coherente con la supuesta naturaleza “preparatoria” de la asociación ilícita –podría ser un auténtico aliciente para la efectiva ejecución del plan delictivo, un factor criminógeno, en los casos en que el Código establece una pena más benigna para el delito consumado en cuestión que para los directivos, por ejemplo, de una asociación criminal”, aportando así nuevos argumentos para “desechar” la tesis del adelantamiento.

²⁰¹² Póngase el ejemplo del dirigente de una organización criminal que participa en la ejecución de un delito de estafa. La aplicación del principio de subsidiariedad o consunción daría lugar a la condena por el delito de estafa, que, sin embargo, contempla una pena inferior (tres a seis años en su tipo básico) que el delito de organización (pena de tres a seis años para el director de una organización dedicada a la comisión de delitos no graves), mero acto preparatorio del delito de estafa según la tesis del adelantamiento.

desde sus postulados, la del concurso de delitos²⁰¹³. Y es que, apreciar en estos casos un concurso de leyes supondría dejar *ex art.* 8 CP sin castigo a uno de los dos injustos: bien el injusto implícito en el hecho de participar como miembro en una organización criminal, de considerarse sólo aplicable el delito-fin, bien el injusto del delito-fin, de estimarse aplicable el delito de organización²⁰¹⁴. Ésta es la postura que mantiene actualmente la jurisprudencia y a la que nosotros particularmente nos adherimos, en cuanto defensores de la tesis del injusto autónomo de los delitos de organización y grupo criminal. La comisión de un delito-fin en el marco de la agrupación por uno de sus integrantes no agota, desde luego, el injusto de la organización pues ésta sigue subsistiendo tras dicho delito para seguir perpetrando otras infracciones penales, pues ésa es su razón de ser. Aplicar exclusivamente el delito-fin, en detrimento del delito de organización o grupo criminal, como mantienen los partidarios de la tesis del adelantamiento, supondría obviar esta circunstancia, que no es cuestionable habida cuenta de que la propia letra del art. 570 bis CP se refiere a la vocación de estabilidad de la organización y a su finalidad de cometer plurales delitos.

2.4.2. Concreción de la modalidad de concurso delictivo

a. Consideraciones generales sobre la “unidad de acción” a efectos penales

²⁰¹³ Así, por ejemplo, si bien en relación al tipo de asociación ilícita (no estaba entonces vigentes los delitos de organización y grupo criminal), GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *op. cit.*, pp. 203 y 204, y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 353, que señala, a este respecto: “La tesis del concurso de delitos [...] es casi unánime en la doctrina y en la jurisprudencia; y encuentra claro apoyo en la estructura del tipo penal, en el bien jurídico que éste tutela y en consideraciones de política criminal”. En relación concretamente a los delitos de organización y grupo criminal que nos ocupan, pueden citarse a este respecto a muchos autores, pues ésta es la opinión casi unánime entre la doctrina. Véase, por ejemplo, a FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 358 y 359: “Si se tiene presente que para castigar por los delitos de asociación, organización o grupo para delinquir no se exige la intervención del miembro o dirigente de la agrupación en la ejecución del programa delictivo que ésta pueda desarrollar [...] resulta evidente que todo hecho delictivo cometido por un integrante de la asociación, organización o grupo en el marco proporcionado por ésta da lugar a una hipótesis de concurso de delitos con el de asociación, organización o grupo para delinquir”.

²⁰¹⁴ Así lo señala en Argentina GALLO, S.P., *Asociación ilícita y concurso de delitos. Análisis de las diferentes posturas sobre el concurso entre el delito de asociación ilícita y los delitos cometidos en cumplimiento de su objeto*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2003, pp. 30 y 33: “el “acuerdo para delinquir” tiene autonomía para afectar el bien jurídico tutelado –orden público –, y por ello se sostiene que no se trata “sólo” de un caso de adelantamiento de la punibilidad, sino de un delito autónomo. La aplicación de la solución del concurso aparente supone rechazar ese carácter autónomo de la figura, cuyo desvalor no podría residir en el puro adelantamiento de la punibilidad”, más adelante, insistiendo en la idea: “la comisión de uno o más delitos de los que estaba destinada a cometer la asociación ilícita no desplaza a ésta, pues la misma pone en peligro mayor cantidad de bienes jurídicos, ya que se constituye para cometer un número indeterminado de delitos”. En España es ilustrativo a este respecto el fragmento de la STS 421/2003, de 10 de abril, FJ Sexto, en relación al delito asociativo: “...una cosa es el bien jurídico que protege el tipo de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho de que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva”.

a.1. El concepto clave de “unidad de acción”

Habiéndose aclarado que la relación existente entre los tipos de participación activa en organización y grupo y los delitos-fin o delitos instrumentales cometidos en su seno ha de ser la del concurso de delitos, y no de leyes, por la diversidad del desvalor de injusto de una y otra figura delictiva, queda, a continuación, por concretar qué modalidad de concurso de delitos es la aplicable: si la real, la ideal o la medial. Esta cuestión no es, desde luego, superflua pues la elección por una u otra de estas modalidades concursales tendrá importantes consecuencias desde el punto de vista penológico. Así, si se aplica el concurso real de delitos se sumarán, por el principio de acumulación, las penas de uno y otro delito, si bien, con sujeción a los límites máximos establecidos en el art. 76 CP. La pena resultante puede, de esta forma, ser muy elevada. Si se considera, sin embargo, que la relación entre el tipo de participación en organización o grupo criminal y el delito cometido en su seno por el integrante es la propia del concurso ideal o medial de delitos, la pena final aplicable será por regla general, atendidas las disposiciones del art. 77 CP, más leve, y, en cualquier caso, nunca superior a la pena resultante de aplicar el concurso real de delitos²⁰¹⁵. A pesar de la repercusión práctica de esta cuestión, lo cierto es que la misma ha recibido curiosamente una escasa -si no nula- atención por parte de doctrina²⁰¹⁶ y jurisprudencia²⁰¹⁷ españolas. Partiendo de la premisa de que los tipos de organización y grupo criminal y los delitos-fin ostentan injustos diversos, se infiere por el común de la doctrina y jurisprudencia²⁰¹⁸ de manera automática, sin reflexión al respecto, que la

²⁰¹⁵ Véase que la pena resultante de aplicar las reglas de punición del concurso de delitos ideal o medial nunca puede exceder de la suma de las penas individuales atribuidas a cada delito. Así lo dispone el art. 77 CP: “1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

²⁰¹⁶ Así lo señala críticamente MARTÍNEZ GARAY, L., “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pág. 57: “el problema de los concursos existentes entre el delito de pertenencia y la comisión de otros delitos en el seno de la organización es una cuestión compleja y hasta ahora insuficientemente estudiada, en mi opinión, por doctrina y jurisprudencia”.

²⁰¹⁷ Véanse, por ejemplo, las SSTs 277/2016, de 6 de abril, 134/2016, de 24 febrero, o 495/2015, de 29 junio, entre otras muchas, que confirman la calificación de concurso real de delitos entre los tipos de organización o grupo criminal y los delitos-fin o delitos instrumentales cometidos en su marco por los integrantes, llevada a cabo por el tribunal de instancia.

No obstante, se encuentra alguna sentencia que, en contra de la tendencia mayoritaria, aprecia el concurso ideal de infracciones entre los delitos de organización o grupo criminal y los delitos cometidos en el marco de la agrupación. Tal es, por ejemplo, el caso de la STS 878/2016, de 22 de noviembre, que condena a dos de los acusados como “autores de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (art. 368-1 del C. Penal) y de un delito de pertenencia a grupo criminal (art. 570,ter.1 b) del C. Penal), [...] en concurso ideal”. En el FJ Noveno el Alto Tribunal argumenta esta calificación sosteniendo que “configuran dicho grupo del que son dirigentes para cometer fundamentalmente delitos de tráfico de drogas”.

²⁰¹⁸ Sosteniendo que el concurso de delitos entre los tipos de organización o grupo criminal y los delitos perpetrados en su seno por sus integrantes es de tipo real: LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *op. cit.*, pág. 10, NIETO MARTÍN,

relación entre los delitos ha de ser la del concurso real, desconsiderándose, así, salvando contadas excepciones²⁰¹⁹, la posibilidad de que dicho concurso pudiera ser ideal o medial²⁰²⁰. No ha pasado lo mismo en el país de referencia en materia dogmático-penal, Alemania, donde la cuestión sobre la relación concursal entre, en este caso, el delito de asociación criminal (*kriminelle Vereinigung*), y los delitos ejecutados por los miembros en el marco de la misma, sí ha sido objeto de un gran debate doctrinal, siendo la opción del concurso ideal de delitos la que cuenta con más apoyos²⁰²¹.

En lo que sigue, procede, por tanto, plantearnos con la minuciosidad que requiere, dados sus efectos prácticos señalados, qué modalidad de concurso de delitos es más adecuada a este respecto. A tal fin, será clave el estudio, y aplicación práctica a la cuestión que nos ocupa, de la teoría de la unidad de acción, dado que la diferencia sustantiva entre el concurso real y el concurso ideal de delitos radica en el número de hechos identificables desde el punto de vista penal. Así, mientras que en el concurso real de delitos concurren varios hechos jurídico-penales distintos, cada uno de los cuales se subsume en un tipo penal, en el concurso ideal de delitos, como expresamente refiere el art. 77.1 CP²⁰²², sólo concurre un hecho, que es constitutivo de varios tipos penales. El interrogante aquí podría plantearse en relación al concurso medial de delitos, contemplado también en el art. 77.1 CP, cuyo supuesto de hecho consiste en que un

A., “Lección XXXI. Criminalidad organizada”, en GÓMEZ RIVERO, C. (Dir.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte Especial. Vol. II*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 280, y SUÁREZ LÓPEZ, J.M., “El tratamiento penal de la criminalidad organizada en el tráfico de drogas”, en GONZÁLEZ RUS, J.J. (Dir.), *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 317. También ha calificado de concurso real la relación entre estos delitos la Fiscalía General del Estado, en sus Circulares 2/2011, pp. 29 y 30, y 3/2011, pág. 20, en relación ésta última al delito de tráfico de drogas cometido por organizaciones y grupos criminales.

²⁰¹⁹ En la doctrina mantienen una posición minoritaria diversa a la del concurso real de delitos, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La organización criminal. Tratamiento penal y procesal”, *op. cit.*, pág. 34 in fine -si bien en referencia al tipo de asociación ilícita criminal, al no estar al momento de redactar su monografía aun vigente los delitos de organización y grupo criminal-, CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pp. 19-25, y MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada”, *op. cit.*, pág. 972. Los dos primeros toman partido por la calificación del concurso como ideal, mientras que el último reflexiona sobre aplicar a estos casos la figura del concurso medial.

²⁰²⁰ En este sentido, véase CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 31, que, crítica, señala: “el intérprete de la norma [...] decide, sin mayores explicaciones, que la concurrencia entre la pertenencia o dirección de organizaciones criminales y los concretos delitos para cuya realización la agrupación se crea debe ser resuelta de acuerdo a las normas del concurso real”. En Argentina, donde también está presente esta tendencia doctrinal y jurisprudencial a la calificación irreflexiva del concurso de delitos -en este caso, entre el delito de asociación ilícita y los delitos cometidos por los miembros en su seno- como real, se pronuncian críticos al respecto GALLO, S.P., “Asociación ilícita y concurso de delitos”, *op. cit.*, pp. 33 y 34, y ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 111.

²⁰²¹ Crítica también la existencia de esta situación -esto es, de la ausencia de una reflexión sobre la posibilidad de que el concurso de delitos referido pueda ser ideal- en Argentina, ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 117. Así, entre los autores que abogan en este país por la aplicación en todo caso de la figura del concurso real de delitos, sin realizar una reflexión profunda al respecto, puede citarse, por ejemplo, a CORNEJO, A., “Asociación ilícita”, *op. cit.*, pp. 45 y 47.

²⁰²² Art. 77.1 CP: “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos”.

delito sea el medio necesario para cometer el otro, por cuanto la ley no especifica si en estos casos concurre jurídicamente hablando un hecho o varios²⁰²³. No obstante, actualmente es mayoritaria²⁰²⁴ la interpretación - a la que nos adherimos - de que el mismo requiere, como el concurso real, de la existencia de una pluralidad de hechos delictivos²⁰²⁵. Resulta así necesario plantearnos si la participación en una organización o grupo criminal y la perpetración en su seno de un delito constituyen hechos diversos, como sobreentienden de forma generalizada doctrina y jurisprudencia españolas, que aplican en estos casos el concurso real de delitos, o, si, por el contrario, integran un mismo hecho, cuyo injusto es desvalorado por dos delitos, el de organización u asociación y el del tipo penal perpetrado de que se trate, como sostiene la doctrina alemana mayoritaria, siendo aplicable entonces el concurso ideal de delitos. ¿La comisión de un delito en el marco de una organización constituye un único hecho, cuyo injusto es, no obstante, desvalorado por dos normas diversas, o, por el contrario integra dos hechos distintos (el pertenecer a una organización criminal y el participar en delitos como miembro de la misma), cada uno desvalorado por un tipo penal diverso (el art. 570 bis y el tipo penal en que se subsuma el hecho antijurídico cometido)? De optarse por esta última solución, habría de examinarse ulteriormente la relación concurrente entre los tipos penales concurrentes para comprobar si ésta consiste en una “relación medio –fin”, propia del concurso medial de delitos, o no, estimándose en este último caso el concurso real. Para dar respuesta a estas preguntas, resulta necesario, no obstante, como se adelantó, abordar de forma previa ciertos aspectos generales relacionados principalmente con el concepto de unidad de acción a efectos jurídico-penales, pero también con la interpretación del término “hecho” del art. 77.1 CP, y con la cuestión del solapamiento entre conductas de distintos tipos objetivos. A todo ello dedicamos el siguiente apartado.

a.2. Breves consideraciones generales sobre el concepto de unidad de acción jurídico-penal, el término “hecho” del art. 77.1 CP, y la coincidencia entre

²⁰²³ Así, como señala MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.*, pág. 677, hay diversidad de pareceres a este respecto: quienes, ante el silencio legal, sostienen que se trata de una manifestación específica del concurso ideal, esto es, que habría un solo hecho desvalorado por dos delitos distintos, conectados por una relación medio-fin; y quienes, por el contrario, afirman que, pese a su regulación conjunta con el concurso ideal en el art. 77 CP, el concurso medial constituye una modalidad específica de concurso real de delitos, concurriendo dos hechos diversos, desvalorado cada uno por un tipo penal diverso, si bien estando éstos interrelacionados por ser uno medio para la realización del otro.

²⁰²⁴ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “*Derecho Penal. Parte General*”, *op. cit.* 499, que afirma que en este tipo de concurso “no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados”, y NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XXIX. Teoría de los concursos”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pág. 414, según la cual el concurso medial se caracteriza porque “no existe una única acción, sino dos perfectamente diferenciadas, que dan lugar a dos resultados, configurando dos tipos delictivos independientes, pero que mantienen una relación teleológica de medio-fin”.

²⁰²⁵ Véase, además, que en todos los ejemplos prototípicos de concursos mediales extraídos de la doctrina y de la jurisprudencia suelen identificarse claramente la presencia de dos hechos jurídico-penales distintos. Así sucede, por ejemplo, con el concurso medial entre los delitos de falsedad documental y estafa, donde se identifican dos hechos subsumibles en dos tipos penales: 1) falsificar el documento, y, 2) posteriormente, emplear el documento previamente falsificado para inducir a error a otro.

sustratos materiales de acción como presupuestos para la aplicación del concurso ideal de delitos.

La cuestión de la identificación de cuándo nos encontramos ante un único hecho o ante varios a efectos del art. 77.1 CP ha suscitado a lo largo de la historia distintas posturas doctrinales al respecto. En un principio el método empleado para delimitar la unidad de acción a efectos jurídico-penales consistía en la sola observancia de la naturaleza. Se sostenía que la propia “concepción natural de la vida” era la que daba sentido a un suceso como todo unitario. Posteriormente, en un intento por atajar a toda costa las deficiencias de dicha tesis, se erigió a la ley, y concretamente a los tipos penales desconectados por completo de la naturaleza, en instrumento clave para la identificación de la unidad de hecho. Hoy, sin embargo, se reconoce que es el sentido social de esos tipos penales el único criterio válido a este respecto.

La naturaleza *per se*, desconectada de los tipos penales deviene insuficiente de cara a afirmar la unidad de un hecho; del otro lado, la atención exclusiva a las normas penales, desconectadas de toda realidad social, resultaría también infructuosa a este respecto, pues, como señalan GARCÍA ALBERO²⁰²⁶ y ESCUCHURI AISA²⁰²⁷, dejaría sin aplicación a la figura del concurso ideal toda vez que, si las acciones se definen por la letra de los tipos penales, salvo caso de error legislativo, nunca se dará el caso de coincidencia o solapamiento entre varias acciones. Ha de ser, por tanto, la conjunción de ambos factores, naturaleza y norma penal, la clave para identificar cuándo nos encontramos ante una unidad de acción. Es cierto que la realidad social es preexistente a la ley, pero también lo es el que la norma es la que dota de sentido jurídicamente hablando a esa realidad preexistente. Por ello, ha de concluirse que son los tipos penales aplicados a la naturaleza los que nos dirán cuándo nos encontramos ante uno a varios hechos de cara a aplicar el concurso real/medial o ideal de delitos. En este sentido, es muy ilustrativa la terminología empleada por GARCÍA ALBERO²⁰²⁸, cuando define la unidad de acción como “sector de la realidad recortado por el tipo correspondiente”, asimilando los tipos penales a patrones²⁰²⁹ o plantillas que aplicados a los sucesos reales que acaecen en la vida cotidiana, les dan sustantividad propia a efectos concursales. Así,

²⁰²⁶ GARCÍA ALBERO, R. M., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Cedecs, Madrid, 1995, pág. 264: “en el polo opuesto, tampoco cabe considerar la unidad de acción, a los efectos del concurso ideal, como unidad de acción típica, o valorada como tal jurídicamente, en cuyo caso, devendría un contrasentido la mera posibilidad de concurso. El concepto de acción de la teoría del concurso no puede por ello identificarse con la acción típica punible, en la medida en que debe posibilitar la confluencia en ella de distintas realizaciones típicas”, más tarde vuelve a profundizar en la idea en las pp. 270 y 271.

²⁰²⁷ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pág. 401: “Tampoco se reconoce como punto de partida válido el número de infracciones legales. Este criterio no sirve para determinar las relaciones concursales, puesto que si el número de acciones se identifica con el número de infracciones legales habría solamente concurso real de delitos, algo contrario a la ley que admite dos modalidades concursales diferenciadas”.

²⁰²⁸ GARCÍA ALBERO, R. M., ““*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales”, *op. cit.*, pág. 267.

²⁰²⁹ Define el DLE “patrón” en una de sus acepciones –la aquí aplicable – como “modelo que sirve de muestra para sacar otra cosa igual”.

en el caso en que distintos “patrones” -entiéndase, tipos penales - puedan colocarse sobre un mismo suceso natural, desvalorando cada uno un aspecto distinto del injusto, nos encontraremos ante un concurso ideal de delitos, mientras que si los “patrones”, abarcando conductas de un mismo sujeto, no se superponen entre sí, hablaremos de concurso real de delitos.

A partir de la premisa comúnmente aceptada en la actualidad de la definición de la unidad de hecho por el sentido social de los tipos penales, la disparidad de opiniones se erige, sin embargo, en el denominador común en esta materia. La primera cuestión discutida en España, a este respecto, es si, de cara a definir la unidad de hecho de mano del sentido social de los tipos penales, se ha de atender al supuesto de hecho de la norma en su integridad, que comprende la acción y el resultado típicos en los delitos de resultado, o sólo a la acción típica, desconsiderando a estos efectos el resultado, como se viene haciendo a nivel comparado. El origen de este debate en España encuentra su germen en la circunstancia de que el art. 77 CP al referirse al concurso ideal de delitos emplea el término “hecho”, y no “acción”, lo que ha motivado a un sector doctrinal importante, en el que se encuentran MIR PUIG²⁰³⁰, y ROIG TORRES²⁰³¹, a sostener que, para afirmar la existencia de este concurso, ha de darse en la realidad un solapamiento no sólo entre las correspondientes acciones típicas, sino también entre los correspondientes resultados, por cuanto la denominación legal “hecho” abarcaría ambos aspectos. La cuestión, desde luego, no es baladí. Piénsese en el ejemplo prototípico del terrorista que coloca en un centro comercial una bomba cuya explosión produce la muerte de diez personas. Ateniéndonos a la tesis tradicional, que sólo atiende a la acción típica, habría que afirmar que el terrorista comete un solo hecho, cuyo injusto total es desvalorado por diez tipos penales de asesinato, habiendo un concurso ideal homogéneo; sin embargo, siguiendo los parámetros de la tesis seguida por MIR PUIG, habría tantos hechos como resultados, por lo que estaríamos ante un concurso real de diez asesinatos, aumentando la pena exponencialmente. Precisamente por las diversas consecuencias que a nivel penológico arrojan una y otra tesis, el Tribunal Supremo, en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de enero de 2015²⁰³², resolvió, para atajar la polémica en casos tan graves como el del ejemplo, que, en los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se aplicarán siempre las normas

²⁰³⁰ MIR PUIG, S., *“Derecho Penal. Parte General”*, op. cit., pág. 675: “para que exista un solo “hecho”, como requiere el concurso ideal, no basta que se dé una sola conducta, si el tipo de que se trate incluye también un resultado”.

²⁰³¹ ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 69: “...un sector doctrinal, en el que nos incluimos, entiende que la expresión <<hecho>> del art. 77.1 CP comprende tanto la acción como el resultado, dado que en los tipos de resultado éste es objeto de la valoración jurídica y, por lo tanto, de la sanción”.

²⁰³² El contenido concreto del acuerdo es el siguiente: “Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 Cp y 76 Cp), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 del Cp.)”.

del concurso real de delitos a pesar de que la conducta típica causante de los diversos resultados sea única

A nuestro juicio, este Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo ha de entenderse como una excepción a la regla general en atención a la gravedad de los supuestos a que se refiere, siendo en consecuencia suficiente con la identidad entre las conductas de los sustratos fácticos recortados por la norma de cara a afirmar la concurrencia del concurso ideal. Lo contrario, esto es: entender que el solapamiento entre los sustratos fácticos ha de referirse tanto a la conducta como al resultado típicos, supondría marginar la figura del concurso ideal, al anular prácticamente su operatividad. Y es que, si se entiende el resultado típico como vulneración material –ya lesión, ya puesta en peligro– de un bien jurídico, habida cuenta de que cada tipo penal protege un bien jurídico diverso frente a su potencial ofensa, nunca se daría el supuesto de concurso ideal. Lo que habría en todo caso sería un concurso de leyes, que se resolvería aplicando los criterios del art. 8 CP.

Aclarado, por tanto, que el término “hecho” del art. 77 CP ha de interpretarse, en nuestra opinión, como “acción típica”, prescindiéndose del resultado, surge, a continuación, una nueva cuestión general a tratar, cuya resolución es clave para abordar la cuestión de los concursos de delitos en el ámbito de la criminalidad organizada. Nos referimos a si, de cara a la aplicación del concurso ideal de delitos, la coincidencia entre las acciones ejecutivas de los distintos tipos penales ha de ser total, o, si, por el contrario, es suficiente con que sea parcial²⁰³³. La doctrina mayoritaria²⁰³⁴ se ha decantado por esta segunda posibilidad, aceptando la existencia de concursos ideales de delitos en los casos en que los sustratos fácticos recortados por los tipos penales, si bien no coinciden en su integridad, sí comparten al menos zonas comunes²⁰³⁵. Personalmente, también somos partidarios de aceptar esta posibilidad, pues, de lo contrario, resultaría imposible apreciar la figura del concurso ideal entre delitos instantáneos y permanentes. Habida cuenta de que los delitos permanentes, como el de participación en organización o grupo criminal, se caracterizan, a diferencia de los instantáneos, por que la acción ejecutiva se prolonga en el tiempo, el solapamiento entre las acciones ejecutivas de uno y otro delito nunca podría ser total, al ir más allá en su

²⁰³³ ROIG TORRES, M., “*El concurso ideal de delitos*”, *op. cit.*, pág. 68, plantea así el problema: “En este orden de ideas, para afirmar la unidad de hecho, algunos autores estimarán suficiente que coincida parcialmente la acción desencadenante de los delitos concurrentes, otros exigirán el solapamiento total”.

²⁰³⁴ Así, ESCUCHURI AISA, E., “*Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*”, *op. cit.*, pp. 403 y 404, SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, pp. 152 y ss., y GARCÍA ALBERO, R. M., “*“Non bis in ídem” material y concurso de leyes penales*”, *op. cit.*, pp. 268 y 294 y ss. Éste último afirma, a este respecto (pág. 268), que “los distintos actos parciales, puesto que se consideran como una unidad, permiten fundamentar un concurso ideal de delitos cuando coincidan, total o parcialmente, con el sustrato de otro tipo delictivo. Así, quién en un interrumpido acceso de cólera, destruye la instalación de un restaurante, lesionando con uno de los actos parciales –que por sí solo constituiría un delito de daños– a un comensal, realizaría un delito de daños en concurso ideal con el de lesiones. Adviértase que ello es la consecuencia de configurar, desde el punto de vista de los daños, el suceso conjunto, como una unidad jurídica de acción, uno de cuyos actos parciales produce, además, lesiones”.

²⁰³⁵ ESCUCHURI AISA, E., “*Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*”, *op. cit.*, pp. 403 y 404, declarándose partidaria de aceptar la identidad parcial de los sustratos fácticos.

duración la acción del tipo permanente. Exigir, así, una coincidencia absoluta entre las conductas ejecutivas de cara a la aplicación de la figura del concurso ideal de delitos, supondría, así, tener que calificar siempre la relación entre delitos instantáneos y delitos permanentes como concurso real o medial de delitos, que implican por regla general consecuencias penológicas más severas que el concurso ideal de delitos.

Para aclarar más esta idea podemos servirnos del ejemplo utilizado por GARCÍA ALBERO, partidario, también, de aceptar la posibilidad de que el solapamiento entre los sustratos fácticos recortados por las conductas típicas pueda ser parcial. Se refiere al supuesto en que en el marco de la comisión de un delito de secuestro -delito permanente- se causan por parte del autor del secuestro lesiones -delito instantáneo - en las muñecas del secuestrado mientras se las ata para evitar su huida²⁰³⁶. Si se sostuviera que la coincidencia entre los sustratos de acción recortados por los tipos penales concurrentes ha de ser completa, tendríamos que valorar tal supuesto como un concurso real entre los delitos de secuestro y lesiones puesto que la conducta de detención trasciende a la de lesiones, lo que arrojaría como resultado unas penas más que considerables. Sin embargo, si se entiende, como lo hace la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, que dicha coincidencia puede ser parcial, al haber una coincidencia entre los sustratos recortados respecto a la acción física concreta de atar las muñecas -toda vez que, por una parte, es la conducta que provoca las lesiones, y, por otra, la que permite la detención -, podríamos hablar de concurso ideal entre ambos delitos²⁰³⁷, lo que, sin duda, parece más consecuente y proporcionado desde un punto de vista social y penológico. No obstante ello, insta hacer hincapié en la necesidad de aplicar la regla de la inherencia o coincidencia parcial con cautela, teniendo presente que no todas las acciones típicas que se cometan durante el transcurso de la acción ejecutiva del delito permanente se superponen parcialmente con ésta dando lugar al consecuente concurso ideal de delitos, pues en muchas ocasiones sólo se estará ante una mera coincidencia espacio-temporal²⁰³⁸, habiéndose de aplicar el concurso real de delitos.

²⁰³⁶ A estos efectos es también muy ilustrativo el ejemplo de GARCÍA ALBERO, R. M., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales”, *op. cit.*, pág. 268.

²⁰³⁷ Así lo afirma respecto del delito de detención ilegal MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 284: “siempre que el delito contra la vida o la integridad física sea realizado para crear o mantener el estado de encierro o de detención existirá un concurso ideal del correspondiente delito con el delito de detención ilegal. Así, las lesiones producidas a la víctima para poderla encerrar o para evitar su liberación estarán en concurso ideal con el delito de detención ilegal”.

²⁰³⁸ Así lo advierten en España ROIG TORRES, M., “*El concurso ideal de delitos*”, *op. cit.*, pp. 44, citando a WELZEL (“...tampoco basta la mera simultaneidad de las acciones. En este sentido, dice WELZEL que no es suficientemente si solamente se ha tomado al mismo tiempo la decisión de cometer diversos delitos o si los distintos hechos son realizados al mismo tiempo y en el mismo lugar. Así, precisa este autor, el que paga con dinero falso la mercancía comprada, comete un delito monetario, en concurso ideal con la estafa, ya que el poner en circulación el dinero falso y la acción de engaño se realizan en uno y el mismo acto. Pero si el comprador hurta al mismo tiempo una mercancía en exhibición, se está ante una acción independiente, pues la acción de engaño y el movimiento de hurto (acción de sustracción) son, pese a la simultaneidad, dos actos diferentes”), y SANZ MORÁN, A.J., “*El concurso de delitos*”, *op. cit.*, pág. 153.

Ante la complejidad que supone en ocasiones identificar cuando se da esta verdadera coincidencia parcial, se ha elaborado por la doctrina un criterio a estos efectos, según el cual cuando la conducta típica cometida estando vigente la acción ejecutiva del delito permanente contribuye a su mantenimiento, se podrá hablar de superposición parcial de acciones ejecutivas, y con ello de concurso ideal de delitos, mientras que, cuando la acción típica se perpetre simplemente aprovechando la situación antijurídica creada con el delito permanente, habrá una simple coincidencia espacio-temporal de acciones ejecutivas, aplicándose la figura del concurso real de delitos²⁰³⁹. Los ejemplos de ROIG TORRES²⁰⁴⁰ son muy ilustrativos de cara a aprehender esta diferenciación. La autora cita como supuesto de solapamiento de acciones ejecutivas, y, por tanto, de aplicación de la figura del concurso ideal de delitos, las lesiones causadas al morador que se defiende contra el intruso que allana su morada, y como ejemplo de mera coincidencia espacio-temporal entre acciones ejecutivas de distintos tipos penales, y, por tanto, de concurso real o medial de delitos, el caso en que el intruso aprovecha la situación antijurídica creada por el delito permanente de allanamiento para sustraer objetos de valor que hubiera en la vivienda. En el primer caso, concurriría un concurso ideal entre los delitos de allanamiento de morada y lesiones, y, en el segundo, un concurso real o medial entre los delitos de allanamiento de morada y hurto o robo.

b. Aplicación de los postulados generales al ámbito de la criminalidad organizada

Una vez aclaradas lo que podríamos denominar como las tres cuestiones concursales generales básicas, esto es, (1) qué se entiende por unidad de hecho a efectos del art. 77.1 CP, (2) a qué elementos del tipo penal hay que atender para afirmar dicha unidad, y (3) cuándo puede afirmarse que estamos propiamente ante un solapamiento parcial de los sustratos fácticos subyacentes a los respectivos tipos, y no ante una simple coincidencia espacio-temporal de los mismos, estamos ya en condiciones de adentrarnos, en base a fundamentos sólidos, en el tema que nos ocupa: las relaciones concursales entre el delito de participación en organización o grupo criminal y los delitos cometidos en su marco. Para ello, examinaremos primero la naturaleza de cada uno de estos delitos, tratando posteriormente de forma pormenorizada, en atención a las particularidades del delito cometido en el seno de la agrupación criminal, las relaciones concursales entre éstos últimos y los tipos de organización y grupo criminal.

b.1. Consideraciones sobre la naturaleza de las conductas típicas en conflicto

Sabiendo que el método para afirmar a efectos concursales la unidad de hecho no es otro que el del examen del sentido de los tipos penales en su caso concurrentes, atendiendo concretamente dentro de estos a las acciones típicas ejecutivas, lo primero

²⁰³⁹ Así lo señalan ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 116, y MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “*El delito de detención*”, *op. cit.*, pág. 281.

²⁰⁴⁰ ROIG TORRES, M., “*El concurso ideal de delitos*”, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

que hemos de hacer es analizar la naturaleza de las conductas típicas de los delitos de participación activa en organización o grupo criminal, por una parte, y, de los indefinidos delitos que puedan cometerse en el marco de la organización, por otra.

En lo que respecta a los *delitos de participación en organización o grupo criminal*, el examen de la letra del tipo²⁰⁴¹ pone de manifiesto que estamos ante acciones ejecutivas que se prolongan en el tiempo por la voluntad del propio autor²⁰⁴². Así se extrae de los verbos “participar activamente”, “formar parte”, o “dirigir”, “organizar” y “coordinar”, del art. 570 bis CP, o “integrar”, del art. 570 ter CP²⁰⁴³. Ya aclaramos en su momento, además, que el sujeto activo de todas estas conductas es un miembro de la organización o grupo criminal, esto es: una persona vinculada de forma permanente al entramado delictivo, que forma parte del mismo, y acata las decisiones tomadas en su seno, ya por los órganos directivos, si se trata de una agrupación estructurada jerárquicamente, ya de forma asamblearia, en el caso de colectivos no jerárquicos. La prolongación en el tiempo, o, si se prefiere, la naturaleza permanente del comportamiento, es también, a nuestro juicio, una característica de las conductas de “constituir” o “promover”, de primer nivel, de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP. Si bien es cierto que per se de estos verbos no se extrae necesariamente dicha conclusión, pues pudiera imaginarse, por ejemplos, actos concretos de promoción que resulten instantáneos, ya se vio, que entendemos, en una interpretación restrictiva de los tipos, que el sujeto activo de estas conductas ha de ser necesariamente un integrante de la organización o grupo criminal, si bien integrante de “primer nivel”. De ahí que también estas conductas hayan de ser, de acuerdo con nuestra interpretación, de naturaleza permanente. Cosa distinta sucede con las conductas de colaboración con organización criminal y financiación de grupo criminal, que, al contrario que las anteriores, son realizadas por *extranei*, esto es, sujetos externos a la agrupación delictiva que no tienen

²⁰⁴¹ Señala LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006, pág. 84 que “el verbo típico es el que va a indicar si la acción prohibida es susceptible de prolongación en el tiempo [...] Siendo esto así, las formulaciones típicas de los delitos permanentes deben contener verbos que aludan a conductas que, naturalísticamente, sean susceptibles de prolongación en el tiempo. En este sentido de ha afirmado que verbos tales como <<tener>>, <<retener>> o <<detener>> manifiestan claramente la posibilidad de que la acción dure un cierto tiempo”.

²⁰⁴² LLORIA GARCÍA, P., “*Aproximación al estudio del delito permanente*”, *op. cit.*, pág. 85, citaba en su momento como ejemplo de delito permanente, por ser la acción susceptible de prolongación en el tiempo, al antiguo delito de “pertenencia a banda armada”. Habida cuenta de la similitud entre las conductas típicas de este delito y los que nos ocupan, puede deducirse que la autora entendería hoy que los delitos de organización y grupo criminal son delitos de naturaleza permanente. También así, en relación al tipo de asociación ilícita del Código penal argentino, ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 115 y 116. En Italia destaca el carácter de delito permanente de los tipos penales de “*associazione per delinquere*” y “*associazione di tipo mafioso*”, de los arts. 416 y 416 bis CP, TONA, G., “*I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)*”, *op. cit.*, pág. 1114. Señala este autor que estos delitos son de naturaleza permanente bajo una doble perspectiva: por una parte, por la permanencia objetiva de la estructura organizativa, que perdura hasta el momento en que la misma se disuelve, o en que su número de integrantes se reduce a menos de tres; y, por otra, por la permanencia subjetiva del vínculo del sujeto afiliado con la estructura criminal, hasta que, en su caso, el vínculo se rescinda.

²⁰⁴³ Lo mismo es aplicable a la sede de los tipos asociativos, pues los sustantivos “directores”, “presidentes” y “miembros activos” contenidos en el art. 517 CP, hacen referencia a los verbos “dirigir”, “presidir” e “integrar activamente”; conductas éstas de naturaleza permanente.

por qué mantener un contacto duradero o permanente con la misma. Lo habitual, por tanto, será que estas conductas sean instantáneas. No obstante, obviamos en este apartado estas conductas típicas, pues, precisamente por la particularidad que presentan respecto a las demás, hemos decidido tratarlas aparte, abordando en otro apartado los problemas concursales que puedan surgir cuando la conducta de colaboración sea a su vez constitutiva de otro delito tipificado en el Código penal. En fin, obviando, por tanto, estas conductas de colaboración, puede afirmarse que las conductas ejecutivas típicas de organización y grupo criminal son permanentes –de ahí la denominación, a este respecto, de los delitos de organización y grupo criminal, como permanentes –, creándose una situación antijurídica que se mantiene inalterada desde el inicio voluntario de la ejecución de la conducta hasta su finalización, ya por cese voluntario, ya por causas sobrevenidas.

