

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. PROPUESTAS DE REFORMA

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción: 28-10-2012

Fecha de aceptación: 11-11-2012

RESUMEN: La regulación de la criminalidad organizada en el Código penal español amplía exageradamente la intervención penal hasta considerar delictivos hechos de escasa peligrosidad, acaba determinando unas consecuencias punitivas extremadamente severas, es contradictoria en sus objetivos y adolece de importantes defectos técnicos. Por todo ello, se hace necesaria y urgente la reconsideración de la misma.

PALABRAS CLAVE: “Criminalidad organizada”. “Organización criminal”. “Grupo criminal”. “Asociación criminal”. “Organized crime”.

ABSTRACT: *The fact that organized crime regulation established in the Spanish Criminal Code overly extends criminal prosecution, to the extent of considering punishable events that suppose little or no hazard, results in extremely severe punitive consequences and practices, and hence, is an obstacle to fulfill its purposes and reveals significant technical defects. Therefore, the Spanish Criminal Code should be urgently and appropriately reviewed.*

KEY WORDS: “Criminal organizations”. “Transnational Organized Crime”. “Organized criminal group”. “Structured group”.

SUMARIO: I. PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES INSPIRADORES DE LA REGULACIÓN VIGENTE DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. II. EL LOGRO DE LA PRETENSIÓN PANCRIMINALIZADORA. 1. La “avaricia” represiva. 2. De la “doble” a la “triple” vía. 3. Las contradicciones e incoherencias del modelo. 3.1. Asociación criminal (art. 515.1º) y organización criminal (art. 570 bis. 1). 3.2. Asociación criminal y grupo criminal. 3.3. Asociación, organización y grupo criminal y tipos cualificados. III. EL ÉXITO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVISTA. IV. LA DIFÍCIL APLICACIÓN DEL MODELO. V. OPCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL PREFERIBLE

I. PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES INSPIRADORES DE LA REGULACIÓN VIGENTE DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

En los últimos años, la criminalidad organizada viene constituyendo una de las preocupaciones más visibles de la política-criminal mundial, europea y -como no podía ser de otra manera- española. Las razones de esa inquietud y de la alarma social que provoca este fenómeno son obvias, resultando perfectamente compartible la necesidad de afrontar con toda decisión los riesgos inherentes a una manifestación delictiva que ofrece un extraordinario potencial lesivo y a la que debe darse, por tanto, una respuesta penal adecuada.

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 punitivo¹. 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"².

Ejemplo modélico de todo ello ha sido, a mi juicio, la reforma operada por la LO 5/2010 en materia de criminalidad organizada, cuyos principios político-criminales básicos fueron, como trataré de demostrar a continuación, los tres siguientes:

¹ V., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001, *passim*.

² V., por todos, JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, *passim*, y CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (director), *Estudio sobre la reforma del Código penal*, Madrid, 2011, pág. 643 -644 y "El injusto en los delitos de organización: peligro y significado", en *Revista General de Derecho penal, IUSTEL*, nº 8, 2007.

(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.

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, ni de forma más desacertada. Lo que no era nada fácil, dado que el listón de incompetencia lo habían puesto ya muy alto los antecedentes en la materia.

II. EL LOGRO DE LA PRETENSIÓN PANCRIMINALIZADORA

1. La “avaricia” represiva.

La principal novedad de la reforma de 2010 en materia de criminalidad organizada fue la incorporación de los delitos de organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter), en un capítulo propio (VI) dentro de los delitos contra el orden público (Tít. XXII).

El antecedente de tales figuras estaba en los compromisos derivados de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, y

en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada³. Sin embargo, como no es inusual cuando se trata de incorporar figuras de delito, el legislador español fue en la reforma bastante más allá de lo que le obligaban ambos compromisos internacionales.

En efecto, la Convención contempla el compromiso de castigar la participación en organizaciones criminales cuando el propósito del grupo sea cometer "delitos graves", entendiendo por tales aquellos que resulten punibles "con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave" (artículo 2.a y b). Del mismo modo, la Decisión Marco 2008/841/JAI, considera "organización delictiva" únicamente aquella "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" (artículo 1.1).

El legislador español, sin embargo, consideró que debía llevar la punición al castigo de agrupaciones criminales cuyo fin sea cometer "delitos"; esto es: cualquier delito, cualquiera que sea su pena, y, no contento con ello, también si el propósito es cometer faltas; esto es: cualquier falta, siempre que se sea reiteradamente. De manera que, en su paroxismo punitivo, el legislador no sólo que 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 misma⁴.

³ V. BLANCO CORDERO/SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Principales instrumentos internacionales de Naciones Unidas y de 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», en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, págs. 25 y sgs.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, "Criminalidad organizada", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2006, pág. 65 y sgs.; PARDO GONZÁLEZ, Yolanda, "Criminalidad organizada