En lo que hace a los *delitos eventualmente perpetrados en el marco de la organización o grupo criminal*, y, por tanto, durante la vigencia de ese estado antijurídico creado, como decíamos, por la ejecución de la conducta de participación en organización o grupo criminal, los mismos pueden ser de naturaleza instantánea, como por ejemplo, el delito de lesiones, o permanentes, como el delito de secuestro. No obstante, aun siendo de naturaleza permanente, está claro que la duración de la acción ejecutiva de estos delitos será siempre más reducida que la de la conducta de participación en organización o grupo criminal, de forma que, si se considera que las conductas ejecutivas de uno y otro tipo penal se solapan *ex art. 77.1 CP*, dicho solapamiento habrá de ser siempre de carácter parcial.

b.2. Tratamiento de los concursos de delitos de forma particularizada

Aclarada la naturaleza de los delitos de participación en organización o grupo criminal, y de los delitos en su caso ejecutables en su seno, procede en lo siguiente, de cara a concretar la relación concursal entre ambos tipos, distinguir distintas tipologías de supuestos que pueden concurrir, pues la calificación del concurso de delitos pudiera diferir para uno y otro caso. A este respecto, las posibilidades que pueden imaginarse en relación a la comisión de delitos en el marco de una organización o grupo criminal, son: (1) que el delito ejecutado constituya propiamente un “delito-fin”, esto es, un delito cuya comisión constituya el objeto social de la agrupación delictiva; (2) que el delito perpetrado sea un “delito instrumental”, véase: un delito cuya perpetración no se encuentra entre los objetivos de la agrupación, que constituyen la razón de ser de su existencia, pero que contribuye a la permanencia de la agrupación criminal, por facilitar la impunidad de las conductas o garantizar el disfrute de las ganancias delictivas; (3) que el delito cometido en el seno de la agrupación responda a la exclusiva voluntad de un miembro o miembros concretos, y no a la voluntad social del entramado criminal; y, por último, (4), que el delito se ejecute por el sujeto para adquirir la condición de miembro, esto es, antes de ostentarse el estatus de *intra-neus*. Esta distinción es esencial pues, al abordar sucintamente la teoría general sobre los concursos delictivos, vimos cómo el solapamiento entre los hechos delictivos instantáneos y permanentes no podía

ser casual para la aplicación de la figura del concurso ideal de delitos, sino que era exigible a tal fin una conexión sustancial o de sentido entre ambos, en el sentido de que contribuyan uno al otro. Concretamente, la acción ejecutiva del delito instantáneo debiera, a este respecto, servir de fundamento o mantenimiento del estado antijurídico originado por el delito permanente²⁰⁴⁴. De esta forma, cuando la acción típica instantánea se perpetre simplemente aprovechando la situación antijurídica creada con el delito permanente, sin contribuir a la misma, se producirá una simple coincidencia espacio-temporal de acciones ejecutivas, sin repercusión jurídica alguna, calificándose la relación entre ambas como de concurso de delitos real o medial, obviándose dicho solapamiento, en tanto casual. Si bien con esto ya se adelanta en gran medida nuestra opinión en relación a la calificación jurídica de los concursos de los delitos supra mencionados con el de organización o grupo criminal, no está de más un examen pormenorizado de cada uno de los supuestos referidos.

b.2.1. Relación concursal con los “delitos instrumentales” y “delitos-fin”

Recurriendo a la coherente regla que se viene manejando por la doctrina de cara a calificar los concursos de infracciones en el marco de los delitos permanentes como reales o ideales, habría que responder al siguiente interrogante: ¿Son los “delitos instrumentales” y los “delitos-fin” infracciones que sirven al mantenimiento de la situación antijurídica creada por el delito de organización o grupo criminal, o, por el contrario, se trata de infracciones que se cometen aprovechando tal situación?

En Alemania, que es el país de nuestro entorno en el que más se ha tratado la cuestión concursal que nos ocupa, existe acuerdo entre doctrina y jurisprudencia en cuanto a la calificación de los “delitos instrumentales” como infracciones que contribuyen al mantenimiento del estado antijurídico creado por el delito de organización, abogando, por tanto, por la aplicación en estos casos del concurso ideal de delitos. Ejemplos de este tipo de delitos podrían ser, siguiendo a HABERSTUMPF²⁰⁴⁵, el robo para obtener fondos para el entramado criminal o la tenencia de armas. En nuestra opinión, y atendida la legislación española, cabría hacer, sin embargo, una matización en relación a este último delito, pues, como señalamos en su momento, cuando las armas no las dispone el miembro de forma particular, sino que constituyen instrumentos de la propia organización o grupo criminal, de los que pueden disponer todos sus integrantes, el precepto a aplicar sería el subtipo cualificado de organización o grupo criminal que dispone de armas, en detrimento del tipo de tenencia de armas en relación a cada miembro del entramado. Por ello, la consideración del delito de tenencia de armas como delito instrumental que concurre en concurso de delitos con el de organización o grupo criminal se reducirá a los casos en que el arma se disponga

²⁰⁴⁴ Así, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 360.

²⁰⁴⁵ HABERSTUMPF, H. “Konkurrenzprobleme bei der Anwendung der Paragraphen 129 und 129a StGB”, *Monatsschrift für deutsches Recht*, 12,1979, pág. 980.

exclusiva y particularmente por el integrante, no disponiendo la agrupación delictiva de armas. Otros posibles ejemplos de delitos que, sin constituir el objeto criminal, y, con ello, la razón de ser de la existencia de la agrupación delictiva, sirvan de instrumento a la misma para continuar con sus actividades delictivas, podrían ser el blanqueo de capitales para dotar de apariencia legal a sus ganancias delictivas, y delitos contra la Administración pública, realizados para obtener favores materiales de funcionarios estatales, como el cohecho o la inducción a la prevaricación administrativa o judicial. Asimismo pudieran incluirse en esta categoría de delitos las infracciones que, en cumplimiento de decisiones adoptadas en la cúpula directiva o en la asamblea de la organización o grupo criminal, se perpetren por los miembros para impedir una previsible finalización de la situación antijurídica creada por la sola existencia del entramado criminal. Piénsese, a este respecto, en el delito de homicidio o asesinato de uno de los integrantes de la organización a manos de otro ante el descubrimiento de que el mismo era un policía infiltrado.

Nuestra opinión sobre la relación concursal que han de ostentar estos delitos con los de organización o grupo criminal es coincidente con la de la jurisprudencia y doctrina alemanas, decantándonos, por tanto, por aplicar a estos casos el concurso ideal de delitos. Y es que, es indubitable que estos delitos sirven al mantenimiento de la existencia de la organización o grupo criminal. Precisamente el adjetivo instrumental utilizado comúnmente para designarlos refiere esa utilidad de los mismos para con el mantenimiento de la situación antijurídica creada por el delito permanente de organización o grupo criminal. Se da, así, por tanto, el presupuesto para la aplicación del concurso ideal entre delitos permanentes e instantáneos²⁰⁴⁶. No obstante, admitimos que es posible un debate a este respecto, sobre todo en lo que respecta al último de los ejemplos de delito instrumental mencionado supra, esto es, al del homicidio o asesinato del agente infiltrado en la organización o grupo criminal. Podría plantearse, en este sentido, la cuestión de si era necesaria esa conducta para el mantenimiento de la situación antijurídica que supone la existencia de la organización o grupo criminal. Pudiera entenderse, así, que hubiera sido suficiente, de cara a garantizar la existencia de la agrupación, con expulsar al agente descubierto del entramado criminal, sin producir su muerte. En puridad, la misma cuestión resulta trasladable al resto de supuestos de

²⁰⁴⁶ En España pocos autores mantienen esta posición. Ya vimos que se presupone que la relación entre los tipos de organización y grupo criminal y los delitos -cualesquiera que sea -cometidos en el seno de la agrupación ha de ser la del concurso real de delitos. No obstante ello, hay algunas voces minoritarias que, siguiendo el debate existente en Alemania, han reflexionado al respecto, manteniendo la posibilidad del concurso ideal de delitos en estos casos. Así, parecen contemplar la posibilidad de aplicar esta figura en las relaciones concretas entre los delitos de organización y grupo criminal y los llamados “delitos instrumentales”, CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pp. 23 y 24, y FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 360. Decimos “parecen contemplar” porque se refieren expresamente a los delitos-fin, y no a los delitos instrumentales, si bien como mantienen la tesis de que todo delito que contribuya al mantenimiento de la situación antijurídica creada por el delito permanente ha de concurrir con éste en relación de concurso ideal de delitos, parecen mantener dicha postura implícitamente también para los “delitos instrumentales”.

delitos instrumentales, pudiendo plantearse también si realmente es necesario blanquear las ganancias delictivas, o corromper a jueces o agentes de la policía de cara al mantenimiento de la existencia de la agrupación. En nuestra opinión, mantener aquí una interpretación restrictiva, exigiendo para la apreciación del concurso ideal el carácter imprescindible de la conducta delictiva para con la supervivencia del entramado criminal, supondría dejar prácticamente sin aplicación la figura del concurso ideal de delitos en lo que se refiere a los tipos instrumentales. Además, tal exigencia no se adecuaría a la realidad, si se considera el carácter intrínsecamente criminógeno de la organización o grupo criminal en cuanto entes creados para delinquir, en cuyo seno, por tanto, carece de sentido toda reflexión sobre la necesidad de la ejecución de delitos para la supervivencia de la agrupación criminal. A todo ello se suma el factor penológico referido al inicio: la suma de las penas de uno y otro delito, que implicaría la aplicación del concurso real de delitos, llevaría, atendidas las altas penas de los “delitos de organización”, sobre todo del del art. 570 bis CP, a unas penas excesivas, contrarias en muchas ocasiones al principio de humanidad de las penas. Abogamos, pues, por la calificación de la relación entre los delitos de organización o grupo criminal y los delitos instrumentales como concurso ideal de delitos

En lo que respecta al tratamiento jurídico de las relaciones concursales entre los delitos de organización y los “delitos-fin”, concurre en Alemania un debate mucho más intenso que en el del concurso con los delitos instrumentales, respecto el que, como hemos visto, hay acuerdo en su calificación como concurso ideal. Concretamente, puede decirse que, en relación a la relación entre el delito de organización (*kriminelle Vereinigung*, en Alemania) y los “delitos-fin”, las posturas de doctrina y jurisprudencia alemanas son, a este respecto, opuestas²⁰⁴⁷: mientras la doctrina en su mayoría²⁰⁴⁸ aboga por aplicar en estos casos la figura del concurso ideal, homologando el tratamiento jurídico a dar a estos casos con el dado a las relaciones entre los delitos de organización y los delitos instrumentales; la jurisprudencia se decanta por apreciar aquí un concurso real de delitos.

La jurisprudencia justifica su posición refiriendo que la comisión de delitos no forma parte del tipo de organización, y que, por tanto, se puede participar como miembro a través de la realización de meros trabajos organizativos. Con ello, parecen fundamentar su posición en la circunstancia de que la comisión de delitos-fin no es una conducta inherente a la de participar en la organización criminal. Personalmente, no compartimos esta postura, ni su argumentación, que, además, resulta incoherente si se atiende a la

²⁰⁴⁷ Explican esta contradicción entre doctrina y jurisprudencia alemanas ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 117-120 y MALJEVIC, A., “*Participation in a Criminal Organisation and ‘Conspiracy’*. *Different Legal Models Against Criminal Collectives*”, *op. cit.*, pág. 51.

²⁰⁴⁸ Así, por ejemplo, ARZT, G., “§§ 129, 129 a; Kriminelle Organisationen”, *op. cit.*, pág. 930 (“Si los delitos planeados por la asociación se llevan a cabo, [...] hay unidad de acción entre el art. 129 y la participación en en los actos concretos, porque esta participación en el crimen también representa una “participación” particularmente intensa también en la asociación”), HABERSTUMPF, H. “Konkurrenzprobleme bei der Anwendung der Paragraphen 129 und 129a StGB”, *op. cit.*, pág. 980, y WERLE, G., “Die Beteiligung an kriminellen Vereinigungen und das Problem der Klammerwirkung”, *Juristische Rundschau*, 1979, 93-99, pág. 94.

posición de esa misma jurisprudencia en relación a los “delitos instrumentales”. Piénsese que perpetrar “delitos instrumentales” tampoco es un comportamiento inherente a la conducta de participar como miembro en la organización criminal, y, sin embargo aquí se mantiene por la jurisprudencia sin dubitaciones la postura del concurso ideal de delitos. El único requisito relevante aquí para apreciar el concurso ideal entre delitos permanentes y delitos cometidos mientras está presente dicho estado antijurídico es el de que éstos últimos contribuyan al mantenimiento de dicho estado. Y, si vemos, que los “delitos instrumentales” cumplían dicho requisito, con más razón lo hacen los “delitos-fin”. Dado que la finalidad de la organización o grupo criminal no es otra que el de delinquir de forma permanente en el tiempo, la contribución activa principal que podrán desempeñar los miembros para con el entramado criminal será la de participar, ya en la fase preparatoria, ya en la ejecutiva, en alguno de los delitos-fin programados en su marco. Aun cuando la participación en delitos no constituya un requisito para la aplicación de los tipos de participación en organización y grupo criminal, siendo suficiente a estos efectos con la realización genérica de tareas logísticas, parece difícil negar que participar en delitos-fin en el marco de la agrupación no suponga una contribución para con el mantenimiento de la situación antijurídica que supone la existencia de la organización o grupo criminal. El solapamiento entre las acciones ejecutivas del delito de participación en organización o grupo criminal y del delito-fin no responde, desde luego, al mero azar o a la casualidad, pues hay una relación sustantiva de sentido entre unas y otras acciones, que descartan, en nuestra opinión, la aplicación del concurso real de delitos, reservado en estos casos para supuestos de mera coincidencia espacio-temporal entre acciones ejecutivas típicas²⁰⁴⁹. Si la razón de ser de la existencia de la agrupación delictiva, y, con ello, lo que explica el “injusto sistémico” conformado por la lesión a la seguridad colectiva, es, precisamente, su fin de cometer delitos -si bien con la exigencia complementaria de que la estructura en cuestión resulte idónea a tal fin -, no puede haber conducta que contribuya con más al mantenimiento de dicho estado antijurídico permanente que la perpetración de delitos-fin.

En fin, en nuestra opinión -que coincide aquí con la de la doctrina penal alemana mayoritaria, y, fuera de Alemania, con la de autores como ZIFFER²⁰⁵⁰ o

²⁰⁴⁹ De esta opinión son, fuera de Alemania, autores minoritarios, como CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 20, en España (“cuando el sujeto lleva a cabo una actividad ilícita en el marco de la organización –y concuerda precisamente con la finalidad de la misma -, no está realizando el hecho simplemente “con ocasión” del delito permanente, sino que está cumpliendo con la exigencia típica de “participar activamente” o “formar parte”, y con ello está prolongando la situación antijurídica propia del delito de pertenencia a la organización criminal. [...] Por tanto [...], no es correcto defender que en estos casos estamos frente a un concurso real de delitos, ya que no hay ninguna razón que justifique la exclusión de la comisión de un delito del concepto de “tomar parte en la asociación”), y ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 120, en Argentina (“participar en un delito es siempre “participar como miembro”, y esto no es otra cosa que una “unidad de acción”).

²⁰⁵⁰ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 117-120. También defiende la postura del concurso ideal de delitos entre el tipo de asociación ilícita argentino y los delitos-fin cometidos en su marco GALLO, S.P., “*Asociación ilícita y concurso de delitos*”, *op. cit.*, pp.50-57. No obstante, en su fundamentación la autora se aleja de la postura de ZIFFER y, por tanto, de la que aquí nosotros

CARUSO FONTÁN²⁰⁵¹ - tanto los delitos-fin como los delitos instrumentales integrarían la categoría de “delitos que sirven al mantenimiento de la situación jurídica creada por el delito permanente”, en este caso, por los delitos de organización y grupo criminal, siendo, por ello, la relación existente entre ambas categorías de delitos con los tipos penales de organización o grupo criminal la del concurso ideal. Así, cuando los miembros participan en delitos-fin o delitos instrumentales en el marco de la organización, esto es, estando vigente la situación antijurídica generada por el delito de organización, se produce algo más que una coincidencia espacio-temporal entre las acciones ejecutivas del tipo de organización y del delito en su caso perpetrado, pudiéndose hablar a estos efectos de verdadero solapamiento de los sustratos materiales objetivos recortados por estos tipos. En este caso, realmente lo que se produciría, más que una intersección entre las correspondientes acciones ejecutivas, sería la realización del sustrato fáctico del delito-fin o delito instrumental dentro del sustrato fáctico correspondiente al delito de organización por cuanto el primero constituiría un aporte realizado en el marco y para con el primero²⁰⁵². Esto es, el hecho común se correspondería completamente con la acción típica del delito cometido en el marco de la organización, y sólo en parte con la acción ejecutiva del tipo de organización, por

mantenemos. Y es que, esta autora no fundamenta la aplicación del concurso ideal en el campo de la criminalidad organizada en la existencia de un solapamiento entre las acciones ejecutivas objetivas de uno y otro tipo penal, sino en la coincidencia subjetiva de los sustratos de valoración de las normas concurrentes. Nos explicamos: según GALLO, el tipo de asociación ilícita ostenta un elemento subjetivo específico, adicional al dolo, que estaría constituido por la intención de cometer delitos, y que “cuando se concreta en la realidad (como tentativa o consumación), adquiere su correlato en la realización típica del precepto penal correspondiente”. De ello extrae la autora que los tipos penales concurrentes, el delito de asociación ilícita y el delito-fin cometido en su marco, compartirían –en sus palabras– un “objeto de valoración”, constituido por ese propósito delictivo, debiendo en consecuencia calificarse su relación como de concurso ideal de delitos, ya que, de aplicarse la figura del concurso real –arguye– se estaría castigando dos veces ese mismo “objeto de valoración”, vulnerándose el principio *non bis in ídem* (véanse pp. 55-57). Su argumentación no resulta a nuestro juicio convincente. La superposición entre los sustratos fácticos recortados por los tipos penales concurrentes ha de ser, en nuestra opinión, y en la de la doctrina mayoritaria, de tipo objetivo pues, a lo que se atiende, de cara a afirmar la existencia de la citada superposición, es única y exclusivamente a la coincidencia en el caso concreto de las acciones ejecutivas de los tipos. Por otro lado, tal tesis hace peligrar la virtualidad de la figura del concurso medial, aplicada en los casos en que un delito se perpetra como medio para la realización de otro, que es el que en última instancia se quiere cometer. Y es que, llevada a sus últimas consecuencias la tesis de GALLO podría utilizarse para sostener que en el ejemplo prototípico de concurso medial de la falsificación de un documento para utilizarlo posteriormente como instrumento para estafar concurre un hecho único entre la conducta de falsificar y la de estafar por cuanto el fin último de ambas es el mismo (estafar), dándose un solapamiento parcial entre las acciones propio del concurso ideal. En último lugar, y como argumento principal contra la tesis de esta autora, se encuentra la circunstancia de que realmente no existe la coincidencia subjetiva a que ésta se refiere. El ánimo de delinquir que constituye el especial elemento del injusto en el caso del delito de organización no concurre en el delito-fin o delito instrumental que se cometa en el marco del entramado criminal, en el que sólo está presente el dolo restringido al delito cometido, entendido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo. En suma, el ánimo de delinquir del delito de organización y el dolo del delito cometido en el marco de la organización son elementos subjetivos cualitativamente diversos: el primero es un ánimo abstracto, no se refiere a ningún delito concreto, sino al delinquir, o en otras palabras, al ser una “máquina delictiva”, mientras que el segundo se refiere al delito concreto perpetrado.

²⁰⁵¹ CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

²⁰⁵² Así lo apunta CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 21.

cuanto ésta lo trasciende abarcando todas las acciones perpetradas durante la vigencia del entramado criminal.

Por último, y como argumentos para aplicar en estos casos la figura del concurso ideal de delitos, no principales, pero sí complementarios, a los supra esgrimidos, hay que hacer obligatoriamente referencia a la cuestión penológica. Y es que, teniendo en cuenta las altas penas que se contemplan por los arts. 570 ter, y, sobre todo, 570 bis CP, para la sola participación como miembro en una agrupación delictiva - hasta ocho años de prisión en el caso de dirigir una organización criminal que tenga como finalidad la comisión de delitos graves -, mantener la aplicación en estos casos del concurso real de delitos entre el tipo de organización o grupo criminal y el delito-fin o delito instrumental cometido en su seno daría lugar en algunos casos a penas desmesuradamente elevadas²⁰⁵³, difícilmente compatibles con el teórico fin de reinserción social de las penas establecido por la Constitución.

b.2.2. Relación concursal con los delitos ejecutados en el marco de la agrupación por decisión autónoma de sus miembros

Otro supuesto a abordar es aquél en que el delito cometido en el seno de la agrupación delictiva no responde, como en los casos anteriores, a una decisión adoptada por la cúpula o la asamblea de la organización, sino a la sola voluntad del autor, integrante de la misma. Resulta claro que en estos casos el sujeto en cuestión cometerá dos delitos: el de participación en organización o grupo criminal, en cuanto miembro de la misma, y el delito ejecutado por su cuenta y riesgo durante la vigencia del estado antijurídico que entraña la existencia de la agrupación delictiva. La pregunta a responder, por tanto, es la de cuál ha de ser la relación entre esos dos delitos, portadores de distinto injusto, cometidos por la misma persona: ¿la del concurso de delitos real o ideal? Si bien existe solapamiento espacio-temporal entre las conductas ejecutivas de ambos delitos, ¿el mismo es suficiente para que hablemos de identidad de hecho a efectos de la aplicación del concurso ideal de delitos *ex art. 77.1 CP*? La doctrina, que en general ha abordado poco estos supuestos, parece defender la solución a este respecto del concurso real de delitos. A este respecto, autores como ZIFFER parecen entender que, al no concurrir la voluntad societaria en el delito cometido durante la vigencia de la organización o grupo criminal, no se produciría un solapamiento sustantivo entre las conductas típicas, sino tan sólo una coincidencia espacio-temporal, no pudiéndose aplicar, en consecuencia, la figura del concurso ideal de delitos²⁰⁵⁴.

²⁰⁵³ Así, CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pág. 24.

²⁰⁵⁴ Véase, ZIFFER, P., “El delito de asociación ilícita”, *op. cit.*, pág. 119, que, en relación a “los supuestos en los que uno de los miembros actúa “por las suyas””, mantiene que: “la independencia de la “voluntadsocietaria” permite admitir el concurso real sin inconsecuencias”. En España, se infiere que defiende también esta solución, FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pp. 360 y 361.

A nuestro juicio, si bien de entrada pudiera parecer que la sola circunstancia de que el delito se cometa al margen de la voluntad societaria ya implica per se que el delito en cuestión pertenece a la categoría doctrinal de “delito perpetrado aprovechando la situación antijurídica creada por el delito permanente”, y no de delito que contribuye al mantenimiento de dicha situación antijurídica, creemos que pueden encontrarse supuestos excepcionales a este respecto, que hagan conveniente la estimación del concurso ideal de delitos. Entendemos, por ello, que, ha de evitarse en este punto soluciones apriorísticas, y atenderse en cada caso a las circunstancias concurrentes. Resulta indubitado que, cuando la conducta delictiva perpetrada mientras se encuentra vigente el delito de participación activa en organización o grupo criminal, no tenga efecto alguno para con el mantenimiento de la agrupación delictiva, la relación concursal entre ambas ha de ser la del concurso real de delitos. Un ejemplo a señalar a este respecto pudiera ser el del sujeto, que, siendo integrante de una organización criminal, lleva a cabo, por su cuenta y riesgo, con ánimo de lucro particular, un delito de hurto o robo. El sujeto no piensa incorporar los objetos sustraídos al patrimonio común de la organización o grupo criminal, sino hacerlo al suyo propio. Estaremos en este caso claramente ante una simple e irrelevante coincidencia espacio-temporal entre las acciones ejecutivas de los tipos de participación activa en organización criminal y hurto o robo; las conductas no se relacionan en sentido material o sustantivo entre sí, por lo que, de enjuiciarse ambas en una misma pieza -lo que ya de entrada parece extraño dada su total desconexión -habrán de relacionarse entre sí como infracciones del todo independientes, sumándose las penas de cada una *ex art. 73 CP*. No obstante, como adelantamos, pudiera en alguna caso suceder que la acción llevada a cabo por el sujeto, que no parte oficialmente de una decisión de la cúpula o asamblea de la organización, sino a una decisión personal del sujeto, sí contribuya para con el mantenimiento de la situación antijurídica. Piénsese, por ejemplo en el supuesto visto anteriormente del miembro de una organización o grupo criminal que mata a otro integrante, al descubrir que es confidente de la policía. No obstante, frente al ejemplo anterior, en el que el sujeto llevaba a cabo el delito de homicidio o asesinato, por orden expresa de la cúpula directiva o asamblea de la agrupación criminal, aquí lo hace por decisión propia. Resulta claro que la conducta, tanto, de surgir de la voluntad societaria, como de hacerlo de la voluntad individual del sujeto, no confirmada por la societaria, contribuye de algún modo al sostenimiento de la vigencia de la agrupación delictiva. La cuestión a resolver es, por tanto, la de si la circunstancia de que la misma no responde al sentir societario, sino al individual de uno de los integrantes, impide considerar que hay una unidad de acción entre esta conducta y la de participar activamente en organización o grupo criminal a efectos de la aplicación del art. 77 CP. La cuestión es ciertamente compleja. Desde nuestro punto de vista, habría que considerar también aquí las circunstancias en su caso concurrentes. Así, si, pese a no partir la conducta delictiva de una orden expresa y verbalmente manifestada de la organización o grupo criminal -ya, por la cúpula directiva, ya por la asamblea -, puede entenderse que la misma responde a los criterios o pautas de actuación generales marcados por la agrupación delictiva, podría apreciarse sin problemas el concurso ideal de delitos con el tipo de participación

en organización o grupo criminal. Nótese que las organizaciones criminales, de acuerdo con nuestra interpretación de las mismas como organizaciones mafiosas, cuentan con un sistema normativo propio y diverso del estatal. Si en ese sistema normativo se prevén pautas generales de actuación, como la de eliminar de forma inmediata a todo sujeto que se sospeche fundadamente que pueda ser un delator, la conducta de homicidio o asesinato ejecutada desde esos parámetros, podrá entenderse aceptada por la voluntad social del entramado delictivo.

Si en la agrupación delictiva no se dispone de reglas de actuación de este tipo, la cuestión se complica. Posibles aspectos a considerar a este respecto de cara a la posible consideración del delito en cuestión como delito que contribuye sustancialmente al mantenimiento de la existencia de la organización o grupo criminal, serían, en nuestra opinión, el de si el sujeto en el caso concreto podía o no actuar de otro modo, esto es, en el ejemplo, si podría haber consultado previamente la acción a adoptar con las bases de la organización, y el de la necesidad del acto para con el mantenimiento de la organización o grupo criminal en cuestión²⁰⁵⁵. En atención a dichos criterios, en nuestra opinión, si la conducta resulta proporcionada y abstractamente necesaria para el mantenimiento de la organización o grupo criminal, y el sujeto tenía o creía tener la necesidad de actuar de forma inmediata, antes de consultar a las bases, por la inminencia del peligro para con la subsistencia de la agrupación delictiva, pudiera apreciarse la identidad sustancial entre las conductas ejecutivas, y, con ello, el concurso ideal entre el delito en cuestión ejecutado y el delito de participación en organización o grupo criminal. Si se llega, atendidas las circunstancias, a la conclusión contraria, esto es: a que la conducta no era necesaria para el mantenimiento de la agrupación delictiva, o a que el sujeto tenía tiempo para consultar la decisión con las bases, al no ser el peligro inmediato, la relación entre las conductas ejecutivas se vería como no necesaria, equiparándose estos supuestos con los de mera coincidencia espacio-temporal entre comportamientos, y, aplicándose, por ende, la figura del concurso real de delitos.

²⁰⁵⁵ Un criterio alternativo al que proponemos es el de la inmediación entre la conducta y el fin perseguido con ella, que emplea MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “*El delito de detención*”, *op. cit.*, pág. 283, si bien en un contexto distinto al aquí visto. El autor, en su monografía sobre el delito de detención -delito también permanente, como el de participación en organización o grupo criminal- se plantea el caso en que, estando vigente la situación antijurídica creada por el delito de secuestro, se perpetre un delito con la finalidad de evitar precisamente la finalización de aquella, poniendo el ejemplo de la comisión por el autor del secuestro de un delito de lesiones a un sujeto cuando se dispone a abrir la puerta donde se encuentra retenida la víctima para liberarla. El autor, empleando el criterio de la inmediación propuesto, a este respecto, por STREE, SCHÖNKE y SCHRÖDER en el contexto de la relación concursal entre delitos permanentes y delitos cometidos durante la vigencia de aquéllos, mantiene que, si el delito perpetrado en el marco de la acción ejecutiva del delito permanente impide de forma inmediata la finalización de la situación antijurídica creada por éste último, se entenderá que sirve a su mantenimiento, hablándose a este respecto de concurso ideal de delitos; sin embargo, si falta este elemento de la inmediación, habrá de apreciarse un concurso real o medial de delitos. De acuerdo con ello, en el ejemplo concreto citado del autor del delito de detención que lesiona a un tercero para evitar que libere al detenido concurre, según MUÑOZ SÁNCHEZ, concurso ideal entre las lesiones y el secuestro; sin embargo, en el caso de que el autor de la detención mate a un amigo de la víctima para que no denuncie su desaparición, habrá concurso real por cuanto falta ese punto de conexión inmediato presente en el primer ejemplo. Si bien este criterio es meritorio, consideramos, a este fin, más adecuados los criterios considerados *supra*.

b.2.3. Relación concursal con los delitos cometidos para adquirir la condición de miembro

La última posibilidad contemplada *supra*, que queda por abordar, es la atinente a los delitos que se cometen en el seno de una organización o grupo criminal para que una persona, aun *extraneus*, adquiera la condición de integrante de la agrupación delictiva. Y es que, pudiera darse el caso de que una organización o un grupo criminal determinado reclamara como prueba de valentía, para adquirir tal condición o estatus, la comisión de un delito determinado, por ejemplo, de los comúnmente llamados “de sangre”. En el caso de que el sujeto realice exitosamente dicha conducta delictiva, y, por ende, pase, una vez superada la prueba, a formar parte de la agrupación criminal, cabría plantearse, como hace FARALDO CABANA²⁰⁵⁶, cuál ha de ser en su caso la relación entre el delito cometido y el de participación en organización o grupo criminal. La respuesta a este respecto resulta más sencillo en este caso que en los anteriores, dado que aquí siquiera coincidencia espacio-temporal entre las conductas ejecutivas de uno y otro delito, que es el requisito mínimo para la aplicación del concurso ideal de delitos. El sujeto perpetra el “delito-prueba” como requisito para ser miembro de la organización o grupo criminal, esto es, con anterioridad a llevar a cabo la acción permanente de participar en la organización o grupo criminal, que requiere la condición de miembro. Sin coincidencia entre los sustratos valorativos recortados por los tipos penales en cuestión, queda fuera de aplicación la figura del concurso ideal de delitos²⁰⁵⁷. Nos encontramos ante dos hechos distintos desde el punto de vista de la teoría de la unidad de acción jurídico-penal, por lo que la relación concursal entre los delitos en que ambos se subsumen habrá de reconducirse a las figuras del concurso real o medial. En este punto, creo que la figura más acorde al caso sería ésta última, pues el delito aquí denominado “delito-prueba” se perpetra con la finalidad de adquirir la condición de miembro del entramado criminal, y, con ello, de perpetrar el delito de participación en organización o grupo criminal.

2.4.3. Problemas de la apreciación del concurso ideal en relación a delitos permanentes. El peligro de infringir el pº *non bis in ídem*

²⁰⁵⁶ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 360.

²⁰⁵⁷ FARALDO CABANA, P., “Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español”, *op. cit.*, pág. 360, llega a la misma conclusión, si bien, sirviéndose de otros argumentos: “el criterio de la inherencia del delito a la actividad como miembro de la organización ha de aplicarse restrictivamente, pues si no lo hacemos así puede llegarse a resultados absurdos. Piénsese en una organización delictiva que exija a cada nuevo miembro, como prueba de lealtad, que cometa un asesinato. ¿Hemos de entender que el asesinato es una acción inherente a la integración como miembro, y por tanto considerarlo consumido en el delito de asociación ilícita? No lo creo. Sin embargo, la tenencia ilícita de armas sí puede ser considerada inherente a la condición de miembro en el caso de una organización armada”.

En el hipotético caso de que sólo se haya descubierto la comisión de un delito por parte de un miembro en el marco de la organización o grupo criminal, bien porque realmente haya sido el único delito perpetrado por este sujeto hasta el momento, bien porque se carezca de pruebas sobre la perpetración de otros delitos por parte de él mismo, la calificación jurídica será sencilla: concurso ideal de delitos entre el delito de organización o grupo criminal y el susodicho delito, en tanto delito que sirve al mantenimiento de la situación jurídica creada por el delito permanente.

En el supuesto de descubrirse más de un delito cometido en el marco de la organización por el mismo integrante la cuestión de la calificación se complica. Y es que, en tanto que cada delito concurre con el delito de organización en forma ideal se da el riesgo de valorar más de una vez este último, vulnerándose en consecuencia el mandato de prohibición *non bis in ídem*. Imagínese a estos efectos que en el marco de una organización criminal dedicada al tráfico de drogas se descubre la perpetración por parte de un mismo sujeto de dos delitos que sirven al mantenimiento de la misma: un delito de tráfico de drogas –“delito-fin” de la organización -y un delito de blanqueo de capitales –“delito instrumental” perpetrado para introducir en el tráfico económico las ganancias ilegales obtenidas del anterior delito -. Teniendo en cuenta que los dos delitos concurren idealmente con el delito de participación en organización criminal, la fórmula, en principio, a aplicar de cara a obtener la pena final a imponer al miembro del entramado criminal sería: (d.p. - d1) + (d.p. - d2), donde “d.p.” sería “delito permanente”, en este caso, delito de organización, y “d1” y “d2”, cada uno de los delitos cometidos en el marco de la organización, en este caso, el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales. Como se ve, se estaría castigando al sujeto dos veces por un mismo hecho; concretamente, por el pertenecer activamente a la organización, lo que es contrario al mentado principio *non bis in ídem*²⁰⁵⁸. ¿Cómo resolver entonces esta situación?, ¿cómo cambiar la fórmula de modo que el delito de organización, pese a concurrir idealmente con todos y cada uno de los delitos cometidos en su seno, sea desvalorado sólo una vez? Pues bien, varias son las soluciones propuestas a este respecto.

La primera consistiría en apreciar el concurso ideal respecto al delito de organización y a uno solo de los delitos cometidos en su seno, valorando el resto de forma autónoma, lo que se reflejaría en la siguiente fórmula: (d.p. - d1) + d2²⁰⁵⁹. No obstante, si bien es cierto que con esta fórmula se soluciona el problema de la doble

²⁰⁵⁸ El ejemplo propuesto por ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pág. 122, para poner de manifiesto este problema es el siguiente: “‘A’ es miembro de una asociación ilícita destinada a defraudar comercios mediante la utilización de tarjetas de crédito robadas. La tarea que le corresponde dentro de la actividad de la banda es la utilización efectiva de las tarjetas para la compra de mercaderías, y así, comete dos estafas. Si las dos estafas son consideradas en concurso real, dado que cada una de ellas concurre, a su vez, idealmente con la asociación ilícita, la conducta de ‘A’ de tomar parte en la actividad de la asociación –que desde la perspectiva del art. 210 C.P. –del Código Penal argentino –, es una sola – es tomada en cuenta dos veces”.

²⁰⁵⁹ Propone esta solución LIPPOLD, R., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfsteiner Lehrevon den Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes*, Decker, Heidelberg, 1985, pág. 51.

valoración del delito de organización, la misma no llega a reflejar correctamente la relación concurrente entre los delitos que nos ocupan. Y es que, se olvida de que, también el “d2”, en tanto delito que contribuye al mantenimiento de la situación antijurídica creada por el delito de organización, concurre idealmente con éste. Además, esta fórmula plantea el problema de la elección en cada caso del delito a concurrir idealmente con el delito permanente, y del delito o delitos a ser valorado/s autónomamente conforme al concurso real de delitos. ¿Se utiliza un criterio de gravedad o la elección responde a la mera arbitrariedad del juzgador *a quo*?

La segunda posible solución al problema que comentamos, y que cuenta con más apoyos en la doctrina alemana²⁰⁶⁰, viene de la mano del llamado *Klammerwirkung*, término alemán que se viene traduciendo al español como “efecto abrazadera” o “efecto enganche”. Y es que, para evitar la doble valoración del delito permanente en los casos en que concurra idealmente con varios delitos perpetrados durante su vigencia, esta teoría propone dotar a la acción ejecutiva del delito permanente de una especie de función mágica, tildada de abrazadera, que consistiría en conectar entre sí las acciones ejecutivas de los delitos cometidos en su marco, de forma que conformen junto a ésta un único hecho, apreciándose un concurso ideal entre todos los delitos (d.p. - d1 - d2)²⁰⁶¹. Especialmente ilustrativa del funcionamiento y fundamentación del *Klammerwirkung* es la siguiente explicación de GARCÍA ALBERO²⁰⁶², no obstante, crítico con la misma: “puesto que existe concurso ideal entre P y D1, por un lado, y asimismo entre P y D2, por otro, la conclusión ha de resultar el concurso ideal entre D1 y D2”. Son, sin embargo, como señala este autor, varias las objeciones a realizar también a esta tesis. En primer lugar, la ficción que emplea carece de un fundamento sólido pues realmente no existe solapamiento alguno entre las acciones ejecutivas de los delitos cometidos durante la vigencia del delito permanente²⁰⁶³. En segundo lugar, y como argumento de mayor peso en aras a la inaplicación de esta teoría, se encuentra la circunstancia de que los resultados penológicos a que la misma da lugar son manifiestamente injustos pues, en atención al art. 77.2 CP, resultaría que, en el ejemplo antes expuesto uno de los dos delitos cometidos por el integrante, el tráfico de drogas o el blanqueo de capitales, no se

²⁰⁶⁰ Así, JESCHECK, H.H., “Die Konkurrenz”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 69, 1955, pág. 539, y GEPPERT, K., “Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)”, en *Juristische Ausbildung*, n° 4, Berlín/Nueva York, 1982, pág. 370.

²⁰⁶¹ Véase, ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 121 y ss. (“...se denomina concurso ideal por efecto enlace al caso en que dos tipos que entre sí se darían de forma independiente, resultan en concurso ideal por identidad parcial con un tercer tipo que los conecta”), ROIG TORRES, M., “*El concurso ideal de delitos*”, *op. cit.*, pp. 47 y ss., y CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

²⁰⁶² GARCÍA ALBERO, R. M., ““*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales”, *op. cit.*, pág. 311.

²⁰⁶³ Así, GARCÍA ALBERO, R. M., ““*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales”, *op. cit.*, pág. 311: “La teoría del <<efecto abrazadera>> desconoce, de este modo, que una relación transitiva sólo resulta viable cuando se pregonan la absoluta identidad de los distintos elementos –hechos en este caso– (P=D1; P=D2, ergo D1=D2). Cuando, por el contrario, basta con la mera relación de <<identidad parcial>>, tal y como admite la doctrina mayoritaria, tal transitividad resulta lógicamente incorrecta”.

valoraría, privilegiándose excesivamente al delincuente. Y ello, sin hablar del supuesto en que sean numerosos los delitos perpetrados por el integrante de la organización, caso en el que por el “efecto enlace” del delito de organización el delincuente sería castigado sólo por uno de ellos, pudiendo a tal efecto funcionar el *Klammerwirkung* como verdadero incentivo para delinquir dentro de la organización habida cuenta de que a efectos prácticos todo delito cometido a partir del primero no tiene efectos penales. Quizás, consciente de este último inconveniente, un sector de la doctrina y jurisprudencia alemanas ha tratado de limitar en ciertos casos el alcance del “efecto enlace” del delito permanente, requiriendo para su aplicación que los delitos enlazados sean de igual o menor gravedad que el delito central que sirve de enlace. De esta forma, se ha propuesto que cuando el delito cometido durante la vigencia del delito permanente tenga aparejada una pena mayor que éste, el mismo no sea objeto de enlace, valorándose independientemente conforme al concurso real de delitos²⁰⁶⁴. Este intento por dotar de justicia material el “Klammerwirkung” no solventa, sin embargo, los supuestos en que los delitos perpetrados sean de menor gravedad que el “delito enlazante”, en los que los resultados penológicos seguirían siendo inconsecuentes por las razones ya expuestas, por lo que, en mi opinión, urge el abandono de esta alternativa.

La tercera y última solución para evitar la doble valoración del delito de organización que la figura del concurso ideal parcial implica, la propone JAKOBS. Este autor sugiere compatibilizar el tratamiento como concurso ideal del delito permanente y los delitos perpetrados que sirven al mantenimiento de la situación antijurídica creada por aquél con el concurso real existente entre éstos últimos. Para ello defiende que habría, en primer lugar, que calcular la pena correspondiente al concurso real entre los delitos acaecidos durante la vigencia del delito permanente, cuyas acciones ejecutivas no están “solapadas” entre sí, sumando las penas correspondientes a cada uno de ellos. Una vez obtenida una pena resultante en virtud del principio de acumulación, ésta concurriría como si de un delito único se tratara con el delito de organización de forma ideal²⁰⁶⁵. La fórmula representativa de esta tesis podría, en consecuencia, representarse de la siguiente forma: $(d1+d2) - d.p.$

Personalmente, consideramos, como ZIFFER²⁰⁶⁶, y CARUSO FONTÁN²⁰⁶⁷, que la solución propuesta por JAKOBS es la más acorde y respetuosa con la naturaleza

²⁰⁶⁴ Véase, ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 121 y 122.

²⁰⁶⁵ JAKOBS, G., “*Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*”, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 1107: “Si para mantener una sola detención ilegal un autor comete varias veces lesiones simples, únicamente conectadas por la detención ilegal, primero hay que establecer la pena para las lesiones en concurso real conforme a las reglas de los §§53 s. StGB; esta pena hay que agravarla, dentro del marco más riguroso mencionado, por la detención ilegal que concurre una vez, al igual que siempre se lleva a cabo la determinación de la pena en el concurso ideal”.

²⁰⁶⁶ ZIFFER, P., “*El delito de asociación ilícita*”, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

²⁰⁶⁷ CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *op. cit.*, pp. 27 y 28. También de esta opinión en España, ESCUCHURI AISA, E., “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos

de la relación concurrente entre los distintos delitos en el marco del concurso ideal con delitos permanentes, por lo que es, a nuestro juicio, la que debe aplicarse en el ámbito de la criminalidad organizada.

2.5. Relaciones concursales entre los delitos de colaboración con organización criminal o financiación a grupo criminal y los delitos-fin o instrumentales cometidos por el *extraneus*

En lo que respecta a la relación concursal entre los delitos de organización y grupo criminal y los tipos penales cometidos en su seno, insta dedicar un apartado independiente a los concursos existentes en relación a las conductas típicas de colaboración con organización criminal y financiación de grupo criminal. La circunstancia de que estas conductas tengan como sujeto activo a un *extraneus*, esto es, a un sujeto extraño a la organización o grupo criminal, y, de que no tengan que tener carácter permanente, tienen importantes repercusiones en la materia concursal que vemos. Aunque a día de hoy no ha habido aplicación en sede jurisprudencial de estos tipos de colaboración, sí se encuentran numerosas sentencias condenatorias por los tipos penales análogos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas, en las que se sostiene que, cuando el acto de colaboración consista en la participación en un “delito-fin” o “delito instrumental” de la organización o grupo terrorista, no se apreciará un concurso de delitos entre el delito de colaboración y el delito en cuestión perpetrado, sino un concurso de leyes, considerándose norma preferente la relativa al delito-fin o delito instrumental ejecutado, y, norma residual, y, por tanto, no aplicable, la del tipo de colaboración con organización o grupo terrorista²⁰⁶⁸. Conciben así los tribunales al delito ejecutado en el marco de la agrupación delictiva como una especie de delito de resultado, que absorbería al delito de mera colaboración con organización o grupo terrorista, en cuanto delito de mera actividad.

Este distinto tratamiento jurídico de los tipos de participación activa y de colaboración con organización y grupo criminal, en lo que hace a la cuestión concursal con los delitos cometidos en el marco de la agrupación delictiva, encuentra su fundamento, en nuestra opinión, y como adelantamos, en las características de una y otra conducta. La participación activa es una conducta permanente en el tiempo, realizada por un miembro de la agrupación delictiva, lo que implica que la misma no se

criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código penal español en relación con la delincuencia organizada”, *op. cit.*, pág. 418.

²⁰⁶⁸ STS 458/2003, de 31 de marzo, FJ Tercero: “...en estos casos, cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP [...] Aquí la cooperación necesaria en el delito de resultado (atentado con resultado de lesiones) absorbe a la autoría del delito de colaboración con banda armada, delito de mera actividad. El peligro abstracto que constituye la razón de ser de tal delito del art. 174 bis a) se concreta, en una progresión criminal, en la lesión que se produce en el mencionado atentado. La Ley Penal tipifica, en un adelanto a las barreras para la prevención del delito, como infracción específicamente tipificada, lo que, luego, al quedar consumado el delito de lesión, queda reducido a un mero acto preparatorio respecto de este último”.

reduce a la comisión de un delito-fin o de un delito instrumental, sino a la realización de multitud de tareas en esa agrupación, entre las que se encuentra fundamentalmente la de participar en multitud de conductas delictivas, objeto de la organización o grupo criminal. El integrante de la agrupación, ya sea como dirigente o como mero integrante, contribuye así, con su conducta permanente desde el interior de la agrupación, al “injusto de organización”. La suma de las aportaciones de los miembros explican que la agrupación que conforman suponga por su existencia una lesión a la seguridad colectiva y, en el caso de la organización criminal, además una amenaza a la calidad democrática de los países.

El *extraneus*, sujeto activo de las conductas de colaboración, no se encuentra, sin embargo, vinculado permanentemente a la organización o grupo criminal; es un extraño a la misma, que, desde el exterior, realiza una aportación puntual, o, en algún caso de manera asidua, a la agrupación delictiva. Si su aportación es puntual y consiste en la participación en un delito-fin o en un delito instrumental perpetrado en el marco de la organización o grupo criminal, podría sostenerse que su injusto ya se encuentra suficientemente abarcado por la norma atinente a dicho delito-fin o delito instrumental. Castigar simultáneamente al sujeto como reo de este delito y del de colaboración resultaría excesivo, toda vez que la colaboración no ha trascendido de la participación en aquel delito. El acto de colaboración no ostenta un injusto adicional al propio del delito-fin o delito instrumental por su carácter puntual²⁰⁶⁹. Si el acto de colaboración no resulta subsumible en ningún tipo penal con independencia del de colaboración genérica con organización y grupo criminal, entonces sí se castigaría al sujeto por el tipo de cooperación, como tipo residual, en tanto su conducta ha contribuido de alguna manera a potenciar la peligrosidad intrínseca a la agrupación delictiva en cuanto colectivo dedicado a cometer delitos.

La duda podría plantearse en relación a aquellos casos en que la colaboración del *extraneus* no sea puntual, sino permanente. Póngase el caso, por ejemplo, de un sicario contratado por una organización criminal. La conducta de colaboración aquí no se reduce a la comisión puntual de un delito, sino de varios. Si está exento de duda el hecho de que el sujeto habrá de responder por los delitos de asesinato que ejecute para la organización a cambio del precio estipulado, el interrogante puede plantearse, sin embargo, en relación a la eventual responsabilidad penal por el delito de colaboración con organización criminal. Insta, así, dar respuesta a estas preguntas: ¿Se encuentra el injusto de la conducta perpetrada por el sicario abarcado en su totalidad por los tipos penales de asesinato aplicables?, ¿la vinculación continua - no como miembro, pero sí como trabajador asalariado- a la organización ostenta un desvalor complementario al de los tipos penales de asesinato cometidos, no abarcado en éstos, que haría necesario aplicar además el delito de colaboración con organización criminal? El tema es

²⁰⁶⁹ No parece ser ésta la opinión generalizada en Alemania, donde la doctrina es proclive a apreciar el concurso de delitos (en su modalidad ideal) cuando el acto de colaboración consista en la participación en algún delito. Así, por ejemplo, ARZT, G., “§§ 129, 129 a; Kriminelle Organisationen”, *op. cit.*, pág. 930.

ciertamente complejo, pues, en principio habría argumentos coherentes a favor y en contra de la aplicación del tipo de colaboración. No obstante ello, somos más proclives a la opción de no aplicarlo, castigando en estos casos exclusivamente por los delitos en que se subsuman las conductas realizadas -en el ejemplo, el de asesinato -, dejando al margen el tipo de colaboración. Considerando que el sujeto, a pesar de esa vinculación más permanente con el entramado criminal, sigue siendo un extraño a la organización o grupo criminal, que no participa de su dinámica de grupo, y que colabora con la misma sólo a cambio de precio para cometer determinados delitos, entendemos suficiente el castigo por -siguiendo el ejemplo propuesto -los delitos de asesinato concretamente ejecutados. La contribución que hace al injusto sistémico de organización no serían de tal trascendencia como para requerir, aparte del castigo por los delitos cometidos, la punición por colaborar con organización criminal. No obstante, si algunos de los actos concretos de colaboración prestados durante el periodo de vinculación a la agrupación delictiva como “extraneus” han consistido en participar en “delitos-fin” o “delitos instrumentales”, y otros en realizar actos genéricos de colaboración, no subsumibles en otro tipo penal con independencia del de los arts. 570 bis o 570 ter CP, sí pudiera apreciarse un concurso de delitos entre unos y otros tipos penales. Aun así, cabría la posibilidad en el caso de que el acto genérico de colaboración no haya sido especialmente relevante para con el fortalecimiento de la agrupación delictiva, considerarse suficiente, en atención al principio de intervención mínima, con el solo castigo por los tipos penales correspondientes al resto de conductas delictivas realizadas.

CONCLUSIONES

1. Frente a la conspiración para delinquir, cuya única razón de ser es la preparación de la ejecución de uno o varios delitos concretos, la organización y el grupo criminal son ambas agrupaciones de más de dos personas dedicadas, con vocación de estabilidad y bajo un reparto coordinado de tareas, a la comisión de una pluralidad de delitos, no necesariamente concretados en todos sus pormenores. Estos delitos se componen principalmente por los denominados “delitos-fin”, esto es: los delitos cuya comisión constituye el objeto social de la agrupación en cuestión, y, eventualmente, por “delitos instrumentales” que puedan cometerse durante la vigencia de la organización o el grupo criminal como instrumento para el mantenimiento o fortalecimiento de la estructura criminal. Tal diferenciación tiene importantes efectos prácticos, pues, mientras la conspiración es absorbida por la posterior ejecución del delito objeto de la conspiración, la organización criminal y el grupo criminal subsisten a la comisión de los delitos-fin en tanto siguen existiendo para la comisión de otros delitos.

2. La sola existencia de una organización o grupo criminal dotada de una estructura y unos medios idóneos para la consecución exitosa de su programa criminal conforma un injusto penal distinto del injusto inherente a los delitos cometidos en el seno de la agrupación delictiva. Este injusto puede definirse como el peligro de la comisión de un número indeterminado de delitos, inherente a la existencia de dichos entramados colectivos. El “injusto de organización” es, por tanto, un injusto autónomo y distinto al injusto de los delitos-fin y delitos instrumentales que se ejecuten en el seno de la agrupación delictiva, por lo que, de llevar a cabo un mismo sujeto las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal, y de los delitos-fin o instrumentales, habrá de apreciarse un concurso de delitos, y no de normas.

3. El peligro de la comisión de una pluralidad de delitos inherente a la existencia de la organización o grupo criminal se traduce, desde el punto de vista del principio de ofensividad, en la lesión a la seguridad colectiva. Por “seguridad colectiva” ha de entenderse a la seguridad de los bienes jurídicos potencialmente afectados por los delitos objeto de la organización o el grupo criminal; esto es, se trata de un bien jurídico colectivo instrumental o mediatizado, creado exclusivamente para dotar de una segunda coraza defensiva a determinados bienes jurídicos. En puridad, se produce, por tanto, una doble tutela penal de estos bienes jurídicos, si bien, frente a dos tipos de ataque distintos: los delitos de organización o grupo criminal, como delitos de seguridad colectiva, dan una protección a estos bienes frente a una situación de peligro general o abierto; y, los delitos cometidos en el seno de la agrupación, los protegerían de manera inmediata frente a su puesta en peligro o lesión. Un dato objetivo revelador que confirmaría el acierto de esta explicación que proponemos del injusto de organización viene dado por la circunstancia de que el legislador establezca las penas de estos tipos

en función de la gravedad del delito objeto de la organización o grupo criminal. Ello pone de manifiesto la naturaleza instrumental de los tipos que nos ocupan para proteger a los bienes jurídicos que puedan resultar amenazados por el programa criminal de estas agrupaciones.

4. Esta especie de doble tutela penal de los bienes jurídicos afectados por los delitos-fin de la organización o grupo criminal, articulada mediante los tipos de organización y grupo criminal, y los delitos-fin, si bien responde a ataques cualitativamente diversos, ha de restringirse, en nuestra opinión, a la protección de los bienes jurídicos más importantes, en atención al principio de intervención mínima del Derecho penal. La mejor forma de realizar dicha limitación es mediante la restricción de los delitos objeto de la organización y grupo criminal en atención a su gravedad. A este respecto, proponemos, en *pro* de una armonización legislativa en esta materia entre los Estados, seguir el modelo marcado por la Convención de Palermo de 2000, y la Decisión Marco del Consejo de la UE de 2008, en sus definiciones respectivas de “grupo delictivo organizado” y “organización delictiva”, que restringen los delitos objeto de comisión a aquellos que prevean una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años.

5. Si la lesión a la seguridad colectiva constituye el injusto del delito de grupo criminal, en el caso de la organización criminal, su mayor penalidad, y más contundente estructura llevan a buscar un contenido de injusto adicional al citado. Éste estaría constituido, en nuestra opinión, por la amenaza al correcto funcionamiento de los mercados y de las instituciones estatales, y, en fin, a la calidad de la democracia. Interpretamos, en consecuencia, restrictivamente el concepto de organización criminal del art. 570 bis.1 CP como agrupación delictiva de tipo mafioso, que se sirve, tanto *ad intra*, como *ad extra*, del uso sistemático de la intimidación, la corrupción, y, como recurso subsidiario, de la violencia, para infiltrarse ilícitamente en los mercados, órganos e instituciones estatales, y, obtener con ello beneficios económicos y/o poder. El delito de organización criminal se configura así como tipo pluriofensivo, que afecta tanto a la seguridad colectiva, por consistir en una agrupación idóneamente estructurada para delinquir con vocación de estabilidad, como al correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas.

6. El injusto de los delitos de organización y grupo criminal no es resultado de la realización por separado de las conductas típicas de los arts. 570 bis y 570 ter CP, pues, por sí solos dichos comportamientos son ineficaces para lesionar la seguridad colectiva y, además, en el caso de la organización criminal, amenazar a la calidad democrática de los países. Nos encontramos ante un fenómeno delictivo grupal cuyo castigo eficaz requiere de la superación del tradicional principio de culpabilidad, y, concretamente, de personalidad de las penas, pues es necesario ver a las agrupaciones criminales en su conjunto, yendo más allá del análisis de las solas conductas individuales de sus miembros o colaboradores. El injusto es, pues, un injusto colectivo, formado por la suma de las distintas aportaciones realizadas por los sujetos a la agrupación, si bien atribuido individualmente a los sujetos partícipes en la agrupación.

7. Aun prescindiéndose en la configuración del injusto del principio dogmático de culpabilidad, a la hora de establecerse las penas a imponer a los concretos partícipes de ese sistema de injusto sí se actúa en atención a dicho principio en la figura de la organización criminal. El art. 570 bis.1 CP pondera las penas en atención a la mayor o menor relevancia de la contribución individual efectivamente realizada para la agrupación y su injusto sistémico. En relación al grupo criminal, habida cuenta de la no reclamación por el art. 570 ter.1 CP de un reparto de funciones en su seno, el legislador ha prescindido de dicha ponderación. Consideramos, no obstante, que, en atención a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, y a la circunstancia de que en la mayoría de ocasiones concurrirá dicho reparto en el mismo, debiera haberse llevado a cabo dicha ponderación también en la figura del grupo criminal.

8. La organización criminal se define en el art. 570 bis CP como un agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido para delinquir, bajo un reparto de tareas. El número mínimo de tres personas nos parece insuficiente teniendo en cuenta el injusto adicional a la lesión a la seguridad colectiva que ostenta esta agrupación. Una agrupación que hace peligrar la propia calidad de la democracia de los países, al hacer uso sistemáticamente de medios intimidatorios y de corruptelas para infiltrarse en la sociedad civil, en sus mercados e instituciones, ha de contar con un número considerable de integrantes, desde luego mayor que tres. Por ello, proponemos cambiar la fórmula “más de dos personas” por la de “un número elevado de personas”, y, con ello, la supresión del subtipo agravado del art. 570 bis.2.a CP, que actualmente agrava la pena del tipo básico del art. 570 bis.1 CP precisamente por la concurrencia de un elevado número de miembros en la organización.

9. La estructura de la organización criminal ha de ser de una notable complejidad, estando presente en la misma un reparto bien definido de tareas entre sus miembros, un código normativo interno de obligado cumplimiento para sus miembros. Su funcionamiento ha de caracterizarse por el empleo sistemático de la intimidación, la corrupción, y, como recurso subsidiario, caso de no ser efectivos los anteriores, la violencia. También el blanqueo de capitales será un elemento común al funcionamiento de estas agrupaciones, que son creadas con vocación de existir indefinidamente, sacando provecho de las instituciones estatales.

10. A pesar de no exigir la letra del art. 570 ter.1 CP ni la vocación de permanencia en el tiempo ni el reparto de tareas, el grupo criminal ha de reunir ambos elementos, si se quiere fundamentar su injusto y habilitar la distinción de la figura de la mera conspiración para delinquir de más de dos personas, y de la codelincuencia. El injusto autónomo de lesión a la seguridad colectiva, y consecuente peligro abstracto para los bienes jurídicos amenazados por los delitos-fin, que ostenta el tipo de grupo criminal sólo puede explicarse en relación a una agrupación idóneamente estructurada -lo que presupone un reparto de tareas - con vocación de estabilidad para cometer delitos.

11. Dado que en el caso del grupo criminal el injusto sólo se conforma con la lesión a la seguridad colectiva, no suponiendo un peligro para las bases democráticas de los países, son, a nuestro juicio, suficientes los tres sujetos que la ley prevé como número mínimo para la aplicación del art. 570 ter CP. De cara al cómputo de dicho número mínimo, han de considerarse únicamente a los miembros, excluyéndose a los colaboradores externos. Será irrelevante, de cara al cómputo de los tres sujetos, si alguno o algunos de los miembros son inimputables pues la imputabilidad es un aspecto que ha de examinarse en sede de culpabilidad, y no de tipicidad. Cosa distinta ocurre con los supuestos de error de tipo sobre elementos esenciales del tipo objetivo, como el carácter delictivo del fin del grupo criminal, en cuyo caso sí habrían de excluirse del cómputo del número mínimo a los sujetos víctimas de error pues, además de realizar una conducta atípica, por su error no pueden contribuir sustancialmente al injusto típico. A nivel procesal, entendemos suficiente para la aplicación del tipo a uno de los sujetos que se tenga conocimiento por el material probatorio de la existencia de al menos tres integrantes de la agrupación, siendo irrelevante que no pueda iniciarse la causa respecto de alguno de ellos por encontrarse en paradero desconocido.

12. Dado el menor número de integrantes requerido en el grupo criminal respecto a la organización criminal, según nuestra interpretación de *lege ferenda*, y su menor complejidad estructural, la relación entre los integrantes del grupo criminal será generalmente más estrecha que la existente entre los miembros de la organización criminal. Así, en ocasiones podrán concurrir relaciones de amistad o incluso familiares en su seno, sin negarse, no obstante, la eventualidad de que en algún caso los miembros de un grupo criminal no se conozcan personalmente.

13. La intención de cometer una pluralidad de delitos es, junto a la estructura diseñada para ello, el elemento clave que explica el injusto de lesión a la seguridad colectiva común a las figuras de organización y grupo criminal. Y es que, de ser otra distinta la finalidad de la agrupación, sus integrantes no estarían sino ejerciendo el derecho legítimo de asociación que les reconoce el art. 22 CE.

14. El objeto delictivo de la organización o del grupo criminal ha de ser el motor que impulse y explique su estructura, pues el injusto se conforma precisamente por la existencia de una estructura diseñada de manera idónea y racional para cometer delitos. Esta finalidad no puede ser, así, un elemento accesorio a la organización, sino influir decisivamente en su estructura y actividad.

15. El objeto social de las agrupaciones a que hacen referencia los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP ha de abarcar tanto a los fines de las mismas como a los medios inherentes a dicho fin. Así, si la agrupación persigue una finalidad lícita, pero su consecución presupone la comisión de delitos, estando por tanto la voluntad de delinquir presente en la agrupación, e inherente a su estructura, ha de entenderse que la misma ostenta un objeto delictivo *ex* arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP. Por el contrario, si la comisión de delitos no es necesaria para la consecución del fin lícito, y se delinque de forma casual

en la agrupación, no estando su estructura diseñada a tal fin, no podrá hablarse de injusto autónomo de lesión de la seguridad colectiva, debiendo tan sólo castigarse las concretas infracciones en su caso ejecutadas.

16. En relación con lo anterior, es posible la coexistencia de fines delictivos y no delictivos en una organización o grupo criminal siempre que los primeros sean los que expliquen la estructura de la agrupación, o, dicho de otro modo, la estructura ha de responder al propósito de cometer delitos, siendo apta para ello, sin perjuicio de que en su seno se puedan realizar otras actividades no delictivas.

17. Ningún impedimento hay en relación a la posibilidad de que la agrupación que originariamente sea creada con fines lícitos pueda posteriormente, por incorporar a su objeto fines delictivos de manera sustancial, calificarse como grupo criminal. La letra de los arts. 570 ter.1 CP no reclaman que la agrupación tenga que nacer originariamente con fines delictivos. El injusto de lesión a la seguridad colectivo es el mismo tanto en relación a la agrupación creada originariamente para delinquir como en relación a la que deviene ilícita posteriormente, pues, una vez que existe una agrupación cuya estructurada se orienta racionalmente a la comisión de delitos se produce el injusto típico.

Lo mismo es aplicable a la organización criminal, de manera que un grupo criminal que incorpore en un momento dado métodos mafiosos a su actuación de manera sustancial, buscando beneficios económicos y/o poder mediante la infiltración en los mercados e instituciones estatales, podría mutar a organización criminal.

18. De cara a valorar la pluralidad de delitos como el objeto social de la agrupación, ha de partirse de la voluntad de llevar a cabo una “reiteración material delictiva”, dejando de lado la eventual calificación jurídica que pueda darse a las conductas una vez ejecutadas. Así, no es impedimento para apreciar el fin de cometer delitos el que éstos puedan calificarse jurídicamente como una sola acción típica o como un delito continuado, porque lo que importa es la voluntad de reiteración material de conductas delictivas.

19. El legislador prevé tres circunstancias referidas a la organización criminal y al grupo criminal cuya concurrencia las hace devenir agrupaciones aún más peligrosas para los bienes jurídicos, aumentando el injusto sistémico, y que son el estar integrados por un número elevado de personas, y la disposición de armas o instrumentos peligrosos o medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. El aumento en el injusto sistémico redundaría en un aumento de las penas de los sujetos activos de las conductas típicas, en tanto que contribuyen a ese injusto agravado. No obstante, de estas tres circunstancias abogamos por suprimir la primera y la segunda en relación a la organización criminal, por cuanto entendemos que las mismas han de ser ya características inherentes al concepto de organización criminal entendido como agrupación mafiosa.

20. Para la aplicación de la circunstancia agravante de disposición de armas o instrumentos peligrosos en relación al tipo de grupo criminal, es menester la prueba de que las mismas se destinan de forma sustancial a la consecución del objeto delictivo de la organización o grupo criminal, siendo parte esencial de su *modus operandi*. Quedarían, por tanto, “extramuros” del subtipo agravado los supuestos en que sólo sean integrantes individuales los que dispongan de las armas o instrumentos peligrosos, o en que éstas se empleen sólo de manera muy ocasional por el grupo criminal, de manera que las mismas no formen parte de la dinámica comisiva de la agrupación delictiva.

Por “armas” habrá de entenderse las armas en un sentido material, esto es, tanto las armas de fuego como las armas blancas, y explosivos, y, por “instrumentos peligrosos”, aquellos objetos que por sus características específicas aumenten la capacidad agresiva del autor, creando el peligro de la producción de lesiones no irrelevantes para la víctima.

21. Para que la disposición de medios avanzados de comunicación o transporte suponga una mayor peligrosidad de la organización o del grupo criminal en relación a la organización o grupo criminal del tipo básico, es necesario que los mismos estén integrados de forma sustancial en la dinámica de funcionamiento de la agrupación, y, que vayan más allá de los medios necesarios para la comisión de los delitos que persigue la agrupación en cuestión. Adicionalmente, dado el carácter tecnológico de nuestra sociedad, y de acuerdo con el término legal “avanzado”, ha de requerirse que no se trate de medios tecnológicos ordinarios o usuales al momento de comisión de los hechos, debiendo de ser medios extraordinarios, no disponibles por cualquier persona, ya sea esto por su carácter especialmente innovador, ya por su elevado precio, o difícil adquisición.

22. Los delitos de organización y grupo criminal al contemplar ambos una multiplicidad de conductas de forma alternativa responden a la estructura de los tipos penales compuestos mixtos, en los que la comisión de uno solo de los comportamientos es suficiente para la aplicación del delito. Así, si en relación a una misma agrupación criminal y a un mismo periodo de tiempo, la conducta del sujeto es subsumible en varias de las conductas típicas del art. 570 bis.1 o 570 ter.1, habrá de castigársele solo por una de ellas, pues lo contrario supondría vulnerar el principio *non bis in ídem*. Esto ocurrirá en todos los casos en que el sujeto integrante de la agrupación ejecute una conducta “de primer nivel”, pues “organizar”, “coordinar” o “dirigir” suponen “participar activamente” en la organización criminal como miembro. Estaremos en estos casos ante un concurso aparente de leyes a resolver por el criterio de especialidad a favor de la aplicación exclusiva de las “conductas de primer nivel” en cuanto más específicas frente a “participar activamente”.

23. Supuesto distinto al anterior será aquél en el que un mismo sujeto lleve a cabo durante distintos intervalos temporales aportaciones de distinto nivel a la organización criminal. Póngase el caso, por ejemplo, en que un sujeto que se integra inicialmente en la organización criminal como miembro activo común, realizando la conducta de

“participar activamente”, en un momento posterior, pasa a dirigir la organización. Tampoco en este caso podemos castigar cumulativamente al sujeto por las dos conductas pues infringiríamos el principio *non bis in ídem*, si se tiene en cuenta que los comportamientos típicos, con la excepción de la conducta de cooperar o financiar, son necesariamente de carácter permanente, de modo que una sola de las conductas cubre todo el aporte realizado por el sujeto durante el tiempo de su vinculación con la organización. Como regla general habrían de solucionarse tales casos de mano del criterio de alternatividad, castigando exclusivamente al sujeto por la conducta permanente más grave de las realizadas durante el periodo de vinculación con la organización criminal. No obstante, no habrán de tomarse en consideración las conductas que no sean realmente representativas del hacer del sujeto durante su periodo de vinculación con la agrupación delictiva, de modo que, si la conducta de dirigir se ha ejecutado durante un periodo de tiempo insignificante, y sin gran relevancia para con el mantenimiento de la organización, ha de desconsiderarse, castigándose por la conducta realmente representativa de su “quehacer” en la agrupación.

24. “Constituir” una organización o un grupo criminal supone establecer o erigir una agrupación con una estructura idónea para delinquir con vocación de estabilidad, que se subsuma en los conceptos legales de organización y grupo criminal. Comprende, por tanto, tanto la creación desde cero de la agrupación, como la mutación de los objetivos lícitos de una agrupación legal ya existente en delictivos, y en mafiosos, en el caso de la organización. La conducta tiene lugar, por tanto, en un momento anterior a la existencia de la organización o grupo criminal como tal, si bien la misma no se consuma hasta que la agrupación no exista como tal con su injusto sistémico, y el sujeto creador siga vinculado a la misma como miembro. Las altas penas aparejadas a esta conducta hacen necesario esta interpretación. Los sujetos que contribuyan sustancialmente a la creación de la organización o el grupo criminal, pero, una vez la agrupación se haya creado como tal, no se vinculen permanentemente con la misma como miembros, habrán de ser calificados como cooperadores, en el caso de la organización criminal, o habrán de quedar en la impunidad, en el caso del grupo criminal, que restringe el castigo de la colaboración externa a la conducta de financiar.

25. La conducta de “promover”, que sólo se castiga en relación a la organización criminal, supone impulsar el desarrollo de esta agrupación. Habida cuenta de que las conductas de promover la creación de una organización criminal ya se encuentran incluidas en “constituir” o “cooperar”, dependiendo de si el sujeto activo es un miembro de la organización o un “extraneus”, “promover” habrá de restringirse a los actos que impulsan el desarrollo de la organización criminal ya existente, en el sentido de favorecer su fortalecimiento, o al menos su continuidad. Así, se subsumirían en la conducta comportamientos como reclutar nuevos miembros para la organización criminal, incorporar importantes medios materiales a la misma, modificar las estrategias u objetivos criminales en pro de una mayor eficacia de la agrupación, o, adoctrinar, formar o estimular a los miembros de cara a una consecución más exitosa del programa criminal.

Las altas penas aparejadas a la conducta de “promover”, en tanto conducta de primer nivel, asemejada a “dirigir” la organización criminal, hacen necesario exigir también aquí cierta relevancia a la conducta en el sentido de reclamarle un peso importante en el desarrollo y reforzamiento de la organización criminal, así como también la vinculación permanente del “promotor” a la organización como miembro. De esta manera, conductas puntuales de promoción realizadas por miembros que no supongan una contribución importante a estos efectos quedarán extramuros del verbo típico, siendo calificables como de participación activa. Lo mismo sucederá con las conductas, aun relevantes, de promoción que se realicen por *extranei*, que serán calificables como “cooperar de cualquier modo” con la organización criminal.

26. “Dirigir” una organización criminal entraña el ejercicio efectivo de funciones de mando de manera autónoma, ya sea de manera originaria, por ser el sujeto el máximo dirigente de la organización, ya de manera delegada, restringiéndose en este caso el ejercicio a un periodo temporal o a un área espacial determinada de actuación de la organización criminal. Se incluyen por tanto entre los sujetos activos de la conducta a los dirigentes de posibles células, comandos o clanes de la organización criminal.

No obstante, para ser considerado sujeto activo de la conducta de “dirigir” es de exigir, habida cuenta de las altas penas aparejadas a la misma, que el ejercicio efectivo de dicho poder de mando sea relevante y sustancial, debiendo quedar al margen conductas de ejercicio delegado del poder de mando durante un periodo de tiempo muy reducido, que no refleje la participación global del sujeto integrante en la organización.

27. “Organizar” significa “establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”, por lo que se subsumirían en la conducta tareas como la distribución de cometidos entre los miembros de la organización, la preparación de operaciones delictivas en el marco de la agrupación o hacer de enlace o conexión entre los distintos comandos o grupos que puedan integrar la organización criminal. En muchos casos, estas conductas se realizarán por la persona que ejerce el poder de mando en la organización criminal, en cuyo caso, se apreciará un concurso de leyes. Si bien la calificación concreta elegida resulta irrelevante habida cuenta del mismo marco penal asignado a “dirigir” y “organizar”, consideramos preferente la calificación por la conducta más grave en abstracto en aplicación del principio de alternatividad, que es la de “dirigir”. Como sucediera también con el resto de conductas de primer nivel, de elevado marco penal, ha de exigirse en atención al principio de proporcionalidad una relevancia así como continuidad de la conducta de organización llevada a cabo por el sujeto integrante de la organización, de modo que la participación puntual y aislada en la coordinación de los integrantes para la realización de un delito-fin concreto, habrá de ser considerada como mero acto de participación activa, por no ser esa conducta de coordinación reflejo de su contribución final conjunta a la organización criminal.

28. La conducta de “coordinar”, prevista exclusivamente en relación al tipo de organización criminal, estando incluso ausente de las conductas típicas de organización

y grupo terrorista, ha de considerarse superflua. Y es que, su significado, consistente en “concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común”, ya se encuentra comprendido en el verbo “organizar”.

29. “Participar activamente” supone tomar parte, en calidad de miembro, en las actividades cotidianas de la organización criminal como agrupación con un sistema normativo propio estructurada para cometer delitos. Los actos realizados pueden consistir tanto en participar en delitos concretos cometidos en el marco de la agrupación (ya sean delitos-fin, ya delitos instrumentales), como en la realización de tareas genéricas para con la organización que contribuyan a su mantenimiento como agrupación dedicada a delinquir, no subsumibles en las “conductas de primer nivel”.

30. Todas las conductas típicas hasta ahora vistas son realizadas por sujetos que integran la organización, o en su caso, el grupo criminal. Esta condición de miembro requiere del mantenimiento de vínculos permanentes con la agrupación delictiva, asumiendo en la misma un rol o tarea específicos, estando sometido a la voluntad social de la institución y conociendo y compartiendo su objetivo criminal, y, también, “mafioso”, en el caso de la organización. No obstante, habida cuenta del carácter esencialmente clandestino de estas agrupaciones, por su actuación al margen de la ley, en la mayoría de los casos, a falta de una confesión por el autor de los hechos, los tribunales habrán de atender a circunstancias concurrentes de las que poder inferir claramente, para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, la condición de integrante de la agrupación delictiva del sujeto en cuestión. A este respecto, se erigen como factores indiciarios de los que conjuntamente inferir tal condición la intervención, ya sea en fase de preparación, ya en fase de ejecución, en actividades delictivas ejecutadas en el marco de la organización, la posesión de instrumentos o efectos correspondientes a los delitos que se vienen ejecutando por la agrupación delictiva, y el mantenimiento de estrechas o continuas relaciones con el resto de integrantes, reflejado en la asistencia a reuniones o en llamadas telefónicas con ellos. Como circunstancias complementarias, que sirven en su caso sólo para corroborar el juicio de inferencia ya obtenido por los anteriores factores, estarían datos personales del acusado, como su nacionalidad, su lugar de domicilio, la posible presencia de antecedentes penales, y, en general, el estilo de vida que haya llevado hasta ese momento.

31. Las conductas de “formar parte” de una organización criminal, y de “integrar” un grupo criminal, si entendidas en sentido literal como mera pertenencia a estas agrupaciones, carecen de la ofensividad mínima al bien jurídico como para merecer de un castigo. El castigo de las conductas típicas hasta ahora analizadas resulta justificado en cuanto suponen una contribución activa para el mantenimiento de la organización y del grupo criminal, y, con ello, del injusto sistémico del que son portadores; pero una conducta de mera integración pasiva no implica ninguna contribución a este respecto, por lo que, en atención al principio de ofensividad, ha de considerarse atípica. En lo que respecta a la organización criminal, las conductas de participación activa como miembro ya se encuentran castigadas por el comportamiento de “participar

activamente”, por lo que el mantenimiento de “formar parte” carece de todo sentido, siendo necesaria la supresión del término. En el tipo de grupo criminal, “integrar” debiera ser sustituido por “participar activamente”; mientras tal reforma no tenga lugar, el verbo ha de ser interpretado como “participar activamente”.

32. Las conductas de no integrantes que se castigan son las de cooperar de cualquier modo en relación a la organización criminal, y financiar en lo que respecta al grupo criminal. La restricción del castigo a la cooperación económica en el art. 570 ter.1 CP se explica por la menor gravedad del injusto sistémico del grupo criminal respecto al de la organización criminal, y que se refleja en la menor consistencia de su estructura y en el no empleo de métodos mafiosos. El sujeto activo de ambas ha de ser, como decimos, un *extraneus*, esto es, una persona no sea integrante de la agrupación, que, por tanto, no se encontrará vinculado, o, si se prefiere, sometido, de forma permanente a la voluntad grupal única de la organización, y, por ende, a su disciplina y normas, ni asumirá rol o función estable alguno dentro del organigrama de la agrupación delictiva. A este respecto, una circunstancia que los tribunales suelen considerar claramente indiciaria de la no condición de integrante es la prestación de una contribución a la agrupación a cambio de un precio o remuneración.

33. La amplia y abstracta redacción de la conducta de cooperar del art. 570 bis.1 CP hace necesaria una delimitación en sentido restrictivo del ámbito de aplicación del precepto para evitar, en atención a los principios de intervención mínima y proporcionalidad, que conductas que supongan una contribución nimia a la organización criminal sean castigadas con las considerables penas del precepto. En este sentido, entendemos que han de considerarse atípicas muestras de apoyo a la ideología que en su caso profese la agrupación delictiva, y, en general, conductas de colaboración que no redunden en un beneficio para el mantenimiento de la entidad delictiva como agrupación creada para delinquir e infiltrarse, en la búsqueda de beneficios, en los mercados e instituciones democráticas.

34. Asimismo han de considerarse atípicas, aun cuando puedan contribuir decisivamente al mantenimiento de la organización criminal, las denominadas conductas neutrales, entendiendo por tales a los comportamientos realizados en el ejercicio de profesiones o tareas cotidianas. No obstante, para ello ha de requerirse que la conducta se lleve a cabo escrupulosamente dentro de las reglas habituales del ejercicio de la profesión o tarea cotidiana, de manera que carezca socialmente de “sentido delictivo” desde un punto de vista objetivo. Así, el abogado que, dentro de su horario de servicio y de acuerdo con los honorarios oficiales, lleve a cabo actos de representación y defensa del dirigente de una organización realizará una conducta atípica, en tanto no constituye un riesgo jurídicamente desaprobado; sin embargo, el abogado que se extralimite en lo que lo son las tareas propias de su ejercicio, intermediando entre varios miembros de la organización para el envío de mensajes o la transmisión de mercancías realizará una conducta con un claro sentido social delictivo, que habrá de considerarse típica *ex art. 570 bis.1 CP*.

35. Por la clandestinidad de la actividad de la organización criminal, y los problemas probatorios que ello entraña, de cara a establecer una condena por colaborar con una organización criminal no se requiere de una prueba de un resultado de beneficio para la organización por parte de la misma, siendo suficiente a tal fin con la constatación de una situación de peligro concreto de que el aporte idóneo para contribuir al mantenimiento de la organización sea efectivamente empleado a tal fin por sus miembros. Así, para la consumación de la conducta será suficiente, por ejemplo, con que el cargamento de armas enviado por el *extraneus* sea efectivamente recibido por la organización, siendo, sin embargo, innecesaria la prueba de la efectiva utilización por los miembros de la agrupación de las armas.

36. En línea con la interpretación restrictiva de la conducta de “cooperar” por la que abogamos, entendemos que sería acertado interpretar el art. 570 bis.1 CP, en lo que hace a esta conducta, como norma subsidiaria, extrapolando así a la criminalidad organizada común la doctrina y jurisprudencia existentes en relación a la conducta de colaborar del art. 577 CP en sede de terrorismo. De esta forma, si la conducta de cooperación es subsumible en otro tipo penal, aparte del tipo del art. 570 bis.1 CP, como sucederá en aquéllos casos que consista en la participación en un delito, habrá de considerarse que concurre un concurso de leyes, debiendo aplicarse exclusivamente el primer tipo, por ser norma subsidiaria el art. 570 bis.1 CP. De otro modo, esto es, aplicando ambos tipos, aun bajo la forma de concurso ideal de delitos, la pena resultante sería demasiado amplia considerando que la conducta de colaboración se comete por un extraño a la organización. La aplicación de uno solo de los tipos penales sería suficiente para colmar el injusto del comportamiento. Lo mismo es aplicable a la conducta de financiar un grupo criminal.

37. Los tipos de cooperación con organización criminal y de financiación de un grupo criminal responden a la estructura de delitos de tracto sucesivo, de modo que comprenden tanto uno como varios actos de colaboración realizados en distinto momento. Esta interpretación de las conductas, además de ser consecuente con los principios de proporcionalidad e intervención mínima, lo es con el principio de ofensividad, pues en muchas ocasiones para colmar el nivel de idoneidad del aporte para con una contribución al mantenimiento de la organización o grupo criminal será necesario considerar conjuntamente las distintas aportaciones, dado que individualmente consideradas no llegarían al nivel mínimo requerido a tal efecto.

38. Las conductas típicas de los delitos de organización y grupo criminal se consuman cuando las mismas se ejecutan contribuyendo al fortalecimiento, o al menos, al mantenimiento del injusto sistémico ya existente. De ahí que la consumación de las conductas “pre-organizativas” de constituir una organización o grupo criminal no tendrá lugar hasta que existan tales agrupaciones con una estructura idónea para delinquir y, además, en el caso de la organización, para hacer uso de “métodos mafiosos”.

39. Con la salvedad de la conducta de cooperar con una organización criminal o de financiar un grupo criminal, que pueden ser conductas de realización instantánea, de modo que la consumación puede producirse en el momento mismo de recibir la agrupación el dinero o la prestación concreta, el resto de comportamientos típicos consisten en acciones permanentes en el tiempo, en tanto realizadas todos por miembros del entramado criminal, por lo que hablaremos en estos casos de periodo de consumación del delito. Este “periodo consumativo” podrá finalizar por diversas razones.

En primer lugar, porque deje de existir el injusto sistémico, lo que podrá producirse, bien porque la agrupación sea desmantelada, bien porque devenga inidónea para delinquir, y, en el caso de la organización, para amenazar al correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas. En segundo lugar, podría darse también el caso, de que se interrumpa la consumación de la conducta típica por dejar la misma de realizarse. Ello puede ocurrir tanto porque el sujeto particular abandone la agrupación delictiva, terminando su vinculación con la misma, como por causas sobrevenidas, como un arresto y un posterior juicio con sentencia firme. A este respecto, entendemos que el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme ha de producir un efecto de interrupción del periodo de consumación del delito, de modo que si el sujeto, tras la condena, vuelve a participar con la organización o grupo criminal estaría ejecutando un nuevo delito.

40. Puede plantearse el castigo de la tentativa en relación a dos tipos de supuestos: primero, el de aquéllos en que la conducta típica se ejecuta completamente pero el injusto sistémico aún no existe, por no haberse creado aún la organización o el grupo criminal como tales, con sus correspondientes injustos sistémicos; y, segundo, el de los supuestos en que, existiendo estas agrupaciones delictivas, con el injusto sistémico correspondiente, la conducta típica individual no llega a contribuir efectivamente a tal injusto, como sucedería, por ejemplo, en el caso del envío de un cargamento de explosivos a una organización, que, sin embargo, por causas ajenas al sujeto, no llega a ser recibido por la agrupación. A nuestro juicio, en ambas modalidades de supuestos ha de rechazarse el castigo de las conductas en grado de tentativa en atención al principio de ofensividad. Si los delitos de peligro abstracto, como son a efectos materiales los que nos ocupan, ya suponen cierto adelantamiento de las barreras de intervención penal en relación a la efectiva lesión de los bienes jurídicos, admitir el castigo de actos aún anteriores a los típicos supondría punir conductas anteriores a la situación de peligro abstracto, lo que resulta intolerable en atención al citado principio de ofensividad. Si no cabe el castigo de la tentativa en estos delitos, no será, por tanto, de aplicación a los mismos el desistimiento como excusa absolutoria.

41. Los delitos de organización y grupo criminal son, en todas sus modalidades conductuales, tipos necesariamente dolosos, al no preverse expresamente el castigo de la imprudencia en relación a los mismos. El dolo consiste en el conocimiento y voluntad de participar activamente como miembro o de colaborar con una organización o grupo criminal, bastando a este respecto con la mera sospecha de este extremo,

correspondiente a la modalidad de dolo eventual. Las motivaciones que lleven en su caso al sujeto a realizar la conducta típica son irrelevantes de cara a la apreciación del tipo subjetivo de estos delitos, siendo posible su consideración en todo caso en sede de culpabilidad.

42. El error de tipo sobre la finalidad delictiva de la organización o grupo criminal en la que se participa o con la que se colabora, en el sentido de creerse que la misma persigue fines lícitos, supondrá la calificación como atípica de la conducta, al recaer sobre un elemento esencial del tipo objetivo como es el objeto criminal de la agrupación.

43. Si se conoce que la agrupación con la que se colabora o en la que se participa como miembro tiene como objeto cometer delitos, pero concurre error sobre la gravedad concreta de éstos, sí habrá conducta típica, pues el concreto delito objeto de la agrupación es un elemento accidental, y no esencial, del tipo objetivo. No obstante, el error ha de tener repercusiones jurídicas pues las penas son ponderadas en los arts. 570 bis y 570 ter CP en atención a la gravedad del delito-fin. A este respecto, *de lege lata* entendemos que si el sujeto cree que la organización en la que participa persigue la comisión de delitos leves, cuando en realidad su fin es la perpetración de delitos graves, podría aplicarse analógicamente en beneficio del reo lo dispuesto en el art. 14.2 CP atinente a los errores sobre circunstancias agravantes del injusto. Así, se castigará al sujeto en atención a su representación errónea, esto es, como si la organización cometiera delitos leves.

En el caso inverso, en que el sujeto crea erróneamente que se integra o colabora con una organización dedicada a la comisión de delitos graves, cuando en realidad su objeto consiste en la perpetración de delitos leves o menos graves, a falta de una disposición similar aplicable a este tipo de supuestos, abogamos por calificar la conducta en atención a lo efectivamente realizado, obviando el error del sujeto.

En cualquier caso, recuérdese que *de lege ferenda* abogamos por una restricción de los delitos objeto de la organización y del grupo criminal a los que contemplen una pena máxima privativa de libertad de al menos cuatro años.

44. En el supuesto extraño de completo desconocimiento por parte del sujeto que realiza la conducta típica de la clase y gravedad de los delitos-fin de la organización o el grupo criminal, abogamos por tratar el supuesto como error de tipo sobre un elemento agravante del tipo *ex art. 14.2 CP*, aplicando la pena menor establecida por ley, correspondiente a la de participar o colaborar con organizaciones o grupos criminales dedicados a la comisión de delitos leves o menos graves.

45. Los errores sobre el tipo de estructura que ostenta la organización o el grupo criminal, su forma concreta de funcionamiento o la identidad de los otros miembros, o de sus cometidos en la agrupación han de considerarse irrelevantes, pues la ley guarda silencio a este respecto, siendo también para nosotros estos aspectos irrelevantes, habida cuenta de que pueden darse agrupaciones con todo tipo de miembros y de relaciones interpersonales. No pasaría lo mismo, sin embargo, en los supuestos en que el error

recaiga sobre la existencia de tres integrantes, en el caso del grupo criminal, o de un número elevado de miembros, en el caso de la organización criminal según la interpretación que mantenemos. El número mínimo de integrantes sí es un elemento requerido en el tipo objetivo. Así, de creer un sujeto erróneamente que se integra en una agrupación de sólo dos miembros, contando con él mismo, cuando en realidad son más los miembros, habría de apreciarse un error sobre un elemento esencial del tipo, que excluiría el dolo, considerándose la conducta atípica.

46. El colaborador con una organización criminal o el que financia un grupo criminal que erróneamente crea que con su conducta sólo está beneficiando a un sujeto particular de la agrupación también incurrirá en un error esencial sobre un elemento del tipo objetivo, como es el destinatario de la “ayuda”, que ha de ser la agrupación delictiva.

47. Los supuestos de “errores inversos”, en los que se crea equivocadamente que se está participando o colaborando con una organización o grupo criminal, cuando ello no es en realidad así, ya porque la agrupación en cuestión carece del mínimo de tres integrantes, ya porque no ostenta una estructura idónea para delinquir, han de considerarse atípicos en virtud del principio de intervención mínima y de ofensividad. Si consideramos ilegítimo el castigo de la tentativa en los delitos que nos ocupan, con mayor razón lo hacemos en relación a la tentativa inidónea.

48. El error sobre los elementos agravantes del injusto, relativos al elevado número de miembros, la disposición de armas o instrumentos peligrosos y la de medios tecnológicos avanzados, ha de abordarse *ex art. 14.2 CP* mediante la inaplicación del tipo agravado, por falta de dolo, aplicándose el tipo básico.

49. Los errores sobre elementos característicos de la organización criminal, en su concepción aquí defendida de agrupación mafiosa, habrán de calificarse como errores sobre elementos esenciales del tipo, calificándose la conducta de participación o colaboración como atípica *ex art. 570 bis CP*. No obstante, si el sujeto desconoce el empleo de los métodos mafiosos por parte de la agrupación en la que participa o con la que colabora, pero conoce que la misma persigue la comisión de delitos, estará contribuyendo conscientemente al mantenimiento del injusto de la lesión contra la seguridad colectiva, debiendo calificarse su conducta como de participación o colaboración con un grupo criminal *ex art. 570 ter CP*.

50. Los tipos de organización y grupo criminal no requieren de la concurrencia, junto al dolo, de elementos subjetivos específicos del injusto. No obstante, en nuestra opinión, ha de exigirse la presencia del ánimo de obtención de beneficios en la organización criminal. La interpretación restrictiva que mantenemos de la misma como agrupación mafiosa requiere de la exigencia de la intención de obtener beneficios económicos y, en su caso, políticos por parte de la misma, como elemento inherente a las “mafias”. Estas agrupaciones pretenden vivir a costa de la corrupción e intimidación de las instituciones estatales.

51. El sujeto que, víctima de una amenaza por una organización o grupo criminal, se integra o colabora con la misma de manera obligada para que no se materialice el mal objeto de la amenaza, realiza una conducta típica, pues, aun siendo su libertad no plena, concurre el dolo, entendido como conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. La posible exoneración de su responsabilidad penal por la conducta típica realizada habrá de intentarse en sede de antijuridicidad, mediante la figura del estado de necesidad, o, en su defecto, en sede de culpabilidad, a través del expediente del miedo insuperable.

52. En los casos en que el sujeto sea víctima de un delito de robo con intimidación o de extorsión, siendo por tanto amenazado para entregar de forma inmediata una cantidad de dinero a la organización o grupo criminal, y colabore efectivamente con la agrupación, realizando la conducta típica de financiación, su responsabilidad penal podría ser exonerada a través de la figura del estado de necesidad. Concorre en estos casos el presupuesto del estado de necesidad constituido por la situación de amenaza de la producción inminente de un mal y la necesidad de realizar la conducta típica para evitar dicho mal. No obstante, el *quid* de la cuestión en estos supuestos radicará en el elemento de la ponderación de males, habiéndose de comparar el mal evitado y el mal causado, constituido éste último por la contribución al mantenimiento de la agrupación delictiva, y, con ello de su injusto sistémico. Si, atendidas las circunstancias en su caso concurrentes, se estima que el mal causado es mayor que el que se trata de evitar con la realización de la conducta típica, no podrá apreciarse *ex art. 20.5° CP* la causa de justificación, pero, de ser aquél menor o igual que éste, la conducta típica resultará justificada, siendo el sujeto exonerado de todo castigo.

53. Cuando el sujeto activo de la conducta de financiar una organización o grupo criminal lleve a cabo el comportamiento de manera obligada, por ser víctima de un delito de amenazas condicionales, no podrá quedar exonerado de pena *ex art. 20.5° CP*, pues no concurre el presupuesto de la situación de un peligro de producción inminente de un mal. Frente al robo con intimidación y la extorsión, en el delito de amenazas condicionales se da un plazo a la víctima para que cumpla la condición impuesta, por lo que el mal con que se amenaza no es de producción inminente, teniendo en principio el sujeto amenazado otras vías alternativas a la ilícita para resolver el conflicto, como el acudir a la policía.

La eventual impunidad de la conducta de colaboración habrá de buscarse, por tanto, en sede de culpabilidad *ex art. 20.6° CP*. En la valoración de la posible aplicación de la eximente de miedo insuperable insta atender a las circunstancias concretamente concurrentes para valorar si en el caso concreto un ciudadano medio hubiera o no actuado de igual forma, esto es, financiando la agrupación delictiva, siendo o no jurídicamente exigible una conducta alternativa. A este respecto, aspectos a los que habría que prestar atención para llegar a una conclusión sobre el carácter insuperable o no del miedo sufrido por la víctima serían la gravedad del concreto mal a evitar, y la seriedad, y con ello apariencia de autenticidad, de la amenaza, sin desconsiderar las circunstancias subjetivas concretas del sujeto víctima de la amenaza que realiza la

conducta típica, como el nivel de madurez, y la posible presencia de anomalías psíquicas.

54. En las situaciones de pago a una organización o grupo criminal del rescate para la liberación de un sujeto que se encuentra secuestrado por la agrupación entendemos difícilmente aplicable la causa de justificación del estado de necesidad por cuanto, si bien el peligro de la producción de un mal sí es inminente, al encontrarse ya al realizarse la amenaza el secuestrado privado de libertad y en situación potencial de peligro, no hay estrictamente necesidad de realizar la conducta típica, al estar presentes otras vías lícitas con las que lidiar con la situación, como es el acudir a la policía y denunciar los hechos.

El miedo insuperable como circunstancia eximente que atiende a circunstancias esencialmente subjetivas, como es el estado psicológico de tensión, y angustia del sujeto ante la producción de un mal casa bien para, en sede de culpabilidad, eximir de responsabilidad penal al sujeto que realiza el pago en las condiciones expuestas *supra*.

El acudir a la policía sería así, en principio, una conducta posible, pero no exigible jurídicamente habida cuenta de la situación psicológica de miedo sufrida por el familiar o amigo del secuestrado, debiendo éste ser, por ende, exonerado de responsabilidad penal *ex art. 20.6° CP*.

55. La sola existencia de una situación de penuria o de desempleo no puede ser causa de exoneración de responsabilidad penal, ya sea en sede de antijuridicidad, ya de culpabilidad, en relación al sujeto que participa activamente o que colabora con una organización o grupo criminal para obtener ganancias económicas.

56. Participar activamente o colaborar con organizaciones o grupos criminales para obtener un sueldo o contraprestación económica puntual con la que poder hacer frente al pago de una operación médica o de un préstamo parece difícilmente justificable mediante el estado de necesidad pues lo habitual es que existan otras vías alternativas lícitas con las que poder hacer frente a dicho pago, como el solicitar un préstamo al banco, el pedir ayuda a familiares o amigos, el acudir al Defensor del Pueblo, o el dar visualización de la gravedad de su situación a través de internet. De ahí que, de cara a una exoneración o al menos una atenuación de la responsabilidad penal, en estos casos resulte más adecuada la vía del miedo insuperable. No obstante, habrá de atenderse a las circunstancias en su caso concurrentes de cara a afirmar que efectivamente la situación de temor ante la posible producción de un mal (muerte de un familiar por la enfermedad, desahucio u otros) era insuperable, y, que, por tanto, era jurídicamente inexigible la realización de otra conducta distinta de la efectivamente ejecutada.

57. La causa de justificación de obrar en el ejercicio de un oficio del art. 20.7° CP tiene poco ámbito de aplicación en relación a las conductas típicas de colaborar una organización criminal o financiar un grupo criminal pues la exoneración de estos comportamientos puede lograrse ya antes, en sede de tipicidad, si se interpreta, como aquí hacemos, que son conductas neutrales que no suponen un riesgo jurídicamente

desaprobado, y, por tanto, atípicas. No obstante, en relación a la figura del agente encubierto, el art. 282 bis LECrim., que prevé expresamente la exoneración de toda responsabilidad penal de éste “por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación”, siempre que sean proporcionadas, pudiera interpretarse como una manifestación concreta del art. 20.7º CP.

58. No cabe aplicar el error de prohibición como causa de exoneración de la responsabilidad penal, en sede de culpabilidad, en los delitos de organización y grupo criminal. El dolo, conformado en estos tipos, por el conocimiento de participar o colaborar en una agrupación dedicada a cometer delitos, implica necesariamente el conocimiento del carácter antijurídico de la conducta que se realiza. Es imposible que un sujeto que sepa que participa en una agrupación dedicada a delinquir no haya pensado, al menos, en la posible ilicitud de su conducta. La actuación clandestina de las organizaciones y grupos criminales, en lo que hace a su actividad delictiva, corrobora esta afirmación.

59. No se contemplan condiciones objetivas de penalidad ni la posibilidad de aplicar excusas absolutorias específicas en relación a las conductas de los delitos de organización y grupo criminal, lo que está en sintonía con la fuerte tendencia represiva existente para con el fenómeno de la criminalidad organizada.

En lo que respecta a las excusas absolutorias de carácter general, son aplicables a estos delitos, como a cualesquiera otros, las excusas absolutorias de los arts. 56.3 y 71.1 CE, que establecen, respectivamente, la inviolabilidad absoluta del Jefe de Estado y la parcial de los parlamentarios, restringida a los delitos ocasionados con ocasión de la manifestación de opiniones en el ejercicio de sus funciones. No obstante, éste última no tendrá aplicación práctica en la realidad pues ya afirmamos que la sola manifestación verbal de apoyo a una organización o grupo criminal habría de considerarse atípica en cuanto conducta de colaboración.

65. Las penas de prisión para los sujetos activos de las conductas típicas del delito de organización criminal se ponderan a nivel legal en atención a la gravedad del delito cuya comisión persiga la agrupación, así como a la relevancia de la concreta conducta realizada por el sujeto, y, por ende, de la mayor o menor contribución al injusto sistémico. En el tipo de grupo criminal sólo se emplea como criterio de ponderación la gravedad del delito-fin de la agrupación, habiendo de recaer en los jueces y tribunales la labor de asignar la pena concreta dentro del marco penal establecido en la ley en atención a la mayor o menor contribución de la conducta al injusto sistémico, por imperativo del principio de proporcionalidad.

Habida cuenta de que en la mayoría de las ocasiones estará presente en el grupo criminal cierto reparto de roles, pues sin este elemento difícilmente la agrupación ostentará una estructura idónea para la realización de los delitos-fin, sería conveniente, en *pro* del principio de proporcionalidad, el establecimiento a nivel legal de una ponderación de penas en atención a la gravedad de la concreta conducta ejecutada, como se hace en el tipo de organización criminal.

60. Como se refirió al hilo del análisis del injusto de estos delitos, abogamos de *lege ferenda* por una restricción de los delitos-fin de la organización y grupo criminal a delitos de cierta gravedad (castigados con una pena máxima privativa de libertad de al menos cuatro años). Cabría, no obstante, cierto margen de ponderación dentro de los delitos graves, pudiendo identificarse dentro de éstos algunos de especial gravedad, cuya persecución por parte de la agrupación determine un mayor marco penal para sus integrantes y colaboradores. Ello, en puridad, ya se viene haciendo en la legislación vigente, que determina la imposición de mayores penas a los sujetos activos de las conductas típicas cuando los delitos objeto de la agrupación fuesen concretamente “delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos”. Habría, no obstante, de cara a realizar esta restricción, que especificar que dichos delitos han de prever en todo caso penas máximas privativas de libertad de al menos cuatro años, pues, ciertas modalidades típicas de estos delitos, no reúnen tal característica.

61. Cuando la organización o el grupo criminal tenga por objeto -entendiendo comprendido en éste tanto a los delitos-fin como a los delitos instrumentales inherentes a la consecución de los primeros – delitos de diversa gravedad, de cara a determinar el marco penal aplicable a los sujetos activos de las conductas típicas, ha de tomarse como referencia el delito de mayor gravedad *ex art.* 8.4° CP.

62. En el supuesto en que la organización o grupo criminal mute su objeto criminal, habría que atender, de cara a la determinación del marco penal aplicable, al delito-fin objeto de la agrupación en el momento en que el sujeto activo realizó la conducta típica. Pero, si a lo largo de la realización de la conducta típica, la agrupación persiguió en distintos momentos diversos delitos-fin, lo que sucederá esencialmente con las conductas de participación como miembro, debido a su carácter permanente, habría que considerar, de cara a la determinación del marco penal, el delito-fin más grave *ex art.* 8.4° CP. No obstante, si el delito-fin más grave ha sido objeto de la agrupación durante un periodo de tiempo nimio en relación al periodo de vida de la agrupación y, al periodo de vinculación del sujeto activo con la misma, podría excepcionalmente desconsiderarse, y atenderse a los delitos-fin que realmente hayan marcado la vida y trayectoria de la agrupación y de la vida del sujeto como miembro.

63. Respecto a la pena 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” que se contempla adicionalmente a la de prisión para los sujetos activos de los delitos que nos ocupan, la sentencia en cuestión que condene al acusado por esta pena de inhabilitación habrá de concretar expresamente cuáles son esas concretas actividades económicas o negocios jurídicos para cuyo ejercicio se inhabilita a la persona, así como motivar dicha decisión, explicando la relación de tales actividades o negocios con la actividad delictiva de la organización o grupo criminal.

En cuanto a los criterios legales para determinar la duración de la inhabilitación, por “gravedad del delito” habrá de entenderse gravedad del delito cometido, esto es, del de organización o grupo criminal; por “el número de los cometidos”, se entiende el número de delitos en que se ha participado en el marco de la agrupación delictiva, debiendo dejarse al margen delitos eventualmente cometidos por el sujeto fuera del entramado criminal; y, el término “circunstancias que concurren en el delincente” habrá de interpretarse como aspectos atinentes a las cargas familiares del sujeto y a su situación económica, desconsiderándose factores tales como el modo de vida del sujeto o la presencia de antecedentes delictivos.

64. La naturaleza clandestina de las organizaciones y grupos criminales, su carácter cerrado, que dificulta que terceras personas ajenas al círculo de integrantes se introduzcan en sus estructuras, y los muchos filtros y controles de seguridad de que disponen, explican la -a nuestro juicio acertada -expansión a nivel de derecho comparado de “medidas premiales” de carácter sustantivo consistentes en la previsión de una atenuación de la pena al sujeto activo de las conductas típicas de estos delitos que colabora con las autoridades, delatando a compañeros de la agrupación, y suministrando material probatorio con el que condenarlos. El fundamento de la atenuación radica exclusivamente en cuestiones de política-criminal, buscándose el incentivo del sujeto para colaborar, y obtener así pruebas para futuras condenas. De ahí que su existencia refleje el constante conflicto entre pragmatismo y respeto a las garantías y principios jurídico-penales, y el triunfo, en este caso, del primero sobre el segundo.

65. En España esta “medida premial” se contempla en el art. 570 quáter.4 CP, que prevé la posibilidad de que los jueces atenúen motivadamente la pena de los delitos de organización y grupo criminal en uno o dos grados al sujeto “que haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes”. La utilidad a nivel procesal y de cara a conseguir una futura condena, descubriendo información de primer nivel, de otra forma difícilmente accesible, de “medidas premiales” es innegable; no obstante a día de hoy aún no se ha aplicado la disposición. La contemplación potestativa de la medida crea una situación de inseguridad jurídica, que puede desmotivar al sujeto de cara a colaborar con la autoridad, con el riesgo que ello, además, implica de ser descubierto por los miembros de la agrupación a que pertenecía. Por ello, entendemos necesario interpretar que la fórmula “podrán imponer” se refiere sólo a la posibilidad de optar entre la rebaja en uno o dos grados, pero no a la de aplicar o no la rebaja en abstracto, abogando por que siempre que concurren los dos requisitos exigidos por la ley, esto es: el abandono voluntario, y la colaboración con las autoridades, se aplique la atenuación penológica por los tribunales, quedando sólo al arbitrio de éstos la medida concreta de la rebaja: si es de uno o de dos grados.

66. Cuando concurren conjuntamente los requisitos del abandono voluntario y de la colaboración con las autoridades, la aplicación del art. 570 quáter.4 CP se considerará

norma de aplicación preferente, en virtud del criterio de especialidad del art. 8.1º CP, frente a las circunstancias atenuantes genéricas de confesión de los hechos o, en su caso, reparación del daño de los arts. 21.4º y 5º, respectivamente,

67. El abandono de las actividades delictivas y la colaboración con las autoridades han de interpretarse como requisitos acumulativos de carácter objetivo, no siendo, por tanto, exigible de cara a la aplicación de la atenuación la constatación de un verdadero arrepentimiento interno del sujeto.

68. El legislador parece restringir el ámbito de aplicación del art. 570 quáter.4 CP a los sujetos integrantes de una organización o grupo criminal, cuando, al hacer referencia a uno de los fines de la colaboración, se refiere a “obtener pruebas decisivas para [...] impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido”. Consideramos, sin embargo, injusta dicha restricción, pues impediría a los colaboradores *extranei* beneficiarse de esta “medida premial”, por ello entendemos procedente aplicar analógicamente el precepto también a los colaboradores, lo que no estaría prohibido por el ordenamiento jurídico, por ser la analogía favorable al reo. No obstante, sí es cierto que en la práctica resultará más difícil que un colaborador se pueda beneficiar de esta medida, en tanto que, al no pertenecer a la organización o grupo criminal, tendrá, por regla general acceso a menos información sobre la agrupación que pueda serle relevante a las autoridades.

69. El abandono comprende la ruptura de todo vínculo con la organización o grupo criminal, por lo que no será aplicable la atenuación de la responsabilidad penal si se constata que el sujeto colaborador, pese a haber dejado de ser miembro de la agrupación criminal, colabora puntualmente con la misma, en calidad de *extraneus*.

70. Si el sujeto abandona la organización y colabora con las autoridades una vez ha sido detenido por la policía, tras ser informado por los agentes sobre las ventajas que ello puede entrañar a nivel penológico respecto a la eventual condena por los delitos cometidos, entendemos que es aplicable la atenuación pues el abandono y colaboración seguirían siendo una decisión voluntaria del sujeto. No obstante, a la hora de decidir la rebaja dentro del marco legal de uno o dos grados, los tribunales pueden tomar en consideración este tipo de circunstancias, aplicando la rebaja mayor en aquellos casos en que el sujeto se decida a colaborar sin haber sido detenido previamente.

71. Cuando el sujeto colabora con las autoridades tras ser expulsado de la agrupación criminal a la que venía perteneciendo, en el que caso del *intraneus*, o tras haberse cortado por parte de la agrupación la relación hasta entonces existente, en el caso del colaborador permanente *extraneus*, parece difícil apreciar el elemento del abandono voluntario de las actividades delictivas, pues éste parece haber sido forzado. Sin embargo, para cerciorarnos de ello ha de atenderse a las circunstancias concretas que motivaron el cese de la relación por parte de la agrupación delictiva. En el caso en que la causa radique en una conducta disidente del sujeto, desaprobada por la agrupación

delictiva, podría interpretarse que la misma ya supone un cierto abandono voluntario del vínculo delictivo con la agrupación, pudiendo ser aplicable la atenuación.

Si la expulsión o el cese de la relación acordado por la agrupación criminal responde a un error o a una conducta imprudente del sujeto expulsado o cesado, no reveladora, por tanto, de su disidencia o divergencia para con la organización o grupo criminal, no podrá en nuestra opinión aplicarse en su caso la “medida premial” que nos ocupa, por cuanto el abandono no habrá sido voluntario, sino obligado. En tal caso, si el sujeto se decide posteriormente a colaborar con las autoridades, podrá aplicársele exclusivamente sobre la pena que en su caso se le imponga las atenuaciones genéricas previstas en el art. 21 CP.

72.La conducta de colaboración con las autoridades -segundo requisito que ha de concurrir para la aplicación de la “medida premial”- ha de consistir en una conducta activa idónea *ex ante* de cara a (1) la obtención de “pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables”, (2) la obtención de pruebas decisivas para “impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido”, o (3) la evitación de “la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”. No es exigible de cara a la apreciación de la rebaja penológica que se alcance efectivamente el resultado de la obtención de las pruebas o la evitación de la comisión de un delito. Si ello fuera así se podría desincentivar al sujeto a la hora de colaborar habida cuenta en muchos casos de la dificultad en que se produzcan efectivamente la finalidad perseguida.

73. Para que sea efectiva de cara a producir la rebaja penológica la conducta de colaboración, en cualquiera de sus finalidades, ha de tener lugar antes de que la sentencia de condena *ex art. 570 bis o 570 ter CP* adquiera firmeza.

74. Si bien lo habitual será que la colaboración se realice tras el abandono voluntario de todo vínculo con la agrupación criminal, pudiera suceder en algún caso que el abandono y la colaboración coincidieran temporalmente, o, mejor dicho, que la conducta de abandono voluntario lleve implícita la colaboración. Ello es lo que sucederá precisamente en la mayoría de ocasiones con las conductas de colaboración que se realicen con la finalidad de “evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”.

75. Los destinatarios de las penas de prisión e inhabilitación, y, por ende, los posibles beneficiarios de la “medida premial”, son las personas físicas que sean sujetos activos de las conductas típicas, antijurídicas y culpables de los arts. 570 bis y 570 ter CP. A pesar de que son imaginables supuestos en que una persona jurídica realice la conducta típica de cooperar con una organización criminal o financiar un grupo criminal, el legislador no contempla una previsión específica de responsabilidad de las personas jurídicas al respecto. La referencia a la disolución y a las consecuencias de los arts. 33.7 y 129 CP contenida en el art. 570 quáter.1 CP se hace en relación a “la organización o grupo”, esto es, a las agrupaciones con el injusto sistémico, como eje

centrípeto de las conductas típicas, y no a eventuales personas jurídicas que realicen la conducta típica.

Aunque es cierto que en muchas ocasiones en que una persona jurídica colabore con una organización o grupo criminal, la conducta ya resultará subsumible en algún tipo penal específico, cuando consista en la participación en un delito-fin o un delito instrumental, cuando no sea así no podrá castigarse como colaboración *ex art. 570 bis o 570 ter CP* por su falta de previsión expresa. Abogamos, por ello, por incluir una fórmula de habilitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a los delitos de organización y grupo criminal.

76. Dado que la razón de ser de las organizaciones criminales -y en la mayoría de los casos también de los grupos criminales -es lucrarse con las ganancias obtenidas de los delitos que constituyen su fin, sirviéndose en muchos casos de mecanismos fraudulentos para ocultar posteriormente tales ganancias, insertándolas en el mercado legal, resulta clave, para una eficaz prevención y represión del fenómeno prever mecanismos para la efectiva incautación de dichas cuantiosas sumas económicas, así como de los instrumentos empleados en el delito, dificultando así que los sujetos puedan continuar, tras la eventual condena, realizando actividades delictivas. El decomiso se erige así, junto al delito de blanqueo de capitales, en instrumento imprescindible contra la delincuencia organizada.

77. Distintas modalidades de decomiso son aplicables al ámbito que nos ocupa. Así, junto al decomiso directo de los bienes, instrumentos delictivos y ganancias provenientes del delito, que se impone *ex art. 127.1 CP* como consecuencia accesoria de la pena impuesta por los delitos de organización y grupo criminal o de los delitos cometidos en el seno de la agrupación delictiva, el decomiso autónomo del *art. 127 ter CP*, para los casos en que el acusado no pueda por determinadas circunstancias ser condenado por el delito, se erige como figura clave, aplicable expresamente a las “actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal”, el decomiso ampliado. Esta figura permite que cuando un sujeto sea condenado por algunas de esas actividades delictivas, puedan serle incautados bienes o efectos de su titularidad, a pesar de no haber una prueba de su conexión con un delito concreto cometido por el sujeto, bastando a estos efectos con la sola sospecha, basada en indicios, de su ilícita procedencia.

78. En los casos en que la organización o grupo criminal no ostente personalidad jurídica o la ostente, pero sea ésta simulada (“sociedad fantasma”), le serán de aplicación a la agrupación *ex art. 570 quáter.1 CP* las consecuencias accesorias para antes sin personalidad jurídica del *art. 129.2 CP*. La disolución que se prevé en todo caso como consecuencia de aplicación preceptiva carece de sentido en relación a las organizaciones y grupos criminales sin personalidad jurídica formal, si no es entendida como clausura de establecimientos y locales, e incautación de instrumentos y ganancias delictivas -algo, esto último, ya implícito en el decomiso-.

En el caso de las organizaciones y grupos criminales que se sirvan de una “sociedad fantasma”, la disolución ha de ser entendida como acto meramente formal, en atención a la personalidad jurídica formal y no sustantiva de la misma, traduciéndose en la inscripción del acuerdo de disolución de la persona jurídica.

79. Si la organización o grupo criminal ostenta personalidad jurídica real, por realizar junto a las actividades delictivas como objeto principal, otras actividades lícitas, le será de aplicación *ex art. 570 quáter.1 CP* las penas para personas jurídicas del art. 33.7 CP. No obstante, dicha aplicación será directa, sin necesidad de que concurren los requerimientos generales para el establecimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas de los arts. 31 bis y ss. CP. Y es que este sistema general de responsabilidad pena, diseñado para entidades que delinquen por un defecto de organización, reflejado en la falta de adopción y ejecución previa con eficacia de modelos de prevención y control del delito, no casa con la naturaleza esencialmente delictiva de las organizaciones y grupos criminales, que no delinquen por un error de organización, pues están estructuradas idóneamente para delinquir, concurriendo dolo sistémico. Se crea así como un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas para las organizaciones y grupos criminales directo y alternativo al general de los arts. 31 bis y ss. CP.

80. Las relaciones concursales existentes entre los delitos de organización y grupo criminal con otros tipos penales del Código penal constituye uno de los temas más complejos y problemáticos que entraña el estudio de estos tipos penales. A este respecto, dos son las perspectivas de análisis: por un lado, la de las relaciones entre estos delitos y otras normas penales existentes en nuestro Código penal que castigan también el solo hecho de participar en una agrupación estructurada para cometer, con vocación de permanencia, delitos; y, por otro, la de los concursos existentes entre los tipos de organización y grupo criminal y los delitos cometidos en el seno de la agrupación.

81. En lo que respecta a las relaciones existentes entre el delito de organización criminal y el de asociación ilícita de objeto delictivo de los arts. 515.1º y ss. CP, se aprecia una coincidencia sustancial entre, por una parte, las conductas típicas de ambos, y, por otra, los conceptos literal de organización criminal y jurisprudencial de asociación ilícita. En este solapamiento de ámbito de aplicación de tipos penales queda al margen el grupo criminal, por su menor complejidad estructural en relación a las de las asociación ilícita criminal y la organización criminal. Pero, si partimos de la interpretación restrictiva que mantenemos de la organización criminal como agrupación mafiosa, habría que decir que el solapamiento del concepto jurisprudencial de asociación ilícita podría producirse tanto con el de organización criminal, como con el de grupo criminal.

82. Vista la identidad de supuestos a que ambas van dirigidos los arts. 570 bis CP y 517 y 518 CP, en relación al art. 515.1º, cabe aplicar las reglas del concurso de normas. El art. 570 quáter.2.II CP impone al intérprete la aplicación del criterio de alternatividad,

que, por otra parte, es el único criterio aplicable a este supuesto habida cuenta del solapamiento total entre los ámbitos de aplicación de uno y otro precepto, que impide acudir a las reglas de resolución de conflictos normativos de los apartados 1º-3º del art. 8 CP. La aplicación del art. 8.4º CP al concurso de normas entre el art. 570 bis y los arts. 515.1º y ss. CP supone implícitamente dejar en la marginalidad al tipo asociativo, al prever por regla general penas de menor gravedad que el tipo de organización criminal. Sólo podría ser aplicable el tipo asociativo a los miembros activos y colaboradores cuando la agrupación delictiva en cuestión tenga como objeto la perpetración de delitos menos graves o leves, pues son los únicos supuestos en que las penas del tipo asociativo pudieran considerarse más graves que las del tipo de organización criminal, si se atiende a las penas que uno y otro delito contemplan. Por todo ello, entendemos que el delito de asociación con fines delictivos debería suprimirse del Código penal al solaparse por entero su ámbito de aplicación con el del tipo de organización criminal, que resulta más respetuoso con el principio de taxatividad, y, como hemos visto, de aplicación preferente en relación a la práctica totalidad de conductas típicas.

83. La relación concursal entre el delito de organización criminal y los delitos asociativos de los apartados 2º, y 3º del art. 515 CP, atinentes, respectivamente, a las asociaciones “que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”, y a las “organizaciones de carácter paramilitar”, también ha de ser la del concurso aparente de leyes. Y es que, mantenemos una interpretación restrictiva de estos tipos asociativos, reclamando, aunque no lo exija la letra del tipo, que, al igual que la asociación del apartado 1º del art. 515 CP, tengan como objeto la comisión de delitos. La disposición concreta en materia concursal del art. 570 quáter.2.II CP obliga al intérprete a aplicar en estos casos el criterio de la alternatividad, lo que, como se vio, llevará por regla general a la aplicación del art. 570 bis CP, quedando al margen los tipos asociativos. A este respecto, entendemos también superfluos estos tipos asociativos, abogando por su supresión del Código penal. La comisión de delitos violentos o el empleo de métodos delictivos de “alteración o control de la personalidad”, no justifican el mantenimiento de tipos penales adicionales a los tipos de organización criminal y grupo criminal. En lo que respecta a las “organizaciones paramilitares”, contamos, a mayor abundamiento, con un tipo penal igualmente específico, cuales son los actuales tipos cualificados de organización criminal (que, a nuestro juicio, debería suprimirse por ser ya un elemento característico del concepto) y grupo criminal que disponen de armas de los arts. 570 bis.2.b y 570 ter.2.b CP.

84. Tratamiento jurídico diverso merece la relación entre los delitos de organización criminal y los de asociaciones “que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o 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 discapacidad”, de los arts. 517 y 518 CP, en relación al

art. 515.4º CP. Estas agrupaciones, en la interpretación restrictiva que hacemos de las mismas como asociaciones dedicadas a incitar a la comisión de delitos discriminatorios, difieren sustancialmente de las organizaciones y grupos criminales. Mientras éstas últimas se dedican a cometer delitos, las asociaciones del art. 515.4º CP no cometen delitos, sino que incitan a otros, a miembros indeterminados de la colectividad, a perpetrar delitos discriminatorios. Este fomento o incitación a otros a cometer delitos discriminatorios no constituye un delito-fin independiente del delito asociativo, como sucede en el caso del tipo de organización criminal y los delitos-fin perpetrados en su seno, pues, el injusto de esa conducta de fomento ya va implícito en el delito del art. 515.4º CP. De esta forma, los arts. 570 bis/570 ter y 515.4º y ss. CP hacen referencia a conductas distintas, teniendo cada uno de ellos un ámbito de aplicación propio y diferenciado, no produciéndose, en consecuencia, conflicto normativo entre los preceptos.

85. La relación entre los delitos de organización y grupo criminal y los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal previstos en relación a varios tipos penales de la Parte Especial también es constitutiva de un concurso aparente de leyes, en tanto ambos castigan el mismo hecho de participar en una agrupación delictiva con un injusto sistémico propio. No obstante, habida cuenta del carácter accesorio del subtipo agravado respecto al tipo básico a que en cuestión se refiere, el conflicto se restringirá, en puridad, a lo supuestos en que en la organización o grupo criminal se haya dado comienzo a la ejecución de un delito que contemple una circunstancia agravante por razón de la pertenencia del autor a una organización o grupo criminal. Aunque pareciera a primera vista aplicable el criterio de especialidad, a favor de los subtipos agravados, el art. 570 quáter.2.II CP obliga a resolver el conflicto normativo de mano del criterio de la alternatividad. Para comparar efectivamente las penas de modo que ambas representen al mismo injusto, ha de cotejarse la pena señalada en el subtipo por pertenencia a organización o grupo criminal correspondiente con la pena resultante del concurso -que nosotros calificamos como ideal -entre el delito de organización o grupo criminal y el delito ejecutado sin la cualificación por pertenencia a organización o grupo criminal.

86. Consideramos innecesaria esta doble vía de punición de la participación en una organización o grupo criminal, y abogamos, por ello, *de lege ferenda* por la supresión de los subtipos cualificados, manteniendo exclusivamente los tipos de organización y grupo criminal, si bien, como en su momento expusimos, con una restricción legal de su ámbito de aplicación mediante la limitación de su objeto a la comisión de delitos que prevean una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años. Esta vía general, frente a la especial de los subtipos, garantiza la inexistencia de lagunas jurídicas, y, es consecuente con el injusto autónomo que ostenta la mera existencia de una organización o un grupo criminal idóneamente estructurado para delinquir, y, en el primer caso, también, para alterar el correcto funcionamiento de los mercados e instituciones democráticas.

87. La relación entre los delitos de participación en organización y grupo criminal y los delitos cometidos en el marco de la agrupación sin la agravante que prevean, en su caso, por la pertenencia a organización o grupo criminal, ha de ser la propia del concurso de delitos, habida cuenta del diverso contenido de injusto de los mismos.

88. El concurso de delitos entre los delitos de organización y grupo criminal y los “delitos-fin” o “delitos instrumentales” cometidos en el marco de organización ha de ser de tipo ideal, por cuanto que estas infracciones, además de cometerse estando vigente el estado antijurídico creado por el delito de participación en organización, contribuyen al mantenimiento de dicho estado. Esto es, no se produce una casual e irrelevante coincidencia espacio-temporal entre las conductas ejecutivas de uno y otro tipo penal, sino que dicha coincidencia es sustancial, y está dotada de sentido, pues la conducta típica del delito-fin o delito instrumental se explica por la previa comisión -cuya consumación aún subsiste -del delito de participación en organización o grupo criminal, al mantenimiento de cuyo injusto contribuye. La aplicación en estos casos del concurso ideal tiene, además, unos efectos prácticos más deseables. La aplicación en estos casos del concurso real de delitos entre el tipo de organización o grupo criminal y el delito-fin o delito instrumental cometido en su seno daría lugar en algunos casos a penas desmesuradamente elevadas.

89. Supuesto distinto a los anteriores es aquél en que el delito cometido por el integrante de la organización o grupo criminal no parte de la voluntad social, sino de la decisión propia y autónoma del sujeto. En este caso, si el delito, pese a ejecutarse mientras está vigente la conducta permanente de participación en organización o grupo criminal, no tiene ningún efecto alguno para con el mantenimiento de la agrupación delictiva, la relación entre ambos tipos penales, de ser enjuiciados en la misma causa penal -lo que parece, de entrada, extraño dada su desconexión -, será la del concurso real de delitos.

90. Si el delito cometido por el integrante de la organización o grupo criminal bajo su cuenta y riesgo contribuye de alguna forma al mantenimiento del estado antijurídico que supone la existencia de la agrupación, y, pese a no partir la conducta delictiva de una orden expresa y verbalmente manifestada de la organización o grupo criminal, puede entenderse que la misma responde a los criterios o pautas de actuación generales marcados por la cúpula directiva o asamblea de la agrupación delictiva, podría apreciarse un concurso ideal de delitos con el tipo de participación en organización o grupo criminal.

91. Si el delito cometido por el miembro de la organización o del grupo criminal bajo su cuenta y riesgo que contribuye al mantenimiento de la agrupación no respondiera a reglas de actuación previstas a este respecto por la misma, el juez de turno podría atender como elementos de valoración a la posibilidad del integrante en el caso concreto de actuar o no de otro modo - esto es, valorar si, antes de ejecutar la conducta, hubiera podido consultar la acción a adoptar a este respecto con las bases de la organización -, y a la necesidad estricta del acto para con el mantenimiento de la organización o grupo

criminal en cuestión. Así, si la conducta resulta proporcionada y abstractamente necesaria para el mantenimiento de la organización o grupo criminal, y el sujeto tenía o creía tener la necesidad de actuar de forma inmediata, antes de consultar a las bases, por la inminencia del peligro para con la subsistencia de la agrupación delictiva, pudiera apreciarse la identidad sustancial entre las conductas ejecutivas, y, con ello, el concurso ideal entre el delito en cuestión ejecutado y el delito de participación en organización o grupo criminal. Si se llega, atendidas las circunstancias, a la conclusión contraria, esto es: a que la conducta no era necesaria para el mantenimiento de la agrupación delictiva, o a que el sujeto tenía tiempo para consultar la decisión con las bases, al no ser el peligro inmediato, la relación entre las conductas ejecutivas se vería como no necesaria, equiparándose estos supuestos con los de mera coincidencia espacio-temporal entre comportamientos, y, aplicándose, por ende, la figura del concurso real de delitos.

92. De cara a la aplicación del concurso ideal entre el delito de participación en organización o grupo criminal y el delito cometido por el integrante que contribuye al mantenimiento del primero, ha de diseñarse alguna estrategia para evitar valorar más de una vez el delito de organización o grupo criminal cuando se hayan perpetrados varios delitos en su seno. Si bien cada delito cometido por el integrante en el seno de la agrupación que contribuye a su mantenimiento concurre idealmente con el tipo de participación en organización o grupo criminal, ello no puede dar lugar a castigar al sujeto por este último delito tantas veces como ha delinquido en su seno. La mejor solución a este problema viene de la mano de JAKOBS, que propone estimar la existencia de un concurso real entre los delitos cometidos por el integrante durante la vigencia del delito permanente, sumando las penas correspondientes a cada uno de ellos, y creando un delito único “ficticio”; dicho delito único, con una pena equivalente a la suma de todos esos delitos, concurriría entonces de manera ideal con el delito permanente de participación en organización o grupo criminal. De esta forma, se respetaría el tipo de relación existente, tanto entre los distintos delitos cometidos en el marco del entramado criminal, como entre éstos y el delito de organización o grupo criminal, sin vulnerarse el principio *non bis in idem*.

93. Los delitos perpetrados por sujetos aún no integrantes de la organización o grupo criminal, como prueba de valentía para adquirir esa condición de miembro, no concurrirán idealmente con el delito de participación en organización o grupo criminal, pues aquí no se produce siquiera el necesario solapamiento entre las conductas ejecutivas de uno y otro tipo penal: primero se ejecutaría el “delito-prueba” para entrar en la agrupación delictiva, y, después, se adquiriría en su caso el estatus de integrante, iniciándose la ejecución de la conducta de participación en organización o grupo criminal. Habida cuenta de dicha relación de medio a fin entre ambos delitos, entendemos que el concurso de delitos existente debiera ser de tipo medial, en tanto se trata de dos acciones distintas, constitutivas cada una de un tipo penal, pero relacionadas entre sí por dicha relación.

94. Problema también a abordar es el que surge cuando la conducta de colaboración con la organización criminal o de financiación del grupo criminal, realizada por el *extraneus*, resulta asimismo subsumible en otro tipo penal, por consistir la misma precisamente en participar en una conducta delictiva. En los casos mayoritarios en que la conducta de colaboración con organización o grupo criminal sea puntual y única, consistiendo en esa participación en un “delito-fin” o “delito instrumental” de la agrupación delictiva, consideramos que no ha de apreciarse un concurso de delitos entre el delito de colaboración y el delito en cuestión perpetrado, sino un concurso de leyes, considerándose norma preferente la relativa al delito-fin o delito instrumental ejecutado. Castigar simultáneamente al sujeto como reo de este delito y del de colaboración resultaría excesivo, toda vez que la colaboración no ha trascendido de la participación en aquel delito. El acto de colaboración no ostenta un injusto adicional al propio del delito-fin o delito instrumental por su carácter puntual.

En los casos en que la colaboración del *extraneus* no sea puntual, sino reiterada en el tiempo o permanente, habrá de estarse a las circunstancias concurrentes. Si cada una de las contribuciones prestadas durante el periodo de tiempo de que se trate han consistido en actos de participación en delitos cometidos en el seno de la agrupación delictiva, entendemos procedente el castigo al sujeto exclusivamente por esos tipos penales cometidos como partícipe, sin apreciar, por las mismas razones vistas *supra*, el tipo de colaboración con organización o grupo criminal. A pesar de esa vinculación más permanente con el entramado criminal, el sujeto sigue siendo un extraño a la misma, que no participa de su dinámica de grupo, siendo, por ende, suficiente el castigo por los delitos concretos en que ha participado.

95. Sin negar la indubitada necesidad de establecer penas para los sujetos participantes y colaboradores con organizaciones y grupos criminales, queremos señalar que es necesario ir más allá del castigo a través de la vía penal de estos individuos. A este respecto, consideramos imprescindible la adopción de medidas de carácter extrapenal que incidan en las mismas causas sociológicas del fenómeno de la criminalidad organizada. Así, resulta necesario adoptar medidas a nivel global para disminuir, en la medida de lo posible, las grandes desigualdades sociales existentes, que son aprovechadas por las agrupaciones delictivas para enriquecerse a costa de personas sin recursos y con necesidades económicas acuciantes, mediante el desarrollo de actividades ilícitas como el favorecimiento de la inmigración ilegal, el tráfico de órganos o la prostitución. Igualmente necesarias son medidas que hagan frente a la situación actual de completa desregularización de la economía y del sector financiero, que posibilita a las organizaciones criminales la fácil inserción en el mercado legal de sus ganancias delictivas. Urgente es, por tanto, poner freno a los actuales paraísos fiscales. La vía penal se erige así en herramienta necesaria, pero *per se*, desde luego, del todo insuficiente para frenar el peligroso avance de la criminalidad organizada, que ha de ser afrontado con medidas que incidan en los factores que explican y motivan su existencia.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- **ABANTO VÁSQUEZ, M.A.**, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, nº 18, 2006.

- **ACALE SÁNCHEZ, M.**, “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 10, 2002.

- **ACOSTA GALLO, P.**, “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 11, 2006.

- **AGUADO CORREA, T.**, “Artículo 563”, en GÓMEZ TOMILLO, M./JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI*, Aranzadi, Madrid, 2016.
 - “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05, 2013.

 - “Normas mínimas sobre decomiso de los instrumentos y del producto de la delincuencia organizada en la Unión Europea (Directiva 2014/42/UE) y su incorporación al Derecho español”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- **AGUADO I CUDOLÀ, V.**, “Los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana. Título competencial. Fines y organización administrativa”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *El nuevo régimen de seguridad ciudadana*, Aranzadi, Navarra, 2015.

- **ALEO, S.**, “Delitti associativi e criminalità organizzata. I contributi della teoria dell’organizzazione”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, nº 3, 2012.
 - “Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative”, Giuffré, Milán, 1999.

- **ANARTE BORRALLO, E.**, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C./ANARTE BORRALLO, E. (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

- **ARROYO DE LAS HERAS, A.**, “Capítulo II. Las eximentes incompletas del número 1º. del artículo 21 del Código Penal”, en MUÑOZ CUESTA, J., (Coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- **ARZT, G.**, “§§ 129, 129 a; Kriminelle Organisationen”, en ARZT, G., y WEBER, U., *Strafrecht. Besonderer Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2000.

- **BACIGALUPO ZAPATER, E.**, “Problemas del error”, *La Ley*, nº 3, 1996.

- **BALDÓ LAVILLA, F.**, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., Bdef, Buenos Aires, 2016.
- **BARBER BURUSCO, S.**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, Comares, Granada, 2004.
- **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.**, “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 37, 1984.
- **BIANCHI PÉREZ, P.B.**, “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal”, *Dikaiosyne*, Nº 22, 2009.
- **BLANCO CORDERO, I.**, *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001.
- **BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.**, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, *Revista Penal*, nº 6, 2000.
- **BRANDARIZ GARCÍA, J.A.**, “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del artículo 515.1 CP y la nueva reforma penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. /VENTURA PÜSCHEL, A. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009.
- **CADAVID LONDOÑO, P.**, *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delictivo*, Universidad de los Andes, Ibáñez, 2013.
- **CAMPO MORENO, J.C.**, *Represión penal del terrorismo: una visión jurisprudencial*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997.
- **CANCIO MELIÁ, M.**, “Artículo 517”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
 - “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Aranzadi, Navarra, 2011.
 - “El “caso ‘Manos Blancas’: Problemas de imputación en contextos de organización criminal” a la luz del derecho penal español”, en COUSO, J., y WERLE, G., *Intervención delictiva en contextos organizados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
 - “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en CANCIO MELIÁ, M./POZUELO PÉREZ, L. (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra, 2008.

- *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Colección de Derecho Penal, Reus, Madrid, 2010.
- **CARBONELL MATEU, J.C./VIVES ANTÓN, T.S.**, “Arts. 515-521”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- “De los delitos de desórdenes públicos”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- **CARDOSO PEREIRA, F.**, *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, Juruá, Lisboa, 2016.
- **CARMONA SALGADO, C.**, “Los delitos de desórdenes públicos”, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- **CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.**, “La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, *Ius et Praxis*, vol. 16, nº 2, 2010.
- **CARO JOHN, J.A.**, “La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal”, *Nueva doctrina penal*, nº 2, 2005.
- **CARRARA, F.**, *Programa de Derecho criminal. Parte Especial. Vol. IV*, Temis, Bogotá 1980.
- **CARRASCO ANDRINO, M.M.**, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002.
- **CARRETERO SÁNCHEZ, A.**, “La organización y el grupo criminal en la reforma del Código Penal”, *La ley*, nº 7560, 2011.
- **CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.**, “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 27, 1990.
- **CARUSO FONTÁN, V.**, “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 23, 2015.
- **CASTELLVÍ MONTSERRAT, C.**, “Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo” en CORCOY BIDASOLO M./MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma Ley Orgánica 1/2015 y Ley Orgánica 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- **CEREZO MIR, J.**, *Curso de derecho penal español. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.

- “La regulación del estado de necesidad en el Código penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 10, 1987.
- **CHOCLÁN MONTALVO, J.A.**, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- **COLOMER BEA, D.**, “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-18, 2017.
- **CORCOY BIDASOLO, M.**, “La perspectiva jurídico-penal”, en MIR PUIG, S./ QUERALT, J.J. (Dir.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Bdef, 2010.
- **CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S.**, “Capítulo III. De los desórdenes públicos”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- **CORDINI, N. S.**, “Delitos de organización: los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal” en el derecho interno y en el derecho internacional”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, n.º 104, enero-junio de 2017.
- **CÓRDOBA RODA, J.**, “Art. 20.5º”, en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
 - “Libertad de asociación y Ley penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 30, 1977.
- **CORNEJO, A.**, *Asociación ilícita*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992.
- **CORTÉS BECHIARELLI, E.**, “Lección XXII. Delitos contra la seguridad colectiva (II). Los delitos de incendio”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.
 - “Lección XXXII. Organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial, Vol. II*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.
 - “Lección XXIV. Delitos contra la seguridad colectiva (IV). Delitos contra la salud pública. Segunda parte. El tráfico de drogas”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.
- **CREUS, C.**, *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. II*, 4ª ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993.
- **CUENCA GARCÍA, M.J.**, “La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano”, *La ley penal*, nº 93, 2012.
- **CUERDA ARNAU, M.L.**, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

- “Lección XLI. Delitos contra el orden público”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- “Lección XL. Delitos contra la Constitución”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- *El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*, Universidad de Valencia, 1997.
- **CUERDA RIEZU, A.**, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984.
- **CUESTA PASTOR, P.J.**, *Delitos obstáculo: tensión entre política-criminal y teoría del bien jurídico*, Comares, Granada, 2002.
- **DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.**, “El significado de la cláusula de orden público”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.M. (Coord.), *Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- **DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.**, y **GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.**, *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ariel, Barcelona, 2010.
- **DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.**, “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./ VALCÁRCE LÓPEZ, M. (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, 2001.
- **DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.**, *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1995.
- *El delito de amenazas (en el nuevo Código Penal)*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997.
- **DEL ROSAL, J.**, “De la aplicación del estado de necesidad (Sentencia de 18 de diciembre de 1963)”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Sección de jurisprudencia.
- **DELGADO MARTÍN, J.**, *La criminalidad organizada (Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción de investigación relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*, Bosch, Barcelona, 2001.
- **DÍAZ CABIALE, J.A.**, “El decomiso tras las reformas del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-10, 2016.

- **DÍAZ PALOS, F.**, *Culpabilidad jurídico-penal*, Bosch, Barcelona, 1954.
- **DÍAZ TORREJÓN, P.**, “Capítulo 32. Delitos cometidos contra el orden público: Sedición. Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, Ramón Areces, Madrid, 2016.
- **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.**, “Asociación ilícita”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
 - “Delitos contra el orden público”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
 - *El error sobre elementos normativos del tipo*, La Ley, Madrid, 2008.
 - “¿Error de tipo o error de hecho?”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
 - “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en LUZÓN PEÑA, D.-M./MIR PUIG, S. (Dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- **DONNA, E.A.**, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- **DOVAL PAÍS, A.**, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- **EDWARDS, C.E.**, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- **ESCUCHURI AISA, E.**, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código penal español en relación con la delincuencia organizada”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 37, 2015.
 - *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.
- **EXPÓSITO LÓPEZ, L.**, “El agente encubierto”, *Revista de Derecho UNED*, nº 17, 2015.
- **FALCONE, G./ PADOVANI, M.**, *Cosas de la Cosa Nostra*, Barataria, Barcelona, 2006.
- **FARALDO CABANA, P.**, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el código penal español”, *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, nº 19, 2013.
- **FARALDO CABANA, P./CUENCA GARCÍA, M.J.**, “Organizaciones criminales: Art. 570bis.1”, en **ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.** (Dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- **FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.**, “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, *La Ley*, Nº 1, 1997.
- **FERNÁNDEZ DE PAIZ, R.**, “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *La Ley*, 8060, 2013.
- **FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.**, “Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter, 572 y 574)”, en **GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.** (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal frente a la delincuencia organizada”, en **PUENTE ABA, L.M.** (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.
- **FERRÉ OLIVÉ, J.C.**, “<<Blanqueo>> de capitales y criminalidad organizada”, en **FERRÉ OLIVÉ, J.C./ANARTE BORRALLA, E.** (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- “Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas”, en **NÚÑEZ PAZ, M.A.** (Coord.), *Un derecho penal comprometido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- **FONTÁN BALESTRA, C.**, *Tratado de Derecho penal. Tomo VI. Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
- **FÜRST, M.**, *Grundlagen und Grenzen der §§129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 886, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989.
- **GALLO, S.P.**, *Asociación ilícita y concurso de delitos. Análisis de las diferentes posturas sobre el concurso entre el delito de asociación ilícita y los delitos cometidos en cumplimiento de su objeto*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2003.
- **GARCÍA ALBERO, R.M.**, “De las organizaciones y grupos criminales”, en **QUINTERO OLIVARES, G.** (Dir.)/ **MORALES PRATS, F.** (Coord.), *Comentarios al Código Penal español, Tomo II, 7.ª ed.*, Aranzadi, 2011.
- “Non bis in ídem” material y concurso de leyes penales, Cedecs, Madrid, 1995.

- **GARCÍA ÁLVAREZ, P.**, *El derecho penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, E.**, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1982.
- **GARCÍA DEL BLANCO, V.**, “Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.), *Reforma Penal. Memento Práctico*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.**, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1977.
 - “La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 29, Fasc. 1, 1976.
- **GARCÍA RIVAS, N./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./CANCIO MELIÁ, M./ CUENCA GARCÍA, M.J./ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./ FARALDO CABANA, P./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ LAMARCA PÉREZ, C./BRANDARIZ GARCÍA, J.A./GARROCHO SALCEDO, A.**, “Delitos de organización: arts. 515 y 516, 570 bis y ss., 571 y ss. (Asociaciones ilícitas, organizaciones criminales y delitos de terrorismo)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal. Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- **GARCÍA RIVAS, N.**, “Organizaciones y grupos criminales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- **GARCÍA VALDÉS, C.**, “Tres temas penales de actualidad”, *La Ley Penal*, nº 122, 2015
- **GARCÍA VITORIA, A.**, “Algunas propuestas sobre las causas de ausencia de la acción típica”, en ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E./ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./ DENDALUCE SEGUROLA, I. (Coord.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, 1989.
- **GIL GIL, A.**, “Lección 10. El delito como acción típica, II: El tipo subjetivo del delito de acción doloso”, en GIL GIL, A./ LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.
- **GIMBERNAT ORDEIG, E.**, “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

- “Notas”, en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, I, vol. 2º, Infracciones contra la personalidad*, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, 1972.
- **GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.**, “La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales”, en *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, 2012.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A./DE LA CORTE IBÁÑEZ, L./ REQUENA ESPADA, L./ DE JUAN ESPINOSA, M.**, “La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión imposible?”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Art. 9, Nº 7, 2009.
- **GÓMEZ, E.**, *Tratado de Derecho penal. Tomo V*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.
- **GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.**, “Crítica de la política penal del orden público”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1982.
- **GÓMEZ LANZ, J.**, “Medidas conectadas con la lucha contra el crimen organizado en las recientes reformas del Código penal”, en DE TOMÁS MORALES (Dir.), *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*, Dykinson, Madrid, 2015.
- **GÓMEZ MARTÍN, V.**, “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*”, 18-20, 2016.
- **GÓMEZ RIVERO, M.C.**, “¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Penal*, nº 14, 2004.
- “Lección XXII. La inexigibilidad de otra conducta”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ªed., Tecnos, Madrid, 2019.
- **GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.**, *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ara, Lima, 2017.
- “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *La Ley*, nº 8341, 2014.
- **GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.**, *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Lección inaugural del curso 2005/06, Castellón de la Plana, 23 de septiembre de 2005.
- **GONZÁLEZ MÁZ, J.L.**, “Instrumentos jurídicos en la lucha contra el crimen organizado”, en MAGAZ ÁLVAREZ, R. (Coord.), *Criminalidad y globalización*.

Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la ley, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2016.

- **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 -)”, *La Ley*, 3318/2001.

- “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, nº 30, 2012.

- “La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc./Mes 3, 1977.

- **GUZMÁN DÁLBORA, J.L.**, “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 2, 1998.

- **HABERSTUMPF, H.**, “Konkurrenzprobleme bei der Anwendung der Paragraphen 129 und 129a StGB”, *Monatsschrift für deutsches Recht*, 12,1979.

- **HARTMANN, A.**, “§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, en DÖLLING, D., DUTTGE, G., y RÖSSNER, D. (Edit.), *Gesamtes Strafrecht*, 2.Auflage, 2011.

-**HAURIOU, M.**, *Précis élémentaire de Droit administratif*, París, 1926.

- **HERNÁNDEZ ESQUIVEL, J.A.**, “La coautoría”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, nº. 75, 2004.

- **HOHMANN, S.**, “Zur eingeschränkten Anwendbarkeit von § 129 StGB auf Wirtschaftsdelikte”, *wistra*, 11.Jahrgang, 1992.

- **IZU BELLOSO, M.J.**, “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 58, 1988.

-**JÄGER, H.**, *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, Alfred Metzner, 1985.

- **JAIME-JIMÉNEZ, O./ CASTRO MORAL, L.**, “La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 91.

- **JAKOBS, G.**, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997.

- “*Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

-*La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996.

- **JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.**, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, en COBO DEL ROSAL, M.

(Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo XV, Vol. 1º. Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994.

-*Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

- **JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M.J./ COMES RAGA, I.**, “El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado”, *La Ley*, nº 14302, 2010.

- **JOSHI JUBERT, U.**, “Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVIII, fascículo 1.

- **JUANATEY DORADO, C.**, “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 120, III, Época II, 2016.

- **JUANES PECES, Á.**, Ponencia “*Efectos de la Reforma del Código Penal en Materia de Grupos Criminales y Terrorismo*”, en XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, 18 de noviembre de 2010, Ponencia editada por el Ministerio de Justicia, Madrid.

- **LACRUZ LÓPEZ, J.M.**, “Lección 18. El delito como conducta antijurídica, II: Las causas de justificación, y 2: El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y el consentimiento”, en GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.

- “Lección 19. El delito como conducta antijurídica, y III: La graduación de lo injusto”, en GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.

- **LAMARCA PÉREZ, C.**, “Atenuación por arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas”, *La Ley*, nº 16988, 2011.

- “La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?”, *Jueces para la democracia*, nº 20, 1993.

- “Tema 24. Delitos contra la Constitución”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2015.

- “Tema 25. Delitos contra el orden público”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2015.

-*Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

- **LAMPE, E-J.**, “Injusto del Sistema y sistemas de injusto”, en LAMPE, E-J., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003.

- **LANGER-STEIN, R.**, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§129, 129a StGB)*, VVF, München, Florence, 1987.

-**LAURENZO COPELLO, P.**, “La discriminación en el Código penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 19, 1996.

- “Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, en MAQUEDA ABREU, M.L. (Dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

- **LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.**, “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 60, 2007.

- **LEÓN ALAPONT, J.**, “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017.

-**LIPPOLD, R.**, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfsteiner Lehrevon den Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes*, Heidelberg, 1985.

- **LLOBET ANGLÍ, M.**, “Capítulo 25. Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.

-*Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Madrid, 2010.

- **LLORIA GARCÍA, P.**, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006.

-**LOHSE, K.**, “§ 129 StGB”, en SATZGER, H./ SCHLUCKEBIER, W. (Edit.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 3. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2016.

- **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.**, “El agente encubierto”, *La Ley*, nº 1132, 2001.

- **LÓPEZ MUÑOZ, J.**, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015.

- **LÓPEZ PEREGRÍN, M.C.**, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- **LUZÓN CÁNOVAS, M.**, “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, *Elderecho.com*, 2011, disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html

- **LUZÓN PEÑA, D.-M.**, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- **MAGALDI PATERNOSTRO, M.J.**, “Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada (Los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP)”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011.

- **MAGGIORE, G.**, *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. III, De los delitos en particular*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1985.

- **MALJEVIC, A.**, *‘Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’. Different Legal Models Against Criminal Collectives*, Duncker&Humboldt, Berlín, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2011.

- **MAÑALICH R., J.P.**, “Miedo insuperable y obediencia jerárquica”, *Revista de Derecho*, Vol. XXI, nº 1, 2008.
 - “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, nº 2, 2011.

- **MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.**, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso BANKIA”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- **MARTELLPÉREZ-ALCALDE, C./ QUINTERO GARCÍA, D.**, “De las organizaciones y grupos criminales”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010.

- **MARTÍNEZ CANTÓN, S.**, *La ponderación en el estado de necesidad*, Universidad de León, 2006.

- **MARTÍNEZ GARAY, L.**, “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 7, 2007.

- **MARTÍNEZ GARAY, L./ MIRA BENAVENT, J.**, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
 - “Las referencias al art. 129 CP en el Libro II del Código penal tras la LO 5/2010: una antinomia normativa que no resuelve el Anteproyecto de 2012”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, 2012.

- **MAURACH, R.**, *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil*, 5.ª ed., C.F. Müller, Karlsruhe, 1969.

-**MEDINA ARIZA, J. J.**, “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C./ ANARTE BORRALLA, E. (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

- **MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.**, “Lección 38. Personas jurídicas y responsabilidad penal”, en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.

- **MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.**, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por una persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

- “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº 544/2012, de 2 de julio. Delimitación entre los delitos de asociación ilícita y participación en organización criminal”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013.

- **MENDOZA BUERGO, B.**, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.

- **MIKKELSEN-LÖTH, J.F.**, “El delito de asociación ilícita”, *La Ley*, T-1996-D, Sec. Doctrina.

- **MILITELLO, V.**, “Criminalidad organizada transnacional y Unión Europea: perfiles y problemas”, *Revista Científica A Barriguda*, v. 2, n. 1, 2012.

- “La pertenencia a una organización criminal como tipo penal modelo europeo”, *Persona y Derecho*, nº 51, 2004.

- “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R., *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001.

- **MIR PUIG, S.**, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

- “Comentarios al Capítulo primero, del Título primero, del Libro primero del nuevo Código penal”, en *El nuevo Código penal y la ley del jurado*, Universidad de Sevilla, 1998.

- **MIRÓ LLINARES, F.**, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Dykinson, Madrid, 2010.

- “Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)”, en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales*

de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales, Dykinson, Madrid, 2010.

- **MOCCIA, S.**, “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, nº 5, 2000.

- *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Edizione Scientifiche Italiani, Nápoles, 1997.

- “Ordine pubblico, disposizione a tutela dell’”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, t. XXII, Roma, 1990.

- **MOLINA FERNÁNDEZ, F.**, “El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº extra 1, 2000.

- **MOLINA PÉREZ, T.**, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009.

- **MOLINO, M.**, “La mafia silente”, *Opinio Juris*, 2018, <http://www.opiniojuris.it/la-mafia-silente-art-416c-p/>.

- **MONTALVO ABIOL, J.C.**, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, Nº 22, 2010-II.

- **MORABITO, S.**, “Introducción”, en CÁMARA DE LANDA, E./ MORABITO, S., *Mafia, ‘Ndrangueta, Camorra. En los entresijos del poder paralelo*, Universidad de Valladolid, 2005.

- **MORAL DE LA ROSA, J.**, “Capítulo 34. Organizaciones y grupos criminales. Organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo”, en ZARATE CONDE, A. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ramón Areces, Madrid, 2016.

- **MORALES PRATS, F.**, “Art. 20.5º”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General (Arts. 1 a 137)*, Aranzadi, Navarra, 2008.

- “Art. 20.7º”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General (Arts. 1 a 137)*, Aranzadi, Navarra, 2008.

- **MORELL OCAÑA, L.**, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 1999.

- **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

- “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?”, *Revista Penal*, nº 9, 2002.

- **MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.**, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- **MUÑOZ CLARES, J.**, *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- **MUÑOZ CUESTA, F.J.**, “Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2011, BIB 2011\352.

- **MUÑOZ RUIZ, J.**, *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas. Régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación*, Aranzadi, Navarra, 2016.

- **MUÑOZ SÁNCHEZ, J.**, *El delito de detención*, Trotta, Madrid, 1992.

- **MUSACCHIO, V.**, “Concepto de criminalidad organizada transnacional, globalización y función de la cooperación internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 29, 2017.
 - “Corrupción política y criminalidad organizada: peligrosas connivencias”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013.
 - “La mafia como un fenómeno a combatir a nivel europeo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015.
 - “Sobre la necesidad de instituir el delito de asociación mafiosa en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 25, 2016.

- **NAVARRO MASSIP, J.**, “Las denominadas conductas neutrales: supuestos de intervenciones atípicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2010.

- **NIETO MARTÍN, A.**, “Lección XXXI. Criminalidad organizada”, en GÓMEZ RIVERO, C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

- **NÚÑEZ CASTAÑO, E.**, “Lección III. La ofensa al bien jurídico como fundamento de la intervención penal”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.
 - “Lección XIV. Elementos del tipo subjetivo (I): El dolo”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

- “Lección XVII. Las causas de justificación (I): La legítima defensa y el estado de necesidad”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- “Lección XXIII. La penalidad”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- “Lección XXIV. Formas de realización del delito: el *iter criminis*”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- “Lección XXIX. Teoría de los concursos”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- **OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.**, “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”, *Cuadernos de política criminal*, nº 1, 1977.
- **OLAIZOLA NOGALES, I.**, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007.
- **OSTENDORF, H.**, “§129. Bildung krimineller Vereinigungen”, en KINDHÄUSER, U./ NEUMANN, U./ PAEFFGEN, H.-U., *Strafgesetzbuch, Band 2*, 4.Auflage, 2013.
- “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. Terroristischer Vereinigungen” §§129, 129 a StGB”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 12. Jahrgang, 1980.
- **PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J.**, *Una aproximación a la delincuencia organizada*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, Madrid, 2017.
- **PALLARÉS MORENO, M.**, “Seguridad ciudadana y competencias del Estado”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo XV, Vol. 1º. Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994.
- **PAREDES CASTAÑÓN, J.M.**, “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Derecho Penal del Estado social y democrático de derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2011.
- **PASTOR MUÑOZ, N.**, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005.

- **PATALANO, V.**, *L'associazione per delinquere*, Jovene, Napoli, 1971.
- **PÉREZ CEPEDA, A.I.**, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.
- **PÉREZ MACHÍO, A.I.**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Comares, Granada, 2017.
- **POLAINO-ORTS, M.**, “Capítulo V: Organizaciones y grupos criminales”, en JAKOBS, G./ POLAINO-ORTS, M., *La criminalidad organizada. Formas de combate desde el derecho penal*, Editorial Flores, 2013.
 - “Organizaciones y grupos criminales”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 2011.
- **POLAINO NAVARRETE, M.**, *El injusto típico en la Teoría del delito*, Mave, Buenos Aires, 2000.
 - “Introducción a los delitos contra el orden público. Sedición. Atentado, resistencia, desobediencia. Desórdenes públicos”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 2011.
- **PORTILLA CONTRERAS, G.**, “Infracción grave de desórdenes públicos”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo XV, Vol. 1º. Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994.
 - “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho penal y administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil”, en CUERDA ARNAU, M.L./GARCÍA AMADO, J.A., *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
 - “Reformas y procesos de armonización de las leyes penales y procesales europeas en materia de criminalidad organizada”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (Coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008.
- **PRIETO SANCHÍS, L.**, “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, Nº 65, 2003.
- **QUEIROLO PALMAS, L.**, “Las manos derechas del estado y el capital guerrero: una etnografía de los aparatos represivos frente al fenómeno de las bandas juveniles en la España contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 6, 2014.

- **QUINTANO RIPOLLÉS, A.**, *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- **QUINTERO, M.E.**, “Persona jurídica y crimen organizado; reflexiones sobre migración ilegal y trata de personas”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- **QUINTERO OLIVARES, G.**, “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, en CUERDA ARNAU, M.L./GARCÍA AMADO, J.A., *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Barcanova, Barcelona, 1981.
- “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C./ANARTE BORRALLA, E. (Coord.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, Universidad de Huelva.
- “La intervención del Derecho Penal en la tutela del espacio público”, en CIERCO SEIRA, C./GARCÍA ALBERO, A./SILVEIRA GORSKI, H., *Uso y control del espacio público: viejos problemas, nuevos desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- “Organizaciones y grupos criminales en el derecho penal de nuestro tiempo”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual*, Aranzadi, Madrid, 2003.
- **RADBRUCH, G.**, “El delincuente por convicción”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005.
- **RAMÓN RIBAS, E.**, “Consecuencias accesorias (art. 129 CP)”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- **REQUENA JULIANI, J.**, “Actividad profesional: conductas neutrales y participación delictiva”, *Revista atlántica del derecho, la historia y la cultura*, nº 2, 2009.
- **REY HUIDOBRO, L.F.**, “Aspectos penales del delito de pertenencia a organización o grupo criminal”, *La Ley Penal*, nº 134, 2018.
- *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- **RIVERO ORTIZ, R.**, “Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?”, *La ley penal*, nº 78, 2011.

- **ROBLES PLANAS, R.**, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.
- **ROCA DE AGAPITO, L.**, “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, *Libertades cívicas y derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1975.
- **ROIG TORRES, M.**, *El concurso ideal de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- **ROMA VALDÉS, A.**, “Artículo 570 bis”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Bosch, Barcelona, 2015.
 - “El delito de organizaciones y grupos criminales”, *Estudios jurídicos*, 2012, https://www.academia.edu/2394755/EL_DELITO_DE_ORGANIZACIONES_Y_GRUPOS_CRIMINALES.
- **ROMBO, V.**, “Concorso eventuale nell’associazione mafiosa: la formazione del diritto vivente e la praticabilità e processuale delle soluzioni applicative”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. IV, nº 1, 2012.
- **ROMEO CASABONA, C. M.**, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- **ROPERO CARRASCO, J.**, “¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y ‘justo’ castigo de la delincuencia organizada?”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 27, 2007.
 - “¿Protección social versus garantismo?: Excesos y defectos en el tratamiento jurídico de la delincuencia organizada”, en CUERDA RIEZU, A.R. (Dir.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2008.
- **ROXIN, C.**, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
 - “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, *Revista Penal*, nº 2, 1998.
- **RUBIO, Z. L.**, *El delito de asociación ilícita*, Platense, La Plata, 1981.
- **RUDOLPHI, H.-J.**, “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 12. Jahrg., H. 9, 1979.
 - “Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der SS 129, 129a StGB”, en FRISCH, W./ SCHMID, W.

(Edit.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymann, Köln, 1978.

- **RUDOLPHI, H.-J./ STEIN, U.**, “§129 StGB”, en WOLTER, J. (Edit.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), Band III*, 8. Auflage, 2005.

- **RUIZ BOSCH, S.**, “Organizaciones y grupos criminales”, *Noticias jurídicas*, 2015, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10446-organizaciones-y-grupos-criminales/>.

- **SÁINZ CANTERO, J.A.**, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Bdef, Buenos Aires, 2018.

- **SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.**, “Capítulo 40. Delitos contra la seguridad colectiva (I). Delitos de riesgo catastrófico. De los incendios”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.

- “Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.

- **SALDAÑA, Q.**, *La reforma del Código penal*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1920.

- **SALINERO ALONSO, C.**, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000.

- **SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.**, “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en ARROYO ZAPATERO, L.A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, Vol.2, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

- “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, *Derecho Penal Contemporáneo*, nº. 23, 2008.

- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.

- “Artículo 570 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M./ JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI*, Aranzadi, Madrid, 2016.

- “Artículo 570 quáter”, en GÓMEZ TOMILLO, M./ JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI*, Aranzadi, Madrid, 2016.

- **SANTA RITA TAMÉS, G.**, *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, Bosch, Barcelona, 2015.

- **SANZ MORÁN, A.J.**, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986.
- **SCHEIFF, B.**, “Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (129 StGB)?”, *Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Band 30, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997.
- **SCHROEDER, F.-C.**, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 96, Walter de Gruyter, Berlín, 1985.
- **SCHUMACHER, W.**, “Gruppendynamik und Straftat”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 35, 1980.
- **SIDONI, A.**, “Mafia, Camorra, ‘Ndrangueta: El imaginario colectivo y la evolución histórica”, en CÁMARA DE LANDA, E./MORABITO, S., *Mafia, ‘Ndrangueta, Camorra. En los entresijos del poder paralelo*, Universidad de Valladolid, 2005.
- **SILVA SÁNCHEZ, J.M.**, *La expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001.
 - “La “intervención a través de organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito?”, en CANCIO MELIÁ, M./ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Delitos de organización*, Bdef, Buenos Aires, 2008.
 - “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, en *Manuales de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial* (Ejemplar dedicado a Derecho penal económico), nº 14, 2001.
 - “¿“Pertinencia” o “Intervención”? Del delito de “pertinencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización en el delito”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./GURDIEL SIERRA, M./CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 35, Fasc. 3, 1982.
- **SMITH, J.C.**, “El orden público como concepto y como “status” social”, *Revista de Derecho español y americano*, nº 10, 1965.
- **SOLER, S.**, *Derecho Penal Argentino. Tomo IV*, 2ª ed., TEA, Buenos Aires, 1963.
- **SOTO RODRÍGUEZ, M.L.**, “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”, *La Ley*, 5153/2012.
- **SPARAGNA, R.B.**, “Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

- **SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J.**, “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005.
- **SUÁREZ LÓPEZ, J.M.**, “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada”, *Anales de Derecho*, nº 30, 2012.
 - “El tratamiento penal de la criminalidad organizada en el tráfico de drogas”, en GONZÁLEZ RUS, J.J. (Dir.), *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- **SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.**, “El acoso escolar. Un apunte victimológico”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, 2007.
- **TAMARIT SUMALLA, J.M.**, “Art. 515”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II*”, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.
 - “Art. 520”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II*”, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.
- **TERRADILLOS BASOCO, J.M.**, “Artículo 174”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.
- **TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M.**, “Lección 30. Delitos contra el orden público (I)”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*, 2ª ed., Iustel Publicaciones, Madrid, 2016.
- **TONA, G.**, “I reati associativi e di contiguità (Artt. 416-418)”, en MANNA, A./ PAPA, M./ CADOPPI, A./ CANESTRARI, S. (Dir.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. III*, Torino, 2008.
- **TORRES FERNÁNDEZ, M.E.**, *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- **TRÖNDLE, H./ FISCHER, T.**, “§ 129 StGB”, en *Beck'sche Kurzkommentare. Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53. Auflage, C.H.Beck, München, 2006.
- **VARONA GÓMEZ, D.**, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000.
- **VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.**, *Código penal comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, 2015.
- **VELASCO NÚÑEZ, E.**, “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *La ley penal*, nº 86, 2011.

- **VERA SÁNCHEZ, J.S.**, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- **VIDALES RODRÍGUEZ, C.**, “Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - “Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales”, *Revista Penal*, nº 30, 2012.
- **VIDALES RODRÍGUEZ, C./LARRIBA HINOJAR, B.**, “Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España”, *Revista Penal México*, nº 8, 2015.
- **VILLACAMPA ESTIARTE, C.**, “Trata de seres humanos y delincuencia organizada: conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal”, *InDret*, nº 1, 2012.
- **VIVES ANTÓN, T.S./CARBONELL MATEU, J.C.**, “Delitos contra la Constitución”, en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- **WERLE, G.**, “Die Beteiligung an kriminellen Vereinigungen und das Problem der Klammerwirkung”, *Juristische Rundschau*, 1979.
- **ZAFFARONI, E.R.**, *El crimen organizado. Una categorización frustrada*, Leyer, Bogotá, 1996.
- **ZERBOGLIO, A.**, *Delitti contro l'ordine pubblico. Delitti contro l'incolumità pubblica*, Vallardi, Milán, 1935.
- **ZIFFER, P.**, *El delito de asociación ilícita*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2005.
- **ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.**, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31bis y 129 del Código penal)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo Derecho penal español: estudios en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001.
- **ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.**, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2000.
 - “Comentario previo a los artículos 557 a 562”, en GÓMEZ TOMILLO, M./JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI*, 1ªed., Aranzadi, Madrid, 2015.

- “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en SANZ MULAS, N. (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.

- *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

- “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de <participación en organización criminal>”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L./ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C./DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. (Coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002.

- “Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.), *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

- “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

JURISPRUDENCIA

(con referencia a la base de datos Aranzadi)

STS 369/2018, de 19 julio (RJ 2018\3596)

STS 216/2018, de 8 mayo (RJ 2018\3193)

STS 379/2017, de 25 de mayo (RJ\2017\2490)

STS 358/2017, de 18 de mayo (RJ\2017\2705)

SAP Las Palmas 138/2017, de 17 mayo (ARP 2018\800)

STS 312/2017, de 3 de mayo (RJ\2017\2546)

STS 149/2017, de 9 de marzo (RJ\2017\1764)

STS 92/2017, de 16 de febrero (RJ\2017\647)

SAP ACoruña 703/2016, de 30 diciembre (JUR\2017\26394)

STS 920/2016, de 12 de diciembre (RJ\2016\5970)

STS 878/2016, de 22 de noviembre (RJ\2016\5739)
STS 853/2016, de 11 de noviembre (RJ\2016\5435)
STS 824/2016, de 3 de noviembre (RJ\2016\5384)
STS 798/2016, de 25 de octubre (RJ\2016\5095)
STS 778/2016, de 19 octubre (RJ\2016\4962)
STS 714/2016, de 26 septiembre (RJ 2016\4720)
STS 631/2016, de 14 de julio (RJ\2016\3405)
SAP Zaragoza 105/2016, de 18 mayo (JUR\2016\187420)
STS 378/2016, de 3 de mayo (RJ\2016\1865)
STS 277/2016 de 6 abril. RJ 2016\1325
STS 178/2016, de 3 de marzo (RJ\2016\1911)
SAP Valladolid 55/2016, de 7 marzo (JUR 2016\77614)
STS 134/2016, de 24 febrero (RJ\2016\2172)
STS 154/2016, de 29 de febrero (RJ 2016\600)
SAN 2/2016, de 5 de febrero (JUR\2016\28803)
STS 58/2016, de 4 febrero (RJ 2016\202)
STS 862/2015, de 22 de diciembre (RJ\2015\5885)
STS 454/2015, de 10 julio (RJ \2015\6558)
STS 413/2015 de 30 junio (RJ\2015\4592)
STS 495/2015, de 29 junio (RJ 2015\3889)
STS 399/2015, de 18 de junio (RJ\2015\3872)
STS 266/2015, de 12 de mayo (RJ\2015\2430)
STS 162/2015, de 11 de marzo (RJ\2015\1123)
STS 128/2015, de 25 de febrero (RJ\2015\1075)
SAP Pontevedra 13/2015, de 12 de enero (JUR\2015\18196)

SAN 32/2014, de 22 de diciembre (JUR\2015\5080)

STS 575/2014, de 17 julio (RJ\2014\3804)

SAP Madrid 768/2014, de 14 de julio (ARP\2014\1609)

STS 439/2014, de 10 julio (RJ\2014\4262)

STS 575/2014, de 7 de julio (RJ\2014\3804)

STS 450/2014 de 27 mayo (RJ 2014\3883)

AAN de 19 mayo 2014 (JUR\2016\68724)

STS 371/2014, de 7 de mayo (RJ\2014\2373)

STS 337/2014, de 16 de abril (RJ\2014\2888)

STS 289/2014, de 8 de abril (RJ\2014\2046)

STS 157/2014, de 5 marzo (RJ\2014\2016)

STS 950/2013, de 5 de diciembre (RJ\2014\297)

STS 855/2013, de 11 de noviembre (RJ\2014\1213)

SAN de 16 octubre 2013 (ARP\2013\984)

SAP Barcelona 18/2013, de 2 de abril (JUR\2013\193781)

STS 309/2013, de 1 de abril (RJ\2013\3288)

STS 187/2013, de 11 de febrero (RJ\2013\6410)

STS 1035/2013, de 9 de enero (RJ\2014\552)

STS 732/2012, de 1 de octubre (RJ\2012\11349)

STS 659/2012, de 26 de julio (RJ\2012\9067)

STS 544/2012, de 2 de julio (RJ\2012\7521)

STS 331/2012, de 4 de mayo (RJ\2012\9840)

STS 334/2012, de 25 abril (RJ\2012\11286)

STS 312/2012, de 24 de abril (RJ\2012\5761)

STS 207/2012, de 12 de marzo (RJ 2012\4889)

STS 110/2012, de 29 de febrero (RJ\2012\3662)
STS 1396/2011, de 28 diciembre (RJ 2012\11053)
SAN 20/2011, de 1 de junio (JUR 2011\235997)
STS 372/2011, de 10 mayo (RJ 2011\4275)
STS 312/2011, de 29 de abril (RJ\2011\4272)
STS 293/2011, de 14 de abril (RJ\2011\3349)
STS 628/2010, de 1 de julio (RJ\2010\7186)
STS 520/2010, de 25 de mayo (RJ\2010\6145)
STS 405/2010, de 29 de abril (RJ\2010\5566)
STS 326/2010, de 13 de abril (RJ\2010\5552)
STS 290/2010 de 31 marzo (RJ\2010\5544)
STS 921/2009, de 20 de octubre (RJ\2009\5996)
STS 987/2009, de 13 octubre (RJ\2009\5598)
STS 765/2009 de 9 julio (RJ 2009\6970)
STS 693/2009, de 17 de junio (RJ\2009\5974)
STS 480/2009, de 22 mayo (RJ\2010\662)
STS 486/2009, de 8 de mayo (RJ\2009\4160)
STS 356/2009, de 7 de abril (RJ\2009\4834)
STS 16/2009, de 27 de enero (RJ\2010\661)
STS 745/2008, de 25 noviembre (RJ 2009\1611)
SAP Alicante 280/2008, de 25 abril (JUR\2008\225137)
SAN 65/2007, de 31 octubre (JUR\2007\328722)
STS 483/2007, de 4 junio (RJ 2007\474)
STS 452/2007, de 23 mayo (RJ\2007\3278)
STS 338/2007, de 25 de abril (RJ\2007\3327)

SAP Madrid 72/2007, de 30 de marzo (JUR\2007\213058)

STS 234/2007, de 23 marzo (RJ\2007\3253)

STS 119/2007, de 16 de febrero (RJ 2007\1930)

STS 136/2007, de 8 de febrero (RJ\2007\2003)

STS 55/2007, de 23 de enero (RJ\2007\2316)

STS de 19 de enero de 2007 (RJ\2007\1771)

STS 1075/2006, de 23 de octubre (RJ\2006\8105)

STS 913/2006, de 20 de septiembre (RJ\2006\6401)

STS 797/2006, de 20 de julio (RJ\2006\8412)

STS 800/2006, de 13 julio (RJ\2006\8010)

STS 783/2006, de 29 junio (RJ 2006\4944)

SAN 26/2006, de 27 de junio (ARP\2008\436)

SAP Málaga 18/2006, de 21 marzo (ARP 2006\350)

SAP Castellón 182/2006, de 3 abril (JUR 2006\189393)

STS 278/2006, de 10 de marzo (RJ\2006\5415)

STS 220/2006, de 22 febrero (RJ\2006\903)

STS 865/2005, de 24 junio (RJ\2005\6896)

STS 808/2005, de 23 de junio (RJ\2005\7684)

STS 797/2005, de 21 de junio (RJ\2005\5155)

STS 670/2005, de 27 mayo (RJ\2005\5624)

SAP Cáceres 69/2005, de 4 mayo (JUR 2005\126666)

STS 340/2005, de 8 de marzo (RJ\2005\2728)

STS 185/2005, de 21 de febrero (RJ\2005\4970)

STS 1390/2004, de 22 noviembre (RJ\2004\8019)

STS 785/2003, de 29 de mayo (RJ\2003\6321)

SAP Tarragona 164/2003, de 8 mayo (ARP 2003\721)

STS 421/2003, de 10 de abril (RJ\2003\3990)

STS 1660/2002, de 9 octubre (RJ 2002\9162)

STS 867/2002 de 29 julio (RJ 2002\6357)

STS 1127/2002, de 17 de junio (RJ\2002\8925)

STS 946/2002, de 22 de mayo (RJ\2002\7488)

STS 640/2002, de 22 de abril (RJ\2002\5667)

STS 492/2002, de 13 marzo (RJ 2002\6893)

SAP Barcelona de 2 abril de 2002 (JUR\2002\176212)

STS 159/2002 de 8 febrero. RJ 2002\2636

STS 1957/2001, de 26 de octubre (RJ\2001\9086)

STS 340/2001, de 30 de julio (RJ 2001\8335)

STS 234/2001, de 3 de mayo (RJ\2001\2943)

AAN de 8 de febrero de 2001 (JUR\2001\169063)

STS 1998/2000, de 28 de diciembre (RJ\2001\744)

STSJ Madrid 20/2000, de 13 de diciembre (JUR 2001\68123)

ATS de 16 junio de 2000 (RJ\2000\6937)

STS 950/2000, de 4 de junio (RJ\2000\5240)

SAP Barcelona 555/2000, de 10 de mayo (ARP\2000\977)

SAP Girona 38/2000, de 18 febrero (ARP\2000\286)

ATS de 2 febrero 2000 (RJ 2000\2065)

STS 1726/1999, de 10 de diciembre (RJ\1999\9546)

STC 134/1999, de 15 de junio (RTC\1999\134)

STS 772/1999, de 14 de mayo (RJ\1999\5391)

STS 1579/1999, de 10 de marzo (RJ\2000\2209)

STS 239/1999, de 22 de febrero (RJ 1999\1926)
STS 227/1999, de 20 de febrero (RJ\1999\512)
STS 197/1999, de 16 de febrero (RJ\1999\1281)
STS 1157/1998, de 5 de octubre (RJ\1998\7107)
STS 2/1997, de 29 de noviembre (RJ\1997\8535)
STS 1415/1997, de 24 de noviembre (RJ\1997\8933)
STS 1/1997, de 28 de octubre (RJ\1997\7843)
STC 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996\55)
STS 667/1996, de 8 de octubre (RJ\1996\7136)
STS 389/1995, de 13 de marzo (RJ\1995\1839)
STS 210/1995, de 14 de febrero (RJ\1995\818)
STS 32/1995, de 19 de enero (RJ\1995\569)
STS 2117/1994, de 5 de diciembre (RJ\1994\9366)
STS 1314/1994, de 27 de junio (RJ\1994\5034)
STS 5/1993, de 21 de enero (RJ\1993\284)
STS 2268/1993, de 18 de octubre (RJ\1993\7789)
STS 2615/1992, de 1 de diciembre (RJ\1992\9899)
STS 1171/1992, de 26 de mayo (RJ\1992\4494)
STS 338/1992, de 12 de marzo (RJ\1992\2442)
STC 59/1990, de 29 de marzo (RTC\1990\59)
STS de 14 julio 1989 (RJ 1989\6243)
STS de 13 marzo 1987 (RJ 1987\2155)
STS 26 septiembre de 1986 (RJ\1986\4839)
STS de 18 de octubre 1985 (RJ 1985\5003)
STS de 6 junio de 1984 (RJ\1984\3516)

STS de 11 octubre de 1983 (RJ\1983\4733)

STS de 25 octubre de 1982 (RJ\1982\5687)

STC 33/1982, de 8 de junio (RTC\1982\33)

STS de 21 octubre 1981 (RJ\1981\3863)

STS de 8 de octubre de 1979 (RJ\1979\3490)

NORMATIVA

NORMATIVA SUPRANACIONAL

-Acción Común, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión europea (Acción Común 98/733/JAI)

-Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000)

- Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información

-Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada

- Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal

-Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo basado en el artículo 10 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, Bruselas, 7.7.2016 COM(2016) 448 final.

-Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309(INI))

- Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (2012/2117(INI)).

-Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 , sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea

NORMATIVA ESPAÑOLA

- Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero
- Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando
- LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana

NORMATIVA DE OTROS PAÍSES

- *Codice Penale* (aprobado por Decreto Real N° 1398 de 19 de octubre de 1930).
Disponible en: <http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/cp.pdf>
(última consulta realizada el 02/02/19)
- *Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998*.
Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf> (última consulta realizada el 28/01/19)

CIRCULARES DE LA FGE

Circular 2/2005, sobre la reforma del código penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas

Circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con las organizaciones y grupos criminales

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

ANEXO: ABSTRACT Y CONCLUSIONI

ABSTRACT TESI DI DOTTORATO

“Trattamento giuridico-penale delle organizzazioni e dei gruppi criminali. Problemi dogmatici e politico-criminali”

La minaccia che presuppone per la società l'esistenza di gruppi con mezzi personali e logistici specificamente organizzati per delinquere ed ottenere in questo modo benefici di diversa natura, ed in specie economica, ha destato particolare preoccupazione a partire dalla caduta del muro di Berlino. L'affermarsi del capitalismo come sistema economico sociale preponderante, il venir meno delle frontiere nazionali tra gli Stati europei, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Schengen, e la liberalizzazione dei mercati hanno favorito, unitamente alla c.d. rivoluzione tecnologica, uno sviluppo qualitativo senza precedenti della criminalità organizzata. Dall'essere un fenomeno eminentemente nazionale, ristretto a determinati ambiti di illegalità, la criminalità organizzata passa ad essere un problema globale per la società internazionale. L'ONU e l'Unione europea, consapevoli della necessità di adottare adeguate strategie di prevenzione e repressione della criminalità organizzata tra i diversi Paesi, prevedono una serie di obblighi di incriminazione per i legislatori nazionali. Paradigmatico in tal senso è l'obbligo di punire già le mere condotte di partecipazione ad organizzazioni criminali, indipendentemente dagli eventuali reati che possono essere commessi per mezzo delle organizzazioni stesse. L'implementazione di tali prescrizioni di fonte sovranazionale da parte del legislatore spagnolo ha portato all'introduzione nel nostro ordinamento di fattispecie *ad hoc* per punire, agli artt. 570-bis e 570-ter c.p., la mera partecipazione ad organizzazioni e gruppi criminali. L'analisi dogmatica e politico-criminale delle menzionate norme incriminatrici costituisce l'oggetto della presente tesi di dottorato.

Il contenuto e la struttura del presente lavoro segue lo schema classico dell'analisi sistematica dei delitti della parte speciale del codice penale spagnolo. In tal senso si procederà innanzitutto ad individuare, laddove esistente, l'interesse giuridico che il legislatore spagnolo intende proteggere mediante l'incriminazione di condotte di mera partecipazione e di collaborazione ad organizzazioni e gruppi criminali. È questa una delle questioni maggiormente dibattute nella nostra penalistica, data la difficoltà di individuare la *ratio* che sta alla base della scelta politico-criminale di punire la mera partecipazione ad un gruppo criminale, indipendentemente dalla realizzazione da parte degli affiliati di ulteriori reati per mezzo della stessa. A tal fine si dovrà tener conto, oltre a quanto espressamente previsto dal legislatore spagnolo nel preambolo della legge organica n. 5 del 22 giugno 2010, con la quale ha provveduto ad inserire nel codice penale le suddette fattispecie, dei diversi e molteplici orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono consolidati negli ultimi anni. Un approfondito studio critico delle menzionate norme incriminatrici permetterà poi di prendere posizione in

relazione alle principali problematiche politico-criminali e dogmatiche che sollevano i delitti in materia di organizzazioni e gruppi criminali.

Individuato il bene giuridico tutelato dai delitti di cui agli artt. 570-*bis* e 570-*ter* c.p. nonché il disvalore sociale delle condotte incriminate, si definiranno i concetti di organizzazione e di gruppo criminale, in quanto fondamentali elementi tipici che concorrono a descrivere le condotte penalmente rilevanti. Il richiamo alla giurisprudenza, alla dottrina ed alle più importanti fonti sovranazionali che contemplano gli “idealtipi” dei delitti di mera organizzazione criminale permetterà di cogliere il significato che tali concetti assumono in seno agli artt. 570-*bis* e 5870-*ter* c.p. e di determinare altresì i requisiti minimi affinché possano ritenersi integrate le condotte tipiche da parte di coloro che fanno parte delle menzionate organizzazioni criminose, la loro forma e struttura, nonché il senso che assume, nell’economia del reato, la locuzione “commettere reati”.

Dopo aver determinato il peculiare significato di tali concetti, si procederà a definire le condotte tipiche individuali ed in specie, sul piano dell’elemento oggettivo, a cogliere la relazione che deve sussistere tra gli affiliati e l’organizzazione o il gruppo criminale. Si verificherà inoltre la possibile configurabilità di tali delitti anche nella loro forma tentata (ad es. nell’ipotesi in cui un notevole quantitativo di armi inviato all’organizzazione criminale non giunga a destinazione per cause che non dipendono dal soggetto che aveva provveduto all’invio). Dal punto di vista dell’elemento soggettivo, si dovrà determinare ciò che deve rientrare nel fuoco del dolo dei menzionati delitti e verificare altresì le ipotesi di errore sul fatto di reato, trattandosi di un aspetto che ad oggi non è ancora stato sufficientemente approfondito dalla dottrina penalistica spagnola. In particolare, si dovrà determinare quale sarebbero, sul piano applicativo, le conseguenze nell’ipotesi in cui un individuo collabori con una organizzazione criminosa senza conoscere le finalità illecite che la stessa persegue ovvero qualora un affiliato creda erroneamente che l’organizzazione criminale abbia lo scopo di commettere reati meno gravi di quelli che effettivamente persegue.

Una volta analizzata la struttura normativa dei menzionati reati, si verificherà la possibilità di escludere, o per lo meno attenuare, sul piano dell’antigiuridicità o della colpevolezza, la responsabilità penale per coloro si limitino a porre in essere comportamenti di mera partecipazione. Muovendo da alcuni significativi casi giurisprudenziali che hanno avuto ad oggetto condotte di collaborazione con organizzazioni e gruppi criminali, si verificherà la possibile rilevanza penale della condotta tipica di cooperazione o di finanziamento di una organizzazione o di un gruppo criminale posta in essere “obbligatoriamente” da parte di un soggetto minacciato dall’organizzazione stessa, valutando in specie la possibilità di riconoscere in tali ipotesi l’esimente dello stato di necessità o, in sua mancanza, del timore insuperabile. Si tratta di episodi che, seppur non ancora molto frequenti in Spagna, si sono purtroppo verificati in più occasioni in Italia, mediante la richiesta del c.d. “pizzo”, quale “tassa” di protezione imposta da associazioni mafiose ai proprietari di esercizi commerciali.

Successivamente, ci si soffermerà su un'altra ipotesi di commissione "obbligata" delle condotte tipiche da parte di un individuo che pone in essere una specifica attività di collaborazione con l'organizzazione criminale in cambio di una controprestazione, così da poter far fronte, ad esempio, al pagamento di un debito o ai costi di una determinata prestazione medica, e la sua possibile irrilevanza penale per il venir meno del suo carattere antigiusuridico o della sua "colpevolezza".

Muovendo dalla maggior parte dei casi in cui la condotta tipica di mera partecipazione viene considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza antigiusuridica e colpevole, si procederà poi ad analizzare il trattamento sanzionatorio previsto dagli artt. 570-*bis*, co. 1, e 570-*ter*, co. 1, c.p. In particolare, considerato che il *quantum* delle pene per i menzionati reati deve essere determinato sulla base della gravità del reato perseguito dall'organizzazione o gruppo criminale, si dovranno individuare i criteri di determinazione della pena per i casi in cui l'organizzazione o il gruppo criminale ponga in essere attività illecite di diversa gravità. Allo stesso tempo si dovrà tener conto della circostanza attenuante di cui all'art. 570-*quater* c.p. che opera, analogamente a quanto previsto in molte legislazioni penali europee, nelle ipotesi in cui un affiliato decida di abbandonare volontariamente l'organizzazione criminale e collabori con l'autorità giudiziaria, nonché dell'istituto della confisca, quale fondamentale strumento, contemplato anche nelle convenzioni internazionali, per la prevenzione e repressione della criminalità organizzata. Si dovrà verificare altresì la possibile rilevanza penale delle condotte di partecipazione ad organizzazioni criminali prive di forma o personalità giuridica o con forma giuridica reale o simulata. Lo studio dogmatico e politico-criminale dei delitti che concernono le organizzazioni ed i gruppi criminali richiede infine di soffermarsi su una delle questioni pratiche più complesse, vale a dire sui rapporti concorsuali con le altre norme incriminatrici previste dal codice penale spagnolo che puniscono la partecipazione in associazioni illecite, così come con i delitti posti in essere nell'ambito di una organizzazione o di un gruppo criminale, siano essi delitti-scopo in senso stretto o delitti strumentali.

Per quanto riguarda i menzionati problemi concorsuali, si dovrà fare chiarezza sul complesso rapporto sussistente tra il classico delitto di associazione illecita di cui all'art. 515, co. 1, c.p. e il delitto di organizzazione criminale, dal momento che, ad una prima lettura, hanno un comune ambito di applicazione. Allo stesso tempo si dovrà verificare l'attuale coesistenza tra le norme incriminatrici oggetto di studio e le fattispecie aggravate in ragione dell'appartenenza ad organizzazioni o gruppi criminali rispetto ai reati specialmente vincolati alla criminalità organizzata. La dottrina spagnola ad oggi non ha ancora dedicato particolare attenzione al controverso rapporto tra i delitti concernenti le organizzazioni ed i gruppi criminali ed i delitti commessi nel loro ambito da parte di un associato o affiliato. Secondo l'opinione maggioritaria tale ipotesi integrerebbero un concorso reale di reati. Di contro, nella penalistica straniera, ed in specie in quella tedesca, che da tempo si è occupata di tali aspetti, prevale la tendenza a individuare soluzioni alternative, in modo da evitare un eccessivo rigore sanzionatorio.

Appare dunque opportuno soffermarsi in chiave comparata sulle conclusioni alle quali giunge, di fronte a casi simili, la letteratura straniera.

In definitiva, duplice è lo scopo della presente tesi di dottorato. Da un lato si tratterà di individuare le possibili soluzioni ai molteplici problemi che i delitti di partecipazione ad organizzazioni e gruppi criminali sollevano sul piano della loro legittimazione politico-criminale e della loro applicazione pratica. Dall'altro si dovranno formulare, in prospettiva *de lege ferenda*, proposte di modifica delle norme incriminatrici di cui agli artt. 570-*bis* e 570-*ter* c.p., in modo da renderle maggiormente compatibili con i fondamentali principi penalistici di sussidiarietà (*extrema ratio*) e di proporzionalità.

CONCLUSIONI

1. In relazione alla cospirazione atta a delinquere, la cui unica ragione d'essere è la preparazione dell'esecuzione di uno o più reati specifici, l'organizzazione e il gruppo criminale sono entrambi gruppi di più di due persone, con una vocazione per la stabilità e sotto un distribuzione coordinata di compiti, dedicate alla commissione di una pluralità di reati, non necessariamente specificati in tutti i dettagli. Questi crimini sono principalmente composti dai cosiddetti "reati-fine", cioè: dai crimini la cui commissione costituisce l'oggetto sociale del gruppo in questione, e, eventualmente, dai "reatimezzo" che possono essere commessi durante la vigenza dell'organizzazione o il gruppo criminale, come strumento per il mantenimento o il rafforzamento della struttura criminale. Tale differenziazione ha importanti effetti pratici, perché, mentre la cospirazione viene assorbita dalla successiva esecuzione del reato oggetto della stessa, il reato dell'organizzazione e del gruppo criminale sussiste fino alla commissione dei reati-fine, fino a che quindi il gruppo continua ad esistere per la commissione di altri reati.

2. La semplice esistenza di un'organizzazione criminale o di un gruppo dotato di una struttura e di mezzi adeguati per il successo del suo programma criminale, costituisce un illecito penale diverso da quello inerente ai crimini commessi all'interno del gruppo criminale. Questo illecito può essere definito come il pericolo di commettere un numero indeterminato di reati, inerente all'esistenza di tali reti collettive. L'illecito inerente all'organizzazione è, quindi, un illecito autonomo e diverso dall'illecito dei reati-fine e dei reati strumentali che vengono eseguiti in seno al gruppo criminale, motivo per cui, al portare avanti lo stesso soggetto, i comportamenti tipici dei reati di organizzazione e gruppo criminale, (reati di associazione a delinquere nel diritto italiano) e i reati fine o strumentalisaremo di fronte ad un concorso di reati e non di norme.

3. Il pericolo di commettere una pluralità di reati relazionale con l'esistenza dell'organizzazione criminale o del gruppo, si traduce, dal punto di vista del principio di offensività, nel danno alla sicurezza collettiva. La "sicurezza collettiva" deve essere intesa come la sicurezza dei beni giuridici potenzialmente interessati dai reati che sono oggetto dell'organizzazione o del gruppo criminale; cioè, si tratta di un bene giuridico collettivo strumentale o mediato, creato esclusivamente per fornire una seconda corazzatura difensiva a determinati beni giuridici. Effettivamente, quindi, vi è una doppia protezione penale di questi beni giuridici, sebbene, rispetto a due diversi tipi di attacchi: la previsione dei reati di organizzazione o gruppo criminale, come reati di sicurezza collettiva, danno protezione a tali beni di fronte a una situazione di pericolo generale o aperto; e, i crimini commessi all'interno del gruppo, sarebbero protetti immediatamente da una situazione di pericolo o lesione. Un dato oggettivo rivelatore che confermerebbe la correttezza di questa spiegazione, in quanto l'ingiustizia dell'organizzazione è data dalla circostanza che il legislatore stabilisca le sanzioni di questi tipi a seconda della gravità del reato oggetto dell'organizzazione o del gruppo criminale. Ciò evidenzia la

natura strumentale dei tipi di reati interessati al fine di proteggere i beni giuridici che potrebbero essere minacciati dal programma criminale di questi gruppi.

4. Questo tipo di doppia protezione penale dei beni giuridici colpiti dai reati-fine dell'organizzazione o del gruppo criminale, articolata attraverso i tipi penali di organizzazione e gruppo, e reati-fine, sebbene risponda a attacchi qualitativamente diversi, si deve limitare, a nostro avviso, alla tutela dei più importanti beni giuridici, alla luce del principio dell'intervento minimo del diritto penale. Il modo migliore per operare questa limitazione è attraverso la restrizione dell'oggetto del crimine dell'organizzazione e del gruppo criminale in relazione alla sua gravità. A questo proposito, proponiamo, a favore di un'armonizzazione legislativa in materia tra gli Stati, di seguire il modello sancito dalla Convenzione di Palermo del 2000 e la Decisione quadro del Consiglio dell'UE del 2008, nelle rispettive definizioni di "gruppo criminale organizzato" e "organizzazione criminale", che limitano i reati di commissione a quelli che prevedono una pena detentiva massima di almeno quattro anni.

5. Se la lesione alla sicurezza collettiva costituisce l'illecito del reato di un gruppo criminale, nel caso dell'organizzazione criminale, la sua pena maggiore e una struttura più forte portano a cercare un ulteriore contenuto ingiusto rispetto a quello sopra citato. Questo sarebbe costituito, a nostro avviso, dalla minaccia al corretto funzionamento dei mercati e delle istituzioni statali e, infine, alla qualità della democrazia. Interpretiamo, di conseguenza, in modo restrittivo il concetto di organizzazione criminale dell'articolo 570 bis.1 CP come associazione criminale di tipo mafioso, che si serve sia *ad intrachead extra*, dell'uso sistematico dell'intimidazione, corruzione, e, come rimedio ulteriore, della violenza, per infiltrarsi illegalmente nei mercati, organi statali e istituzioni e, quindi, ottenere benefici economici e / o potere. Il reato di organizzazione criminale è configurato come tipo plurioffensivo, che riguarda sia la sicurezza collettiva, per consistere in un gruppo idoneamente strutturato a delinquere con vocazione alla stabilità, sia il corretto funzionamento dei mercati e delle istituzioni democratiche.

6. L'iniquità dei reati dell'organizzazione e del gruppo criminale non è il risultato della condotta separata dei comportamenti tipici degli articoli 570 bis e 570 ter CP, perché, da soli, tali comportamenti non sono suscettibili di vulnerare la sicurezza collettiva e, pertanto, nel caso dell'organizzazione criminale, di minacciare la qualità democratica dei paesi. Siamo di fronte a un fenomeno criminale di gruppo la cui punizione effettiva richiede il superamento del tradizionale principio di colpevolezza e, in particolare, della personalità delle pene, dal momento che è necessario vedere i gruppi criminali nel loro complesso, andando oltre l'analisi dei comportamenti individuali dei loro membri o collaboratori. L'illecito è, quindi, un illecito collettivo, formato dalla somma dei diversi contributi apportati dai soggetti al gruppo, sebbene attribuiti individualmente ai soggetti partecipanti allo stesso.

7. Anche se prescindiamo dalla configurazione dell'illecito del principio dogmatico della colpevolezza, al momento di stabilire le sanzioni da imporre ai partecipanti concreti di quel sistema di illecito, si agisce secondo questo principio nell'ambito dell'organizzazione criminale. L'articolo 570 bis.1 CP pondera le sanzioni in considerazione della maggiore o minore rilevanza del contributo individuale effettivamente apportato al gruppo e del suo illecito sistematico. In relazione al gruppo criminale, data la non rivendicazione di cui all'art. 570 ter.1 CP di una divisione di funzioni al suo interno, il legislatore ha rinunciato a questa ponderazione. Riteniamo, tuttavia, che, in considerazione dei principi di colpevolezza e proporzionalità, e della circostanza che nella maggior parte dei casi tale divisione di compiti sarà concomitante, si sarebbe dovuta effettuare da parte del legislatore tale ponderazione anche nella figura del gruppo criminale.

8. L'organizzazione criminale è definita nell'art. 570 bis CP come gruppo formato da più di due persone con carattere stabile o indefinito per commettere un delitto, attraverso una divisione di compiti. Il numero minimo di tre persone sembra insufficiente considerando l'illecito ulteriore del danno alla sicurezza collettiva provocato da questo gruppo. Un gruppo che mette a repentaglio la qualità della democrazia dei paesi, usando sistematicamente mezzi intimidatori e corruzione per infiltrarsi nella società civile, nei suoi mercati e nelle sue istituzioni, deve contare su un numero considerevole di membri, naturalmente, più di tre. Pertanto, proponiamo di cambiare la formula "più di due persone" a quella di "un gran numero di persone" e, con ciò, la soppressione del sottotipo aggravato dell'art. 570 bis.2.a CP, che attualmente aggrava la pena del tipo di base dell'art. 570 bis.1 CP proprio a causa della concomitanza di un gran numero di membri nell'organizzazione.

9. La struttura dell'organizzazione criminale deve essere di notevole complessità, essendo presente in essa una distribuzione ben definita di compiti tra i suoi membri, un codice normativo interno di conformità obbligatoria per gli stessi. La sua operazione deve essere caratterizzata dall'uso sistematico dell'intimidazione, della corruzione e, come risorsa sussidiaria, se le precedenti non sono efficaci, la violenza. Anche il riciclaggio di denaro sarà un elemento comune nel funzionamento di questi gruppi, creati con l'obiettivo di esistere in modo indefinito, sfruttando le istituzioni statali.

10. Nonostante l'art. 570 CP ter.1, non abbia richiesto né il concetto di permanenza nel tempo né la ripartizione dei compiti, il gruppo criminale riunirà entrambi gli elementi, se si vuole fondamentare il loro illecito e consentire la distinzione di mera figura di associazione a delinquere di più di due persone e la delinquenza collettiva (codelinquency). L'illecito autonomo della lesione alla sicurezza collettiva, e il conseguente pericolo astratto per i beni giuridici minacciati dai reati fine, tipici del gruppo criminale può essere spiegato solo in relazione a un gruppo, che opportunamente strutturato presuppone una divisione dei compiti - con una vocazione per la stabilità a commettere reati.

11. Dato che nel caso del gruppo criminale l'illecito solo coinvolge il danno alla sicurezza collettiva, senza diventare un pericolo per le fondamenta democratiche dei paesi, sono, a nostro avviso, sufficienti i tre soggetti che la legge prevede come numero minimo per l'applicazione dell'art. 570 ter CP. Per calcolare il numero minimo, devono essere considerati solo i membri, esclusi i collaboratori esterni. È irrilevante, di fronte al calcolo dei tre soggetti, se uno o più dei membri non siano in quanto la imputabilità è un problema da esaminare in sede di colpevolezza, e non di tipicità. Succede qualcosa di diverso con i casi di errore sulla tipicità rispetto a elementi essenziali del tipo obbiettivo, come la natura criminale della finalità del gruppo, nel qual caso si dovrebbero escludere dal calcolo del numero minimo, a quei soggetti vittima di errore perché, oltre a realizzare un comportamento atipico, il loro errore non può contribuire sostanzialmente all'illecito tipico. A livello di diritto processuale reputiamo sia sufficiente per l'applicazione del tipo a uno dei soggetti, che si conosca in virtù delle prove l'esistenza di almeno tre membri del gruppo, essendo irrilevante che non possa iniziarsi la causa se uno di essi sia latitante.

12. Dato il minor numero di componenti richiesti dal gruppo criminale riguardante l'organizzazione, secondo la nostra interpretazione di *lege ferenda*, e la sua minore complessità strutturale, il rapporto tra i membri del gruppo criminale sarà generalmente più stretta di quella tra membri dell'organizzazione criminale. Così a volte saranno frequenti amicizie o relazioni familiari, senza negare, tuttavia, la possibilità che in alcuni casi i membri di un gruppo criminale neppure si conoscano personalmente.

13. L'intenzione di commettere una serie di reati è, insieme alla struttura appositamente disegnata per questo scopo, l'elemento chiave per spiegare l'illecito del danno alla sicurezza collettiva comune alle due figure di organizzazione e gruppo criminale. Perché, se lo scopo del gruppo è diverso, i suoi membri starebbero esercitando solo il legittimo diritto di associazione riconosciuto dall'art. 22 CE.

14. L'oggetto criminale dell'organizzazione o del gruppo criminale deve essere il motore che guida e spiega la sua struttura, perché l'illecito è modellato precisamente sull'esistenza di una struttura progettata in modo appropriato e razionale per commettere reati. Questo scopo non può essere, quindi, un elemento accessorio per l'organizzazione, ma deve influire in modo decisivo sulla sua struttura e attività.

15. Lo scopo sociale dei gruppi di cui all'art. 570 bis.1 e 570 ter.1 PC deve coprire sia gli scopi degli stessi che i mezzi inerenti a tale scopo. Quindi, se il gruppo persegue uno scopo legittimo, ma il suo conseguimento presuppone la commissione di crimini, essendoci quindi la volontà di commettere reati nell'ambito del gruppo, ed essendo questi inerenti alla sua struttura, deve essere inteso che il gruppo ha uno scopo criminale ex art. 570 bis.1 e 570 ter.1 CP. D'altra parte, se la commissione dei crimini non è necessaria per il raggiungimento dello scopo legittimo, e si commettono reati in modo casuale nel gruppo, non essendo la sua struttura stata progettata per questo scopo, non si

potrà parlare di un illecito autonomo riguardante la lesione alla sicurezza collettiva, dovendosi solo punire i crimini concreti nel caso siano stati eseguiti.

16. In relazione a quanto sopra, è possibile la coesistenza di scopi criminali e non, in un'organizzazione o in un gruppo criminale, a condizione che i primi siano quelli che spiegano la struttura del gruppo o, in altre parole, la struttura deve rispondere allo scopo di commettere reati, essendovi idonea, fatto salvo il fatto che altre attività non criminali possono essere svolte all'interno di esso.

17. Non vi è alcun impedimento in relazione alla possibilità che il gruppo originariamente creato per scopi legittimi possa in seguito, incorporando scopi criminali in modo sostanziale, qualificarsi come gruppo criminale. Il tenore dell'art. 570 ter.1 CP non afferma che il gruppo deve essere nato originariamente per scopi criminali. L'ingiusto danno alla sicurezza collettiva è lo stesso sia in relazione al gruppo originariamente creato per commettere un crimine sia in relazione a quello che diventa illecito in seguito, perché, una volta che c'è un gruppo la cui struttura è razionalmente orientata alla commissione di reati, si produce l'illecito tipico.

Lo stesso vale per l'organizzazione criminale, così che un gruppo criminale che in un dato momento incorpora metodi mafiosi nella sua azione in modo sostanziale, cercando benefici economici e / o potere attraverso infiltrazioni nei mercati e nelle istituzioni statali, potrebbe diventare un'organizzazione criminale.

18. Al fine di valutare la pluralità dei reati come scopo sociale del gruppo, bisogna discostarsi dalla volontà di effettuare una "reiterazione criminale materiale", lasciando da parte la possibile qualificazione giuridica che può essere data ai comportamenti una volta

eseguito. Quindi, non è un impedimento per intendere lo scopo della commissione di reati, il fatto che questi, possono essere giuridicamente classificati come una singola azione tipica o come un reato continuato, perché ciò che conta è la volontà di reiterare materialmente la condotta criminale.

19. Il legislatore prevede tre circostanze riferite all'organizzazione criminale e al gruppo criminale la cui concorrenza le fa diventare gruppi ancora più pericolosi per i beni giuridici, aumentando l'illecito sistematico, e sono, l'essere integrato il gruppo da un gran numero di persone, la messa a disposizione di armi o strumenti pericolosi o mezzi tecnologici avanzati di comunicazione o trasporto. L'aumento dell'illecito sistematico comporterebbe un aumento delle pene dei soggetti attivi dei comportamenti tipici, sempre che contribuiscano a detto illecito aggravato. Tuttavia, di queste tre circostanze sosteniamo di voler sopprimere la prima e la seconda in relazione all'organizzazione criminale, perché comprendiamo che devono essere già caratteristiche intrinseche del concetto di organizzazione intesa come gruppo mafioso.

20. Per l'applicazione della circostanza aggravante dello smaltimento di armi o di strumenti pericolosi in relazione al tipo di gruppo criminale, è necessario dimostrare che

sono utilizzati sostanzialmente per realizzare l'oggetto criminale dell'organizzazione o del gruppo, essendo una parte essenziale del suo modus operandi. Rimarrebbero quindi "extra moenia" rispetto al sottotipo aggravato le ipotesi in cui solo i singoli membri hanno armi o strumenti pericolosi, o che siano esse usate solo occasionalmente dal gruppo criminale, così che lo stesse non fanno parte delle dinamiche esecutive del gruppo criminale. "Armi" indica le armi in senso materiale, cioè sia le armi da fuoco e le armi a lama, sia gli esplosivi, e, per "strumenti pericolosi", quegli oggetti che con le loro caratteristiche specifiche aumentano la capacità aggressiva dell'autore, creando il pericolo della produzione di lesioni non irrilevanti per la vittima.

21. Affinché la possibilità di mezzi avanzati di comunicazione o di trasporto comporti un maggior pericolo per l'organizzazione o il gruppo criminale in relazione all'organizzazione o al gruppo criminale di tipo base, è necessario che questi siano sostanzialmente integrati nelle dinamiche di funzionamento dell'organizzazione e che vadano oltre i mezzi necessari per la commissione dei reati perseguiti dal gruppo in questione. Inoltre, data la natura tecnologica della nostra società, e in conformità con il termine giuridico "avanzato", si deve esigere che non si tratti di mezzi tecnologici ordinari o usuali al momento della commissione degli eventi, dovendo invece essere mezzistrordinari, non disponibili per chiunque, sia per la loro natura particolarmente innovativa, per il loro prezzo elevato o per il difficile reperimento

22. I reati di organizzazione e gruppo criminale (associazione a delinquere) contemplando entrambi una molteplicità di comportamenti, rispondono alternativamente alla struttura dei tipi penali composti misti, in cui è sufficiente per l'applicazione del reato, la commissione di uno dei comportamenti. Così, se in relazione ad uno stesso gruppo criminale e, nello stesso tempo, il comportamento del soggetto è assumibile in molti dei comportamenti tipici dell'art. 570 bis.1 o 570 ter.1, si potrà punire solo uno di loro, poiché altrimenti si violerebbe il principio del *ne bis in idem*. Ciò si verifica in tutti i casi in cui il membro del gruppo assuma un comportamento "di primo livello", in quanto "organizzare", "coordinare" o "dirigere" presuppone "partecipare attivamente" nell'organizzazione criminale come membro. Ci troveremo in questi casi in un concorso apparente di leggi da risolvere attraverso il criterio di specialità a favore della applicazione esclusiva dei "comportamenti di primo livello", in quanto più specifici rispetto al "partecipare attivamente".

23. Un'ipotesi diversa dalla precedente sarà quella in cui lo stesso soggetto svolge, durante intervalli di tempo diversi, contributi di diversi livelli all'organizzazione criminale. Mettiamo il caso, ad esempio, nel quale un soggetto che è stato inizialmente integrato nella organizzazione criminale come un membro attivo comune, realizzando il comportamento del "partecipare attivamente" in un secondo momento, passa a guidare l'organizzazione. Nemmeno in questo caso possiamo punire cumulativamente il soggetto per i due comportamenti perché infrangeremmo il principio del *ne bis in idem*, se si considera che i comportamenti tipici, ad eccezione del comportamento a cooperare o finanziare, sono necessariamente di carattere permanente, in modo che solo uno dei

comportamenti copre tutto il contributo apportato dal soggetto durante il periodo del suo coinvolgimento con l'organizzazione. Come regola generale, questi casi dovranno essere risolti attraverso il criterio di alternatività, punendo solo il soggetto per il comportamento più grave tra quelli tenuti durante il periodo di legame con l'organizzazione criminale. Tuttavia, non si dovranno considerare i comportamenti che non sono realmente rappresentativi dell'agire del soggetto durante il periodo di appartenenza con il gruppo criminale, in modo che, se l'atto di dirigere è stata effettuato nel corso di un periodo di tempo trascurabile, e senza grande rilevanza per il mantenimento dell'organizzazione, dovrà essere ignorato, punendo il comportamento realmente rappresentativo del loro contributo nel gruppo.

24. "Creare" un'organizzazione o un gruppo criminale presuppone stabilire o erigere un gruppo con una struttura idonea a delinquere con vocazione alla stabilità, che sia desumibile nei concetti giuridici di organizzazione e di gruppo criminale. Pertanto esso comprende sia la creazione ex novo di gruppo, così come ad esempio la mutazione degli obiettivi legittimi di un raggruppamento legale già esistente, in criminali e mafiosi, nel caso dell'organizzazione. Il comportamento avviene, quindi, in un momento precedente all'esistenza dell'organizzazione o gruppo criminale come tale, sebbene lo stesso non si consuma fino a quando il gruppo non esista, come tale, attraverso la perpetrazione dell'illecito sistematico, e il soggetto responsabile rimanga vincolato ad esso come membro. Le gravi pene associate a questo comportamento rendono necessaria questa interpretazione. I soggetti che contribuiscono in modo sostanziale alla creazione dell'organizzazione o del gruppo criminale, solo una volta che il gruppo è stato creato come tale, non si colleghino permanentemente alla stessa in qualità di membri, dovranno essere qualificati come collaboratori nel caso di organizzazione criminale, o rimarranno impuniti, nel caso del gruppo criminale, che limita la punizione della collaborazione esterna al comportamento di chi solo finanzia il gruppo.

25. Il comportamento di "promuovere", che è punito solo in relazione all'organizzazione criminale, suppone la promozione dello sviluppo di questo gruppo. Tenuto conto dei comportamenti per promuovere la creazione di un'organizzazione criminale, e come tali inclusi nei concetti di "costituire" o "cooperare", a seconda che l'autore sia un membro dell'organizzazione o un "extraneus", il concetto di "promuovere" dovrà essere limitato agli atti che guidano lo sviluppo dell'organizzazione criminale esistente, nel senso di favorire il suo rafforzamento, o almeno la sua continuità. Così, si desumerebbero dalla condotta comportamenti quali reclutare nuovi membri per l'organizzazione criminale, incorporare importanti mezzi materiali per la stessa media, modificare le strategie o gli obiettivi criminali per una maggiore efficienza del gruppo, o, indottrinare, formare o incoraggiare membri per un successo maggiore del programma criminale.

Le gravi pene associate al comportamento di "promozione", come comportamento di primo livello, associato al concetto di "dirigere" l'organizzazione criminale, rendono necessario richiedere qui anche qualche rilevanza al comportamento nel senso di rivendicarvi un peso importante nello sviluppo e rafforzamento dell'organizzazione criminale, così come il collegamento permanente del "promotore" all'organizzazione

come membro. In questo modo, i comportamenti di promozione casuale effettuati dai membri che non danno un contributo importante a questi effetti rimarranno al di fuori del termine tipico, essendo qualificati come partecipazione attiva. Lo stesso accadrà con i comportamenti, benché rilevanti, di promozione che vengono effettuati dagli estranei all'organizzazione, i quali saranno qualificati come "cooperanti in ogni modo" con la stessa.

26. "Dirigere" un'organizzazione criminale comporta l'esercizio effettivo delle funzioni di comando in modo autonomo, sia in modo centrale e diretto, dal momento che il soggetto è il massimo dirigente dell'organizzazione, sia in modo delegato, in questo caso limitandosi l'esercizio a un periodo temporaneo o una specifica area territoriale di azione dell'organizzazione criminale. I leader di possibili cellule, comandi o clan dell'organizzazione criminale sono inclusi tra i soggetti attivi della condotta.

Tuttavia, per essere considerato un soggetto attivo della condotta "direttiva" si dovrà richiedere, tenendo conto delle gravi pene ad esso associate, che l'esercizio effettivo di detto potere di comando è rilevante e sostanziale, dovendo essere considerati marginali i comportamenti di esercizio delegato del potere di comando per un periodo di tempo molto breve, che non rispecchia la partecipazione globale del membro all'organizzazione.

27. "Organizzare" significa "stabilire o riformare qualcosa per raggiungere un fine, coordinando le persone e i mezzi appropriati", in modo si dovrebbero desumere dalla condotta compiti come la distribuzione degli ordini tra i membri dell'organizzazione, la preparazione delle operazionicriminali all'interno del gruppo o esseredi collegamento o collegamenti tra i diversi organi o gruppi che possono integrare l'organizzazione criminale. In molti casi, questi comportamenti saranno eseguiti dalla persona che esercita il potere di comando nell'organizzazione criminale, nel qual caso ci troveremo di fronte a un concorso di norme. Sebbene la qualifica specifica scelta sia irrilevante, dato il quadro normativo assegnato ai concetti di "dirigere" e "organizzare", consideriamo preferibile la qualificazione per il comportamento più grave in astratto in applicazione del principio di alternatività, che è quello di "dirigere".

Come nel caso del resto dei comportamenti di primo livello, che hanno uno status criminale elevato, la rilevanza e la continuità del comportamento organizzativo svolto dal singolo membro dell'organizzazione sono concetti che devono essere richiesti secondo il principio di proporzionalità, in modo che la partecipazione occasionale e isolata al coordinamento dei membri per la realizzazione di un reato fine, è considerata come un mero atto di partecipazione attiva, in quanto non sarebbe quel comportamento di coordinamento riflesso del loro contributo finale e unito all'organizzazione criminale.

28. Il comportamento di "coordinazione", previsto esclusivamente in relazione al tipo di organizzazione criminale, tra l'altro assente nel comportamento tipico dell'organizzazione e dal gruppo terroristico, deve essere considerato superfluo. Inoltre, il suo significato, consistente nel "disporre mezzi, sforzi, ecc., per un'azione comune", è già incluso nel verbo "organizzare".

29. "Partecipare attivamente" significa partecipare, come membro, alle attività quotidiane dell'organizzazione criminale come un gruppo con un proprio sistema normativo strutturato per commettere reati. Gli atti compiuti possono consistere sia nella partecipazione a specifici reati commessi nell'ambito del gruppo (reati-fine, e strumentali), sia nell'esecuzione di compiti generici per l'organizzazione che contribuiscono al suo mantenimento come gruppo con dedizione a delinquere, entrambi comportamenti non desumibili dai "comportamenti di primo livello".

30. Tutti i comportamenti tipici finora osservati sono condotti da soggetti che costituiscono l'organizzazione o, nel suo caso, il gruppo criminale. Questa adesione richiede il mantenimento di legami permanenti con il gruppo criminale, assumendo lo stesso ruolo o compito specifico, ed essendo soggetto alla volontà sociale dell'istituzione e conoscendo e condividendo il suo obiettivo criminale, o "mafioso" nel caso dell'organizzazione.

Tuttavia, data la natura essenzialmente clandestina di questi gruppi, per le loro prestazioni al di fuori della legge, nella maggioranza dei casi, l'assenza di una confessione del colpevole, comporterà che i tribunali dovranno basarsi su circostanze concorrenti, per confutare il diritto alla presunzione di innocenza, e la reale condizione di membro del gruppo criminale del soggetto in questione. A questo proposito, si innalzano come fattori circostanziali che insieme deducono tale intervento-condizione, sia in fase di preparazione che di esecuzione, in attività criminali svolte sotto l'organizzazione, il possesso di strumenti o effetti corrispondenti ai crimini che sono in corso di attuazione da parte del gruppo criminale, e il mantenimento di rapporti stretti o continuati con gli altri membri, tipico della partecipazione a riunioni o telefonate. Come ulteriori circostanze, che servono nel loro caso solo per confermare il giudizio di inferenza già ottenuto dai fattori di cui sopra, dovremmo tenere in conto i dati personali degli imputati tali come nazionalità, luogo di residenza, l'eventuale presenza di precedenti penali, e, in generale, lo stile di vita portato avanti fino a quel momento dai soggetti.

31. I comportamenti di essere "parte" di un'organizzazione criminale e di "integrare" un gruppo criminale, se intesi in senso letterale come semplice appartenenza a questi gruppi non costituiscono nessun pericolo per il bene giuridico da meritare una punizione. La punizione dei comportamenti tipici analizzati risulta giustificata, in quanto suppone un contributo attivo per mantenere l'organizzazione e il gruppo criminale, e pertanto, l'illecito sistematico conseguente; ma un comportamento di mera integrazione passiva non implica alcun contributo in tal senso, quindi, in considerazione del principio di offensività, dovrà essere considerato atipico. Per quanto riguarda l'organizzazione criminale, la condotta di partecipazione attiva come membro, è già punita per il comportamento di "partecipazione attiva" in modo che il mantenimento della posizione di "essere parte" non avrebbe senso, essendo necessaria l'eliminazione del termine. Nel tipo del gruppo criminale, "integrare" dovrebbe essere sostituito da "partecipare

attivamente"; finché tale riforma non avrà luogo, tale verbodovrà essere interpretato come "partecipare attivamente".

32. La condotta dei non membri che sono puniti è di cooperare in qualsiasi modo in relazione all'organizzazione criminale e di finanziare nei confronti del gruppo criminale. La restrizione della pena alla cooperazione economica dell'art. 570 ter.1 CP si spiega attraverso la minore gravità dell'illecito sistematico compiuto dal gruppo criminale rispetto all'organizzazione criminale, e riflesso nella minore consistenza della sua struttura e nella mancanza di impiego di metodi mafiosi. Il soggetto attivo di entrambe le aggregazioni deve essere, come si dice un *extraneus*, cioè, una persona che non sia membro del gruppo, e che, pertanto, non sarà vincolato, o, se si preferisce, sottoposto permanentemente alla sola volontà dell'organizzazione e, quindi, alla sua disciplina e alle sue norme, non assumerà alcun ruolo o funzione stabile all'interno dell'organigramma del gruppo criminale. A tale riguardo, una circostanza che i tribunali di solito considerano chiaramente indicativa della non condizione di membro è la fornitura di un contributo al gruppo in cambio di un prezzo o di una remunerazione.

33. La formulazione ampia e astratta del comportamento di cooperazione dell'art. 570 bis.1 CP richiede una delimitazione in senso restrittivo dell'ambito di applicazione del precetto, per evitare, in vista dei principi di intervento minimo e di proporzionalità, che una condotta per un contributo banale all'organizzazione criminale sia punita con le considerevoli pene del precetto legale. In questo senso, si capisce che sostenere l'ideologiche nel suo caso professa il gruppo criminale deve essere considerata una condotta atipica, così come in generale quelle condotte di collaborazione che non abbiano comportato un beneficio per il mantenimento della organizzazione criminale come il caso di un gruppo creato per commettere crimini e infiltrarsi, alla ricerca di benefici, in mercati e istituzioni democratiche.

34. Allo stesso modo si devono considerare atipiche, anche se possono dare un contributo decisivo al mantenimento dell'organizzazione criminale, le condotte cosiddette neutre, definite come comportamenti compiuti nell'esercizio di professioni o attività quotidiane. Tuttavia, ciò richiede che la condotta sia portata avanti scrupolosamente all'interno delle consuete regole dell'esercizio della professione o dell'attività quotidiana, in modo che manchi socialmente di "senso criminale" da un punto di vista oggettivo. Così, l'avvocato che, all'interno del suo orario di lavoro e secondo onorari ufficiali, compie atti di rappresentanza e difesa del leader di un'organizzazione adotterà un comportamento atipico, in quanto non costituisce un rischio giuridico disapprovato; Tuttavia, l'avvocato che supera i compiti della propria attività, facendo da mediatore tra diversi membri dell'organizzazione per l'invio di messaggi o la trasmissione di merci, conduce un comportamento con un chiaro senso sociale criminale, che sarà considerato tipico ex art. 570 bis.1 CP.

35. Per il carattere clandestino e l'attività dell'organizzazione criminale, e i problemi probatori in questione, al fine di stabilire una condanna per collaborazione con

un'organizzazione criminale non si richiede la prova di un beneficio per l'organizzazione da parte della stessa, essendo sufficiente a tale scopo la verifica di una situazione di concreto pericolo che il contributo adatto al mantenimento dell'organizzazione sia effettivamente utilizzato per tale scopo dai suoi membri. Pertanto, per il compimento del comportamento, sarà sufficiente, ad esempio, che la spedizione di armi inviate dall'*extraneus* sia effettivamente ricevuta dall'organizzazione, essendo tuttavia superflua, la prova dell'uso effettivo delle armi da parte dei membri del gruppo.

36. In linea con l'interpretazione restrittiva della condotta di "cooperazione" la quale sosteniamo, reputiamo che sarebbe saggio interpretare l'art. 570 bis.1 CP, nel senso di rendere questa condotta, una regola sussidiaria, estrapolando così dalla criminalità organizzata comune, la dottrina e la giurisprudenza esistenti in relazione alla condotta di collaborazione di cui all'art. 577 CP nel caso di terrorismo. In questo modo, se il comportamento di cooperazione è riassumibile in un altro tipo criminale, a parte il tipo dell'art. 570 bis.1 CP, come avverrà in quei casi che consistano nella partecipazione a un reato, si deve considerare che ci troviamo in presenza di un concorso di norme giuridiche, dovendosi applicare il primo tipo in modo esclusivo, poiché la regola sussidiaria è l'art. 570 bis.1 CP. Altrimenti, applicando entrambi i tipi, anche nella forma di concorso ideale di reati, la pena risultante sarebbe troppo ampia considerando che il comportamento collaborativo è commesso da un estraneo all'organizzazione. L'applicazione di solo uno dei tipi criminali sarebbe sufficiente per colmare l'illecito del comportamento. Lo stesso vale per la condotta di finanziare un gruppo criminale.

37. I tipi di cooperazione con l'organizzazione criminale e il finanziamento di un gruppo criminale rispondono alla struttura di crimini di una fase successiva, in quanto comprendono sia uno che più atti di collaborazione svolti in momenti diversi. Questa interpretazione dei comportamenti, oltre ad essere coerente con i principi di proporzionalità e intervento minimo, lo è anche con il principio di offensività, perché in molti casi per coprire il livello di idoneità del contributo parziale in modo da essere considerato un contributo al mantenimento dell'organizzazione o del gruppo criminale sarà necessario considerarlo nel complesso con gli altri diversi contributi, dato che considerato individualmente non raggiungerebbe il livello minimo richiesto a tal fine.

38. I comportamenti tipici dei crimini di organizzazione e gruppo criminale (associazione a delinquere e associazione a delinquere di stampo mafioso nel diritto italiano) vengono completati quando vengono eseguiti contribuendo al rafforzamento, o almeno, al mantenimento dell'illecito sistematico già esistente. Da qui il fatto che la consumazione del comportamento "pre-organizzativo" di costituire un gruppo o un'organizzazione criminale non avrà luogo prima che esistano tali raggruppamenti con una struttura idonea a commettere un crimine e nel caso dell'organizzazione di fare uso di "metodi di mafiosi".

39. Ad eccezione della condotta di cooperare con un'organizzazione criminale o di finanziare un gruppo criminale, che possono essere condotte a realizzazione istantanea, in modo che il compimento possa avvenire al momento della ricezione da parte del raggruppamento del denaro o del beneficio specifico, il resto dei comportamenti tipici consistono in azioni permanenti nel tempo, a patto che siano tutte eseguite da membri della rete criminale, quindi in questi casi parleremo del periodo di consumazione del reato. Questo "periodo di consumazione" potrebbe terminare per vari motivi. Primo, perché l'illecito sistematico cessa di esistere, il che può verificarsi, sia perché il gruppo si sia smantellato, sia perché diventi inadatto a delinquere, o, nel caso dell'organizzazione, inadatto a minacciare il corretto funzionamento dei mercati e delle istituzioni democratiche. In secondo luogo, potrebbe anche accadere che la consumazione del comportamento tipico venga interrotta perché smetta quest'ultimo di realizzarsi. Ciò può accadere sia perché il soggetto abbandona il gruppo criminale, ponendo fine alla sua relazione con esso, sia per cause sopravvenute, come un arresto e un procedimento successivo con sentenza passata in giudicato. A questo proposito, ci rendiamo conto che l'effetto del passaggio in giudicato di una sentenza deve produrre un effetto di interruzione del periodo di consumazione del reato, in modo che se il soggetto, in caso di condanna, torna a partecipare con l'organizzazione o gruppo criminale si troverebbe a commettere un nuovo reato.

40. La punizione del tentativo può essere considerata in relazione a due tipi di ipotesi: la prima, relativa all'ipotesi in cui il comportamento tipico è completamente consumato ma l'illecito sistematico non esiste ancora, perché l'organizzazione o il gruppo criminale non è stato ancora creato come tale; e, in secondo luogo, quello delle ipotesi in cui, benché questi gruppi criminali esistano, e siano caratterizzati da un corrispondente illecito sistematico, il tipico comportamento individuale non contribuisce effettivamente a tale ingiustizia, come accadrebbe, ad esempio, nel caso della spedizione di un carico di esplosivi a un'organizzazione, che, tuttavia, per ragioni estranee all'agente, non viene ricevuta dal gruppo.

A nostro avviso, in entrambe le ipotesi, la punizione dei tentativi di comportamento in ottemperanza al principio di offensività non deve essere condivisa. Se i reati di pericolo astratto, come quelli che a effetti materiali riguardano, già comportano un certo avanzamento delle barriere dell'intervento penale in relazione al danno reale dei beni giuridici, ammettere la punizione di atti precedenti a quelli tipici significherebbe punire comportamenti precedenti alla situazione di pericolo astratto, cosa intollerabile secondo il suddetto principio di offensività. Se la punizione del tentativo in questi crimini non è applicabile, nemmeno lo sarà il ritiro dall'azione come causa assolutoria.

41. I crimini dell'organizzazione e del gruppo criminale sono, in tutte le loro modalità comportamentali, tipi necessariamente dolosi, in quanto la punizione dell'imprudenza nei loro confronti non è espressamente prevista. Il dolo consiste nella conoscenza e volontà di partecipare attivamente come membro o collaborare con un'organizzazione o un gruppo criminale, essendo sufficiente il solo sospetto di questo estremo, corrispondente alla modalità di dolo eventuale. Le motivazioni che portano il soggetto a

svolgere il comportamento tipico sono irrilevanti di fronte al tipo soggettivo di questi crimini, essendo possibile considerarli in ogni caso in sede di giudizio di colpevolezza.

42. L'errore del tipo sullo scopo illecito dell'organizzazione o del gruppo criminale a cui essa si partecipi o con cui si collabori, nel senso di credere che essa persegua scopi leciti, sopprimerà la qualifica del comportamentocome atipica,toccano un elemento essenziale del tipo oggettivo come l'oggetto o scopo illecito del gruppo.

43. Se si sa che il gruppo con cui si collabora o in cui si partecipa come membro ha lo scopo di commettere reati, ma c'è un errore in merito alla gravità concreta di questi ultimi, ci troveremo senz'altro di fronte ad una condotta tipica, dal momento che il reato concreto oggetto del raggruppamento è un elemento accidentale, e non essenziale, del tipo oggettivo. Tuttavia, l'errore deve possedere implicazioni legali in quanto le pene sono previste negli artt. 570 bis e 570 ter CP relativamente alla gravità del reato-fine. A questo proposito, *de lege lata* reputiamo che se il soggetto crede che l'organizzazione in cui partecipa persegue la commissione di reati minori, quando in realtà il loro scopo è la perpetrazione di reati gravi, potrebbero analogicamente essere applicate a beneficio dell'imputato le disposizioni del art. 14.2 CP riguardanti gli errori sulle circostanze aggravanti dell'illecito. Pertanto, il soggetto sarà punito per la sua rappresentazione errata, cioè come se l'organizzazione avesse commesso reati minori.

Nel caso opposto, in cui il soggetto ritiene erroneamente di essere integrato o collabora con un'organizzazione dedicata alla commissione di reati gravi, quando in realtà il suo oggetto consiste nella commissione di reati minori o meno gravi, in assenza di una disposizione analoga applicabile a questo tipo di ipotesi, sosteniamo di qualificare il comportamento in attenzione a ciò che è stato effettivamente effettuato, senza considerare l'errore del soggetto.

In ogni caso, ricordiamo che *de lege ferenda* sosteniamo una restrizione dei reati oggetto dell'organizzazione e del gruppo criminale ai soli che prevedano una pena detentiva massima di almeno quattro anni.

44. Nel raro caso di completa ignoranza da parte della persona che effettua il comportamento tipico, della classe e gravità dei reati-fine della organizzazione o gruppo criminale, sosteniamo di dover discutere l'ipotesi come un errore tipo circa un elemento aggravante *ex* art. 14.2 CP, applicando la pena inferiore stabilita dalla legge, corrispondente a partecipare o collaborare con organizzazioni o gruppi criminali dediti alla commissione di reati minori o meno gravi.

45. Gli errori riguardanti il tipo di struttura dell'organizzazione o del gruppo criminale, la sua specifica forma di operazione o l'identità degli altri membri o il loro ruolo nel gruppo devono essere considerati irrilevanti, in quanto la legge tace al riguardo, essendo anche per noi questi aspetti del tutto irrilevanti, dato che possono esistere raggruppamenti con qualsiasi tipo di membri e relazioni interpersonali.

Non sarebbe lo stesso, tuttavia, nel caso in cui l'errore cade sull'esistenza di tre membri, nel caso del gruppo criminale, o un grande numero di membri nel caso

dell'organizzazione criminale secondo l'interpretazione che sosteniamo. Il numero minimo di membri è un elemento richiesto nel tipo oggettivo. Quindi, se un soggetto ritiene erroneamente di essere integrato in un gruppo di soli due membri, considerando se stesso, quando in realtà ci sono più membri, ci troveremmo di fronte ad un errore su di un elemento essenziale del tipo, che escluderebbe il dolo, considerandolo condotta atipica.

46. Il collaboratore di un'organizzazione criminale o colui che finanzia un gruppo criminale che crede erroneamente che il proprio comportamento stia solo beneficiando un unico soggetto in particolare del gruppo, incorrerà in un errore essenziale su di un elemento del tipo oggettivo come sarà il destinatario "dell'aiuto", che coincide con il gruppo criminale.

47. I casi di "errori inversi", nei quali si crede erroneamente che si sta partecipando o collaborando con un'organizzazione o gruppo criminale, quando questo non è realmente così, sia perché il gruppo in questione manca del minimo di tre membri, sia perché non ha una struttura adeguata per commettere crimini, devono essere considerati atipici in virtù del principio dell'intervento minimo e di offensività. Se consideriamo illegittima la punizione del tentativo nei crimini in questione, con maggior ragione lo facciamo in relazione al tentativo non idoneo.

48. L'errore sugli elementi aggravanti dell'illecito, relativo all'alto numero di membri, alla possibilità di avere armi o strumenti pericolosi e di mezzi tecnologicamente avanzati, deve essere trattato *ex art. 14.2 CP* attraverso la non applicazione del tipo aggravato, per mancanza di dolo, applicando il tipo di base.

49. Gli errori su elementi caratteristici della organizzazione criminale, nella sua concezione qui difesa come gruppo mafioso, sono classificate come errori sugli elementi essenziali del tipo, qualificandosi il comportamento di partecipazione o collaborazione come atipici *ex art. 570 bis CP*. Tuttavia, se il soggetto non è a conoscenza dell'uso dei metodi mafiosi da parte del gruppo a cui partecipa o con cui collabora, ma sa che lo stesso persegue la commissione di reati, starà contribuendo consapevolmente alla perpetrazione dell'illecito relativo alla lesione contro la sicurezza collettiva, dovendosi qualificare il loro comportamento come partecipazione o collaborazione con un gruppo criminale *ex art. 570 ter CP*.

50. I tipi di organizzazione e di gruppo criminale non richiedono la concorrenza, insieme al dolo, di elementi soggettivi specifici dell'illecito. Tuttavia, a nostro avviso, deve essere richiesta la presenza della volontà di ottenere benefici dall'organizzazione criminale. L'interpretazione restrittiva che manteniamo dello stesso raggruppamento, come mafioso richiede l'esigenza dell'intenzione e volontà di ottenere benefici economici e, se del caso, politici dallo stesso, come un elemento intrinseco delle "mafie". Questi gruppi mirano a vivere a spese della corruzione e dell'intimidazione delle istituzioni statali.

51. Il soggetto che, vittima di una minaccia di un'organizzazione o di un gruppo criminale, si integra o collabora con esso in modo forzato in modo che il male della minaccia non si materializzi, esegue un comportamento tipico, poiché, anche se la sua libertà è coartata, concorre il dolo, inteso come conoscenza e volontà di realizzare gli elementi oggettivi del tipo. L'eventuale esclusione della responsabilità penale per il comportamento tipico deve essere richiesta in sede di analisi dell'antigiuridicità mediante la figura dello stato di necessità, o, in mancanza, in sede di giudizio di colpevolezza.

52. Nei casi in cui il soggetto è vittima di un reato di rapina con intimidazione o estorsione, essendo quindi minacciato di consegnare immediatamente una somma di denaro all'organizzazione o al gruppo criminale e collaborare efficacemente con il gruppo, realizzando la condotta tipica del reato di finanziamento illecito, la sua responsabilità penale potrebbe essere esenta attraverso la figura dello stato di necessità. Tale concetto, è costituito dalla situazione minacciosa della produzione imminente di un male e la necessità di eseguire il comportamento tipico per evitare tale male. Tuttavia, il nocciolo della questione in questi casi risiede nella ponderazione dei mali, dovendo confrontare il male evitato e il male causato, quest'ultimo costituito dal contributo al mantenimento del gruppo criminale, e, con esso all'illecito sistematico. Se, date le circostanze talvolta concomitanti, si stima che il danno causato sia maggiore di quello da evitare con l'esecuzione del comportamento tipico, non potrà essere presa in considerazione *ex art. 20.5 ° CP* la causa di giustificazione, ma, se inferiore o uguale ad esso, il comportamento tipico sarà giustificato, risultando il soggetto esente dall'applicazione di qualsivoglia pena.

53. Quando il soggetto attivo della condotta di finanziamento di un'organizzazione o di un gruppo criminale porta avanti l'azione essendovi forzato, come vittima di un reato di minacce soggette a condizione, non può essere esentato dalla pena *ex art. 20,5 ° CP*, perché non concorre l'ipotesi di una situazione di pericolo di produzione imminente di un male. Al contrario delle ipotesi di rapina a mano armata o estorsione, nel reato di minacce soggette a condizione si dà un termine alla vittima per ottemperare alla condizione imposta, così che il male oggetto della minaccia non si produce immediatamente, avendo in linea di principio il soggetto minacciato altre vie alternative all'illecito per risolvere il conflitto, come andare alla polizia.

L'eventuale impunità della condotta di collaborazione dovrà essere cercata, quindi, in sede di colpevolezza *ex art. 20,6° CP*. Nel valutare la possibile applicazione dell'esimente del timore insuperabile (stato di necessità nel diritto italiano) ci si deve basare sulle circostanze concomitanti per valutare se nel caso specifico un cittadino medio avrebbe o meno agito allo stesso modo, cioè, finanziando il gruppo criminale, essendo o no giuridicamente esigibile un comportamento alternativo. A questo proposito, gli aspetti a cui si dovrebbe prestare attenzione per raggiungere una conclusione sul carattere insormontabile o meno del timore sofferto dalla vittima sarebbero la gravità del particolare male da evitare, e la serietà, e pertanto l'autenticità

della minaccia, senza trascurare le specifiche circostanze soggettive del soggetto vittima della minaccia che realizza la condotta tipica, come il livello di maturità (l'età) e l'eventuale presenza di anomalie psichiche.

54. In situazioni di pagamento a un'organizzazione criminale o ad un gruppo, di un prezzo per il rilascio di un soggetto che viene rapito riteniamo difficilmente applicabile la causa di giustificazione dello stato di necessità in quanto, anche se il pericolo della produzione del male è di per sé imminente, trovandosi la persona rapita già privata della libertà e in situazione potenzialmente pericolosa al momento della produzione del male, non v'è alcuna necessità oggettiva per il comportamento tipico, essendo possibili altre vie legali con cui affrontare la situazione, come andare alla polizia e riferire i fatti.

Il timore insormontabile come esimente che interessa essenzialmente circostanze soggettive, come ad esempio lo stato psicologico di tensione e di ansia del soggetto prima di produrre un male si concilia bene, in sede di giudizio di colpevolezza, con l'esimere da responsabilità penale il soggetto che effettua il pagamento nelle condizioni sopra indicate.

Andare alla polizia sarebbe, in linea di principio, una possibile condotta, ma non giuridicamente esigibile data la situazione psicologica di paura subita dal familiare o amico del rapito, che deve quindi essere esonerato dalla responsabilità penale ex art. 20,6° CP.

55. La semplice esistenza di una situazione di penuria o di disoccupazione non può essere una causa di esonero da responsabilità penale, sia nella sede del giudizio di anti giuridicità, sia di colpevolezza, in relazione al soggetto che partecipa attivamente o che collabora con un'organizzazione o gruppo criminale per ottenere guadagni economici.

56. Partecipare attivamente o collaborare con organizzazioni o gruppi criminali per ottenere un stipendio o controprestazione economica occasionale con cui far fronte al pagamento di un'operazione medica o un prestito sembra difficilmente giustificabile mediante lo stato di necessità, perché è normale che ci sono altri modi alternativi leciti con cui affrontare tale pagamento, come ad esempio la richiesta di un prestito bancario, l'aiuto di familiari o amici, andare dall'ombudsman, o comunicare la gravità della propria situazione attraverso internet. Quindi, di fronte ad un'esenzione o almeno un'attenuazione della responsabilità penale in questi casi il metodo più efficace è l'applicazione del principio del timore insormontabile. Tuttavia, bisognerà tener conto delle circostanze nel caso concomitante per dire che la situazione della paura della possibile produzione di un male (morte di un membro della famiglia con la malattia, sfratto o altro) fosse davvero insormontabile, e che, pertanto, non era giuridicamente esigibile avere un comportamento diverso da quello effettivamente posto in essere.

57. La causa della giustificazione di agire nell'esercizio delle proprie funzioni ex art. 20.7° CP ha poco ambito di applicazione se confrontato con il comportamento tipico di collaborare ad un'organizzazione criminale o di finanziare un gruppo, in quanto

l'esenzione di questi comportamenti può essere ottenuta anche prima, in sede di giudizio di tipicità, se interpretiamo, come stiamo facendo qui, che sono condotte neutre che non implicano un rischio giuridicamente disapprovato e, pertanto, atipiche. Tuttavia, in relazione alla figura dell'agente segreto, l'art. 282 bis LECrim., che prevede espressamente l'esenzione dalla responsabilità penale di questi "per quelle azioni che sono conseguenza necessaria allo sviluppo delle indagini" a condizione che siano proporzionate, si potrebbero interpretare come una manifestazione concreta dell'art. 20.7° CP.

58. Non è possibile applicare l'errore di proibizione (errore proprio nel diritto italiano) come causa di esenzione dalla responsabilità penale, in sede di giudizio di colpevolezza nei reati di organizzazione e gruppo criminale. Il dolo, forgiato in questi tipi, per il fatto di sapere di partecipare o cooperare in un gruppo dedicato alla commissione di crimini, implica necessariamente la conoscenza della natura illegale del comportamento in corso di esecuzione. È impossibile per un soggetto che sa di partecipare in un gruppo dedito al crimine che non abbia pensato mai alla possibile illegalità del suo comportamento. La condotta clandestina di organizzazioni e gruppi criminali, per ciò che si riferisce alla loro attività criminale, conferma questa affermazione.

59. Non si contemplano condizioni oggettive di punibilità né la possibilità di applicare assoluzioni specifiche in relazione alla condotta dei reati di organizzazione e gruppo criminale, essendo in sintonia con la forte tendenza repressiva esistente contro il fenomeno della criminalità organizzata.

Per quanto riguarda le cause assolutorie di carattere generale, sono applicabili a questi crimini, come a qualsiasi altro, le cause di assoluzione degli artt. 56.3 e 71.1 CE, che stabiliscono, rispettivamente, l'assoluta inviolabilità del Capo dello Stato e l'immunità parziale dei parlamentari, limitati ai reati causati dall'espressione di opinioni nell'esercizio delle loro funzioni. Tuttavia, quest'ultimo non trova un'applicazione pratica in realtà perché abbiamo già affermato che la semplice manifestazione verbale di sostegno a un'organizzazione o a un gruppo criminale dovrà essere considerata atipica in quanto condotta di mera collaborazione.

59. La pena di reclusione per i soggetti attivi che effettuano le condotte tipiche dei reati di organizzazione criminale sono ponderati sul piano giuridico in vista della gravità del reato perseguito dal gruppo, così come la rilevanza della condotta specifica realizzata dal soggetto e, quindi, del contributo maggiore o minore all'illecito sistematico. Nel tipo del gruppo criminale è utilizzato solo come criterio per la ponderazione della gravità del reato-fine, spettando a giudici e tribunali il compito di assegnare la punizione concreta nel quadro penale stabilito dalla legge in vista del maggiore o minore contributo della condotta all'illecito, in virtù del principio di proporzionalità.

Dato che nella maggior parte dei casi sono presenti nel gruppo criminale una divisione dei ruoli, perché senza questo elemento difficilmente il raggruppamento possederà una struttura adatta per la realizzazione del reato-fine, sarebbe opportuno, a favore del

principio di proporzionalità , la creazione a livello giuridico di ventaglio di pene in risposta alla gravità del comportamento specifico effettuato, come avviene nel tipo dell'organizzazione criminale.

60. Così come ci esprimeremo riguardo l'analisi dell'illecito di questi reati, sosteniamo *de lege ferenda* una restrizione dei reati-fine della organizzazione e gruppo criminale solo a reati di una certa gravità (punibile con una pena detentiva massima di almeno quattro anni). Ci sarebbe, comunque, un certo margine di analisi all'interno di reati gravi, potendo essere identificati alcuni dei quali come particolarmente gravi, la cui perpetrazione da parte del gruppo determinerebbe un quadro normativo penale maggiore per i suoi membri e collaboratori. Questo, a rigor di termini, si sta facendo nella legislazione attuale, che determina maggiori pene per i soggetti attivi in condotte tipiche quando i reati perseguiti dall'associazione specificamente fossero "reati contro la vita o l'integrità delle persone, la libertà, libertà sessuale o tratta di esseri umani ". Tuttavia, al fine di attuare questa restrizione, si dovrebbe specificare che per tali reati si dovrebbero sempre prevedere pene massime di reclusione di almeno quattro anni, visto che alcune modalità tipiche di questi reati non rispondono a tale caratteristica.

61. Quando l'organizzazione criminale o gruppo abbia come finalità, considerando compresi sia i reati-fine sia i reati strumentali propedeutici alla realizzazione dei primi - reati meno gravi, al fine di determinare il quadro penale applicabile ai soggetti attivi delle condotte tipiche, si dovrà prendere in considerazione il crimine più grave *ex art.* 8.4° CP.

62. Nel caso in cui l'organizzazione o gruppo criminale cambi la propria finalità, si dovrebbe tenere in conto, al fine di determinare il quadro normativo applicabile, il reato-fine oggetto dell'associazione nel momento in cui l'autore ha realizzato la condotta tipica.

Ma se durante l'esecuzione del comportamento tipico, l'associazione ha continuato a realizzare in diversi momenti, diversi reati-fine, il che succede essenzialmente nelle condotte di partecipazione come membro, a causa della sua natura permanente, bisognerà considerare, rispetto alla determinazione del quadro normativo penale, il reato-fine più grave *ex art.* 8.4° CP. Tuttavia, se il reato-fine più grave è stato oggetto dell'associazione per un periodo di tempo minimo in relazione alla durata della stessa e al periodo di legame con il soggetto attivo, si potrebbe eccezionalmente non tenerne conto, e concentrarsi sui reati-fine che abbiano segnato davvero la vita e la traiettoria del gruppo e la vita del soggetto come membro.

63. Per quanto riguarda la pena di "inabilitazione speciale per tutte le attività commerciali economiche o relative all'attività dell'organizzazione o del gruppo criminale o le prestazioni all'interno degli stessi" che si contempla ulteriormente rispetto alla pena detentiva per i soggetti attivi dei reati che qui interessano, la sentenza di specie che condanni l'imputato per inabilitazione, deve specificare in modo espresso quali sono le attività economiche implicate così come motivare la decisione,

spiegando il rapporto di tali attività con l'attività criminale dell'organizzazione o del gruppo.

Per quanto riguarda i criteri giuridici per determinare la durata dell'inabilitazione, per "gravità del reato" bisognerà intendere la gravità del reato commesso, riferito ovviamente all'organizzazione o gruppo criminale; dal "numero di compiti" si intende il numero di reati in cui si ha partecipato, nell'ambito dell'associazione a delinquere, dovendosi lasciare da parte reati commessi eventualmente dal soggetto al di fuori dell'associazione; e il termine "circostanze del reo" deve essere interpretato come attinente alle spese familiari a carico del soggetto e alla sua situazione economica, lasciando da parte fattori come ad esempio lo stile di vita dello stesso o la presenza o meno di precedenti penali.

64. La natura clandestina delle organizzazioni e dei gruppi criminali, la loro natura chiusa, che rende difficile per i terzi al di fuori della cerchia dei membri entrare nella struttura, e i numerosi filtri e controlli di sicurezza a loro disposizione spiegano la - a nostro avviso riuscita - espansione a livello del diritto comparato di "misure premiali" di natura sostanziale consistente nella previsione di un'attenuazione della pena per il soggetto attivo di questi reati che collabora con le autorità, tradendo i colleghi del gruppo, e fornendo materiale probatorio con cui condannarli. La *ratio* dell'attenuazione si trova esclusivamente in questioni di politica criminale, cercando l'incentivo per il soggetto che deve collaborare, si ottengono dunque prove per future condanne. Quindi, la sua esistenza riflette il costante conflitto tra pragmatismo e rispetto delle garanzie e dei principi giuridico-penali, e il trionfo, in questo caso, del primo sul secondo.

65. In Spagna questa "misura premiale" è contemplata nell'art. 570 quáter.4 CP, che prevede la possibilità per i giudici di attenuare motivatamente la pena dei reati di organizzazione e di gruppo criminale in uno o due gradi alla persona "che ha volontariamente abbandonato le sue attività criminali e ha collaborato attivamente con le autorità o i suoi agenti". L'utilità di "misure premiali", a livello procedurale e il fine di raggiungere una futura condanna, scoprendo informazioni di grande importanza, altrimenti difficilmente accessibili, è innegabile; tuttavia ad oggi, la disposizione non è stata ancora applicata.

L'interpretazione facoltativa della misura crea una situazione di incertezza del diritto, che può demotivare il soggetto che intende collaborare con l'autorità, tenuto anche conto del rischio che ciò implichi anche la scoperta da parte dei membri del gruppo a cui apparteneva. Pertanto, comprendiamo necessario interpretare che la formula "può imporre" si riferisce solo alla possibilità di scegliere tra la riduzione di uno o due gradi, ma non applicare o meno lo sconto in astratto, sostenendo che ogni volta che siano presenti i due requisiti richiesti dalla legge, cioè l'abbandono volontario e la collaborazione con le autorità, applicano, si applichi la riduzione di pena da parte dei tribunali, lasciando solo alla discrezione di essi la misura specifica della riduzione: cioè uno o due gradi.

66. Quando concorrono i requisiti dell'abbandono volontario e della collaborazione con le autorità, l'applicazione dell'art. 570 quater.4 CP sarà considerato una regola di applicazione preferenziale, in virtù del criterio di specialità di cui all'art. 8.1 ° CP, rispetto alle circostanze attenuanti generali della confessione dei fatti o, se del caso, della riparazione del danno *ex artt.* 21,4° e 5°, rispettivamente.

67. L'abbandono delle attività criminali e collaborazione con le autorità interpretato come requisiti cumulativi di natura oggettiva, non essendo quindi possibile rispetto all'applicazione dell'attenuante, effettuare la constatazione di un vero pentimento interiore del soggetto.

68. Il legislatore sembra limitare l'ambito di applicazione dell'art. 570 quater.4 CP ai membri di un'organizzazione o gruppo criminale, quando, facendo riferimento a uno degli scopi della collaborazione, fa riferimento a "ottenere prove decisive per [...] impedire la azione o lo sviluppo delle organizzazioni o gruppi a cui apparteneva". Riteniamo, tuttavia ingiusta tale restrizione, in quanto impedirebbe a collaboratori esterni, poter beneficiare di questa "misura premiale" per questo riteniamo corretto applicare analogicamente la disposizione anche ad essi, fatto non proibito dalla legge, in quanto inteso come analogia favorevole all'accusato. Tuttavia, è vero che, in pratica, potrebbe essere più difficile per un collaboratore esterno beneficiare di questa misura, in quanto, non appartenendo al organizzazione o gruppo criminale, di regola avrebbe accesso a meno informazioni sul gruppo che possano essere rilevante per le autorità.

69. L'abbandono comprende la rottura di ogni legame con l'organizzazione o il gruppo criminale, per cui non sarà applicabile la diminuzione della responsabilità penale se si rileva che il collaboratore, pur avendo cessato di essere un membro del gruppo criminale, collabora puntualmente con esso, come *extraneus*.

70. Se il soggetto lascia l'organizzazione e collabora con le autorità una volta che è stato fermato dalla polizia, dopo essere stato informato dagli agenti dei vantaggi che questo può comportare sulla riduzione della pena, per quanto riguarda l'eventuale condanna per i reati commessi, ci rendiamo conto che la riduzione è applicabile poiché l'abbandono e la collaborazione con le autorità rimarrebbero una decisione volontaria del soggetto. Tuttavia, al momento di decidere la riduzione di uno o due gradi nell'ambito del quadro normativo, il giudice può prendere in considerazione questo tipo di circostanze, applicando la maggiore riduzione in quei casi in cui il soggetto decide di collaborare senza essere stato previamente arrestato.

71. Quando il soggetto collabora con le autorità dopo essere stato espulso dal gruppo criminale del quale era parte, nel caso dell'*intraneus*, o dopo aver paralizzato da parte dell'associazione il rapporto fino ad allora esistente, nel caso del collaboratore permanente *extraneus*, sembra difficile constatare l'elemento dell'abbandono volontario delle attività criminali, poiché questo sembra essere stato forzato. Tuttavia, per essere

sicuri di ciò, dobbiamo tenere conto delle circostanze specifiche che hanno portato alla cessazione del rapporto da parte del gruppo criminale.

Nel caso in cui la causa si basi in una condotta dissidente del soggetto, riprovata dall'associazione, si potrebbe interpretare che la stessa rappresenta già un certo abbandono volontario del legame criminale con il gruppo, essendo la riduzione della pena pertanto applicabile. Se l'espulsione o cessazione del rapporto, operata dal gruppo criminale, corrisponde a un errore o un comportamento imprudente del soggetto espulso, non rivelatrice pertanto, del suo dissenso o disaccordo per l'organizzazione o gruppo criminale, non si potrà in questo caso applicare la "misura premiale" che qui interessa, in quanto l'abbandono non sarà stato volontario, ma piuttosto obbligato. In tal caso, se il soggetto successivamente decide di collaborare con le autorità, si potranno applicare sulla pena imposta solo le attenuanti generiche di cui all'art. 21 CP.

72. La condotta di collaborazione con le autorità - secondo requisito da soddisfare per l'applicazione della "misura premiale" - deve consistere in un comportamento attivo idoneo ex ante rispetto a (1) l'ottenimento di "prove decisive per individuazione o la cattura di altri responsabili" (2) l'ottenimento di prove decisive "per impedire le azioni e lo sviluppo delle organizzazioni o gruppi di cui si è fatto parte, o (3) evitare la perpetrazione di un reato attraverso quelle organizzazioni o gruppi". Non è esigibile rispetto alla valutazione della riduzione di pena che si raggiunga effettivamente il risultato di ottenimento delle prove o che si eviti la commissione di un reato. Se fosse così, il soggetto potrebbe essere scoraggiato a collaborare, tenendo conto, in molti casi, della difficoltà di raggiungere effettivamente lo scopo previsto.

73. Per essere efficace al fine di generare la riduzione della pena, la condotta della collaborazione, in uno qualsiasi dei suoi scopi, deve aver luogo prima che la sentenza di condanna ex art. 570 bis o 570 ter CP sia passata in giudicato.

74. Sebbene la situazione normale impone che la collaborazione si realizzi dopo l'abbandono volontario di tutti i legami con l'associazione, potrebbe accadere in alcuni casi che l'abbandono e la collaborazione coincidano temporaneamente, o meglio, che la condotta di abbandono volontario contenga implicitamente la collaborazione. Questo è esattamente ciò che accadrà nella maggior parte dei casi con comportamenti di collaborazione tenuti, al fine di "prevenire la perpetrazione di un crimine che è stato commesso all'interno o attraverso tali organizzazioni o gruppi."

75. I destinatari delle pene detentive e di inabilitazione, e quindi i potenziali beneficiari della "misura premiale", sono gli individui partecipanti attivi delle condotte tipiche antigiusuridiche e colpevoli, anti-giusuridiche degli artt. 570 bis e 570 ter CP.

Nonostante siano immaginabili casi in cui una persona giuridica realizzi la condotta tipica di collaborare con un'organizzazione criminale o finanziare un gruppo criminale, il legislatore non include una disposizione specifica sulla responsabilità delle persone giuridiche al riguardo. Il riferimento allo scioglimento e alle conseguenze degli artt. 33.7 e 129 CP di cui all'art. 570 Quater.1 CP viene effettuato in relazione

“all'organizzazione o gruppo” ossia, associazioni illecite sistematiche, come asse centripeto delle condotte tipiche, e non in relazione alle persone giuridiche che realizzino una condotta tipica.

Se è vero che in molte occasioni in cui una persona giuridica collabora con un'organizzazione o gruppo criminale, la condotta sarà desumibile da un reato specifico, e sempre che consista in una partecipazione a un reato-fine o un reato-strumentale, al contrario non si potrà punire come collaborazione *ex art. 570 bis o 570 ter CP* per mancanza di un'espressa disposizione. Sosteniamo, quindi, di includere una formula che permetta di rilevare la responsabilità penale delle persone giuridiche in relazione ai reati di associazione (organizzazione e gruppo criminale).

76. Dato che la logica delle organizzazioni criminali - e nella maggior parte dei casi anche di gruppi criminali - è quella di trarre profitto dai reati che costituiscono il loro fine, servendosi in molti casi di meccanismi fraudolenti per nascondere in seguito tali utili, inserendoli nel mercato legale, è fondamentale per un'efficace prevenzione e soppressione del fenomeno, prevedere meccanismi per un'efficace sequestro di tali considerevoli somme finanziarie, così come degli strumenti utilizzati nel crimine, rendendo così, complicato per il soggetto continuare l'attività criminale dopo un'eventuale condanna. La confisca diventa così, insieme alla contemplazione del reato di riciclaggio, uno strumento essenziale contro il crimine organizzato.

77. Diverse forme di confisca sono applicabili all'area in questione. Così, insieme al sequestro diretto di beni, strumenti criminali e proventi di reato, che è previsto *ex art. 127.1 CP*, come conseguenza accessoria della pena imposta per i reati di organizzazione e gruppo criminale o quelli commessi all'interno del gruppo criminale, la confisca autonoma dell'*art. 127 CP*, nei casi in cui l'imputato non può in certe circostanze essere condannato per il delitto, si pone come una figura chiave, applicabile espressamente alle "attività criminali commesse nell'ambito di un'organizzazione o di un gruppo criminale", la *cd. confisca ampliata*. Questa figura consente che quando un soggetto è condannato per alcune di queste attività criminali, possono essere sequestrati beni o effetti di proprietà, nonostante non ci sia prova della loro connessione a un particolare reato commesso dal soggetto, essendo sufficiente a questo scopo solo sospetto, basato su indizi, della sua origine illecita.

78. Nei casi in cui l'organizzazione o il gruppo criminale non possieda personalità giuridica o la possieda, ma venga simulata ("società fantasma"), si applicherà all'associazione *ex art. 570 quater.1 CP*, le conseguenze accessorie per le entità senza personalità giuridica dell'*art. 129,2 CP*. Lo scioglimento che è previsto in ogni caso come conseguenza di applicazione normativa precettiva, non ha alcun significato in relazione alle organizzazioni e ai gruppi criminali senza personalità giuridica formale, se non è inteso come chiusura di stabilimenti e locali e sequestro di strumenti e proventi di reato - questi ultimi, già inclusi nella confisca.

Nel caso di organizzazioni e gruppi criminali che utilizzano una "società fantasma", lo scioglimento deve essere inteso come un atto puramente formale, in attenzione alla

personalità giuridica formale e non sostanziale della stessa, riducendosi alla registrazione dell'accordo di scioglimento della persona giuridica.

79. Se l'organizzazione o il gruppo criminale possiede personalità giuridica reale, in quanto realizza insieme alle attività criminali come oggetto principale, altre attività lecite, saranno di applicazione *ex art. 570 quater.1 CP* le pene per le persone giuridiche di cui all'art. 33,7 CP. Tuttavia, questa applicazione sarà diretta, senza necessità di requisiti generali per l'accertamento della responsabilità penale delle persone giuridiche degli artt. 31 bis e ss. CP. Ed è così, che questo sistema generale di responsabilità penale, disegnato per le società che commettono crimini a causa di una mancanza di organizzazione, che si riflette nella mancanza di adozione e previa esecuzione dei modelli di prevenzione e controllo della criminalità, non corrisponde alla natura essenzialmente criminale delle organizzazioni e gruppi criminali, che non commettono reati a causa di un errore organizzativo, in quanto strutturate per commettere reati, intervenendo dolo sistematico. Viene creato così come un sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche per organizzazioni e gruppi criminali diretto e alternativo a quello generale degli artt. 31 bis e ss. CP.

80. Il concorso esistente tra i reati di organizzazione e gruppo criminale con altri tipi penali previsti nel Codice Penale costituisce uno dei problemi più complessi e problematici coinvolti nello studio di questi reati. A questo proposito, due sono le prospettive per l'analisi: da un lato, il rapporto tra questi tipi e altre norme penali nel nostro codice, che puniscono anche il semplice atto di partecipare a un gruppo strutturato per commettere, con vocazione stabile, reati; e, d'altra parte, quella del concorso esistente tra i tipi di associazione (organizzazione e gruppo criminale) e i crimini commessi nell'ambito della stessa.

81. Per quanto riguarda i rapporti tra il reato di organizzazione criminale e quello di associazione illecita *ex art. 515.1° e ss. CP*, c'è una sostanziale coincidenza tra, da un lato, i comportamenti tipici di entrambi e, dall'altro, i concetti letterali dell'organizzazione criminale e della giurisprudenza dell'associazione illecita. In questa sovrapposizione d'ambito di applicazione di reati, il gruppo criminale viene escluso, a causa della sua minore complessità strutturale rispetto a quella dell'associazione illecita e dell'organizzazione criminale. Ma se partiamo dall'interpretazione restrittiva, che sosteniamo, dell'organizzazione criminale come associazione mafiosa, si dovrebbe dire che la sovrapposizione del concetto giurisprudenziale di associazione illecita potrebbe verificarsi sia in relazione all'organizzazione criminale, sia al gruppo.

82. Data l'identità dei casi a cui a entrambi sono diretti gli artt. 570 bis, 517 e 518 CP, in relazione all'art. 515.1°, si possono applicare le regole sul concorso di norme. L'art. 570 Quater.2.II CP richiede all'interprete l'applicazione del criterio di alternatività, che, tra l'altro, è l'unico criterio applicabile al caso di specie, in considerazione della totale sovrapposizione tra i campi di applicazione dell'uno e l'altro precetto, che impedisce di

ricorrere alle regole di risoluzione dei conflitti normativi dei paragrafi 1°-3° dell'art. 8 CP.

L'applicazione dell'art. 8.4° CP al concorso di norme tra l'art. 570 bis e l'art. 515.1° e ss. CP suppone implicitamente di lasciare il tipo associativo al margine, generalmente prevedendo pene di minore gravità rispetto al tipo dell'organizzazione criminale. Solo potrebbe applicarsi il tipo associativo ai membri attivi e ai collaboratori quando il gruppo criminale in questione ha come oggetto la perpetrazione di reati meno gravi o lievi, in quanto sono gli unici casi in cui le pene relative al tipo associativo potrebbero essere considerate più gravi di quelle di tipo dell'organizzazione criminale, se ci riferiamo alle pene che l'uno e l'altro reato comprendono. Pertanto, si capisce che il reato di associazione a delinquere deve essere rimosso dal codice penale al sovrapporsi completamente il campo di applicazione con il tipo di organizzazione criminale che è più rispettoso del principio di tassatività, e, come abbiamo visto, di applicazione preferenziale in relazione praticamente a tutti i comportamenti tipici.

83. Il concorso tra il reato di organizzazione criminale e i reati associativi del 2° e 3° paragrafo dell'art. 515 CP, relativi, rispettivamente, ad associazioni "che, pur avendo come oggetto uno scopo lecito, impiegano mezzi violenti o alterazione o controllo della personalità per realizzarli" e "le organizzazioni di carattere paramilitare" dovrebbe essere anche qui il tipo del concorso apparente tra norme. E manteniamo un'interpretazione restrittiva di questi tipi associativi, affermando, sebbene non richiesto dalla lettera dell'articolo, che, come l'associazione del paragrafo 1 dell'art. 515.1 CP, debbano avere ad oggetto la commissione di reati. La disposizione specifica in materia di concorso di cui all'art. 570 quater.2.II CP obbliga l'interprete ad applicare in questi casi il criterio di alternatività, che, come si è visto, porterà generalmente all'applicazione dell'art. 570 bis CP, lasciando da parte i tipi associativi. A questo proposito, riteniamo superflui anche questi tipi associativi, sostenendo la loro soppressione del codice penale. La commissione di crimini violenti o l'uso di metodi criminali di "alterazione o controllo della personalità" non giustificano il mantenimento di tipi ulteriori rispetto a quelli di gruppo e organizzazione criminale. Per quanto riguarda le "organizzazioni di carattere paramilitare", contiamo, a maggior ragione, con un reato altrettanto specifico, quali sono gli attuali tipi qualificati di organizzazione criminale (che, a nostro avviso, deve essere eliminato in quanto già elemento caratteristico del concetto) e gruppo criminale che possiede armi previsto negli artt. 570 bis.2.b e 570 ter.2.b CP.

84. Diverso trattamento giuridico merita il rapporto tra i delitti di organizzazione e associazione criminale "che incoraggiano, promuovono o incitano direttamente o indirettamente l'odio, l'ostilità, la discriminazione o la violenza contro le persone, gruppi o associazioni in base alla loro ideologia, religione o credenze, l'appartenenza dei suoi membri o uno di essi ad un gruppo etnico, razza o nazione, sesso, orientamento sessuale, situazione familiare, malattia o disabilità" degli artt. 517 e 518 CP, in relazione all'art. 515.4° CP. Questi gruppi, in base all'interpretazione restrittiva che operiamo su di essi come associazioni dedicate a promuovere la commissione di crimini discriminatori,

differiscono sostanzialmente dalle organizzazioni e dai gruppi criminali. Mentre questi ultimi sono impegnati a commettere reati, le associazioni dell'art. 515.4 ° CP non commettono reati, ma incitano altri, membri indeterminati della comunità, a commettere crimini discriminatori. Questo incoraggiamento o istigazione a commettere reati discriminatori non è un reato-fine indipendente dal reato associativo, come nel caso del tipo di organizzazione criminale e i reati-fine perpetrati all'interno di esso, così che l'ingiustizia di tale condotta è già compresa nel reato dell'art. 515.4° CP. In questo modo, gli art. 570 bis / 570 ter e 515.4° e ss. CP si riferiscono a comportamenti diversi, ognuno con un proprio ambito di applicazione differenziato e, pertanto, non esiste alcun conflitto normativo tra i precetti.

85. Il rapporto tra i reati di organizzazione e gruppo, e i sottotipi aggravati dell'appartenenza a un'organizzazione o gruppo criminale previsti in relazione a vari tipi penali della parte speciale, è anch'esso costitutivo di un concorso apparente di norme, in quanto entrambi puniscono lo stesso concetto di partecipazione a un gruppo criminale con un proprio illecito sistemico. Tuttavia, in considerazione del carattere accessorio del sottotipo aggravato rispetto al tipo base in questione, il conflitto sarà limitato, a rigor di termini, ai casi in cui l'organizzazione o gruppo criminale avrà dato inizio all'esecuzione di un delitto che contempli un'aggravante basata sull'appartenenza dell'autore a un'organizzazione criminale o ad un gruppo.

Anche se il criterio della specialità sembra essere applicabile a prima vista, a favore dei sottotipi aggravati, l'art. 570 quater.2. Il CP obbliga a risolvere il conflitto normativo attraverso il criterio dell'alternatività. Per confrontare in modo efficace le pene in modo che entrambe si riferiscano allo stesso illecito, deve essere confrontata la pena prescritta nel sottotipo di adesione a organizzazione o gruppo criminale con la pena risultante dal concorso -che in questa sede qualifichiamo come ideale- tra il reato di organizzazione o gruppo criminale e il crimine compiuto senza la qualifica di appartenenza a un'organizzazione o gruppo.

86. Consideriamo inutile questa pena a due vie della partecipazione a un'organizzazione criminale o di un gruppo, e sosteniamo perciò, *de lege ferenda*, di sopprimere i sottotipi qualificati, mantenendo solo i tipi di organizzazione e gruppo criminale, però sempre, come prima abbiamo esposto, operando una limitazione legale del suo ambito di applicazione, limitando il suo scopo alla commissione di reati che prevedono una pena detentiva massima di almeno quattro anni. Questa via generale, rispetto ai sottotipi speciali, garantisce l'assenza di lacune normative, ed è coerente con l'illecito autonomo che presenta la mera esistenza di un'organizzazione o di un gruppo criminale opportunamente strutturato per commettere un crimine, e nel primo caso anche per modificare il corretto funzionamento dei mercati e delle istituzioni democratiche.

87. Il rapporto tra i reati di partecipazione in organizzazioni e gruppi criminali e i reati commessi in seno agli stessi senza la aggravante che sia prevista in caso, per l'appartenenza a un'organizzazione o gruppo criminale, deve essere quello del concorso di reati, dato il diverso contenuto dell'illecito degli stessi.

88. Il concorso di reati, tra quelli di organizzazione e gruppo criminale e i “reati-fine” o “reati-strumentali” commessi nel contesto dell'organizzazione deve essere di tipo ideale, perché questi reati, oltre ad essere commessi essendo vigente lo stato antiggiuridico creato dal reato di partecipazione all'organizzazione, contribuiscono al mantenimento di detto stato. Cioè non si crea una casuale e irrilevante coincidenza spazio-temporale tra le condotte esecutive dell'uno e l'altro tipo penale, se non che, questa coincidenza è notevole, ed è dotata di senso, perché il comportamento tipico dei reati-fine o strumentali si spiega attraverso la commissione anteriore - il cui completamento persiste ancora - del delitto di partecipazione a un'organizzazione o a un gruppo criminale, contribuendo al mantenimento dell'illecito.

L'applicazione in questi casi del concorso ideale ha anche alcuni effetti pratici più auspicabili. L'applicazione in questi casi del concorso reale di reati tra il tipo di organizzazione o gruppo criminale e il reato-fine o il reato-strumentale commessi nel suo ambito causerebbero in alcuni casi pene sproporzionatamente elevate.

89. Un caso diverso da quelli precedenti è quello in cui il crimine commesso dal membro dell'organizzazione o gruppo criminale non deriva dalla volontà sociale, ma dalla decisione individuale e autonoma dello stesso. In questo caso, se il reato, nonostante sia stato eseguito mentre è in corso la condotta permanente di partecipazione a un'organizzazione o a un gruppo criminale, non ha alcun effetto sul mantenimento della struttura del gruppo criminale, il rapporto tra i due tipi penali, nel caso siano previsti nello stesso caso, (il che a prima vista sembra strano, vista la mancanza di connessione), sarà quello del concorso reale tra reati.

90. Se il reato commesso dal membro dell'organizzazione o gruppo criminale sotto la sua responsabilità contribuisce in qualche modo al mantenimento dello stato antiggiuridico che presuppone l'esistenza del gruppo e, nonostante, la condotta criminale non scaturisca da un ordine espresso e manifestato verbalmente dall'organizzazione criminale o dal gruppo, si può capire che la stessa risponde a criteri o linee generali di azione segnate dai vertici o assemblee del gruppo criminale, si potrebbe desumere un concorso ideale di reati con il tipo di partecipazione all'organizzazione o gruppo criminale.

91. Se il reato commesso dal membro dell'organizzazione o dal gruppo criminale sotto la propria responsabilità che contribuisce al mantenimento dell'associazione non ha risposto alle regole di attuazione fornite a questo proposito dalla stessa, il giudice di turno potrebbe osservare come elementi di valutazione, alla possibilità del membro nel caso specifico, di agire o meno in un altro modo - cioè, valutare se, prima di eseguire la condotta, avrebbe potuto consultare l'azione da intraprendere a tale riguardo con i vertici dell'organizzazione -, e la stretta necessità dell'atto rispetto al mantenimento dell'organizzazione o del gruppo criminale in questione. Quindi, se la condotta è proporzionata e astrattamente necessaria per il mantenimento dell'organizzazione criminale o del gruppo, e il soggetto aveva o credeva di avere la necessità di agire

immediatamente, prima di consultare gli organi associativi, per l'imminenza del pericolo per la sussistenza dell'associazione criminale, si potrebbe desumere l'apprezzamento sostanziale tra le condotte di esecuzione e, con questo, il concorso ideale tra il reato eseguito in questione e il reato di partecipazione a un'organizzazione o a un gruppo criminale. Se si arriva, tenuto conto delle circostanze, alla conclusione contraria, cioè: che la condotta non era necessaria per il mantenimento dell'associazione, o che il soggetto aveva il tempo di consultare la decisione con i vertici, non essendo il pericolo immediato, la relazione tra le condotte di esecuzione sarebbe vista come non necessaria, equiparandosi pertanto dette ipotesi, con quelle della semplice coincidenza spazio-temporale tra i comportamenti, applicando quindi la figura del concorso reale di reati.

92. Rispetto all'applicazione del concorso ideale tra il reato di partecipazione a un'organizzazione o grupprocriminale, e il reato commesso dal membro che contribuisce al mantenimento della prima, si deve disegnare una strategia per evitare di valutare più di una volta il reato di organizzazione o gruppo criminale quando si siano commessi vari reati nel loro ambito. Mentre ogni reato commesso dal membro all'interno del gruppo che contribuisce al suo mantenimento concorre idealmente con il tipo della partecipazione a organizzazione o gruppo criminale, questo non può portare a punire il soggetto per quest'ultimo reato tutte le volte che ha commesso reati all'interno di esso. La migliore soluzione a questo problema viene da JAKOBS, che mira a calcolare l'esistenza di un concorso reale tra i crimini commessi dal membro durante il periodo di un reato permanente, sommando le pene corrispondenti per ciascuno di essi, e creando un reato unico "fittizio"; detto singolo reato con una pena pari alla somma di tutti questi reati, concorrerebbe idealmente con il delitto continuato di partecipazione a un'organizzazione o un grupprocriminale. In questa maniera, si rispetterebbe il tipo di rapporto esistente, sia tra i vari reati commessi nell'ambito della rete criminale, e sia tra loro e il reato di organizzazione o gruppo criminale senza violare il principio del *ne bis in idem*.

93. I crimini perpetrati da soggetti non ancora membri della organizzazione o gruppo criminale, come prova di coraggio per acquisire tale condizione di membro, idealmente non concorreranno con il reato di partecipazione a un'organizzazione criminale o di un gruppo, perché qui nemmeno produce la necessaria sovrapposizione tra la condotta esecutiva dell'uno e dell'altro tipo penale: per primo si realizzerebbe il "reato-prova" per entrare nel gruppo criminale, e successivamente si acquisterebbe lo status di membro, iniziando l'esecuzione della condotta di partecipazione in organizzazione o gruppo criminale. Tenuta in conto questa relazione di mezzi per un fine tra i due reati, si comprende che il concorso di reati esistente deve essere di tipo strumentale, in quanto si tratta di due azioni distinte, costitutive ognuna di un differente tipo penale ma legate però da detta relazione.

94. Un problema da affrontare ugualmente che sorge quando la condotta di collaborazione con l'organizzazione criminale o il finanziamento di un gruppo

realizzata dall'*extraneus*, risulta assumibile in un altro tipo penale, in quanto consiste proprio nel partecipare in una condotta criminale .

Nella maggior parte dei casi nei quali la condotta della collaborazione con l'organizzazione o gruppo criminale è occasionale e unica, costituita quindi da detta partecipazione in un "reato-fine" o "reato strumentale" dell'associazione criminale, riteniamo che non sussista un concorso di reati tra il reato di collaborazione ed il reato in questione bensì un concorso di norme, considerandosi preferibile quella relativa al reato-fine o al reato strumentale portato a termine. Punire il soggetto come imputato di questo reato e al contempo di quello della collaborazione sarebbe eccessivo, poiché la collaborazione non ha comportato la partecipazione a quel crimine. L'atto di collaborazione non mostra un illecito aggiuntivo a quello del reato-fine o reato strumentale a causa del suo carattere occasionale.

Nei casi in cui la collaborazione dell'*extraneus* non sia occasionale, ma ripetuta nel tempo o permanente, ci si dovrà attenere alle circostanze concomitanti. Se ciascuno dei contributi forniti durante il periodo di tempo in questione è consistito in atti di partecipazione a crimini commessi all'interno del gruppo criminale, reputiamo corretto punire il soggetto esclusivamente per i tipi penali commessi come partecipante, senza , per gli stessi motivi "*ut supra*", il tipo di collaborazione con l'organizzazione o gruppo. Nonostante questo legame più permanente con la rete criminale, il soggetto rimane estraneo ad essa, non partecipando alle sue dinamiche di gruppo, essendo, quindi, sufficiente la pena per i reati specifici in cui ha partecipato.

95. Senza negare l'indubbia necessità di stabilire pene per partecipanti e collaboratori con organizzazioni e gruppi criminali, vorremmo sottolineare che è necessario andare oltre la punizione di questi individui attraverso lo strumento penale. A questo proposito, riteniamo essenziale adottare misure di natura extra-penale che colpiscano le stesse cause sociologiche del fenomeno della criminalità organizzata. Pertanto, è necessario adottare misure a livello globale per ridurre, per quanto possibile, le grandi disuguaglianze sociali esistenti, che vengono sfruttate dai gruppi criminali per arricchirsi a spese di persone senza risorse e con pressanti esigenze economiche, attraverso lo sviluppo di attività illecite come la promozione dell'immigrazione clandestina, del traffico di organi o della prostituzione. Altrettanto necessarie sono le misure che affrontano l'attuale situazione di completa deregolamentazione dell'economia e del settore finanziario, che consente alle organizzazioni criminali di inserire facilmente nel mercato legale i propri proventi illeciti. È quindi urgente, porre un freno agli attuali paradisi fiscali.

La via penale diventa così uno strumento necessario, ma di per sé, del tutto insufficiente per fermare il pericoloso avanzamento della criminalità organizzata, che deve essere affrontato con misure che incidano sui fattori che spiegano e motivano la sua esistenza.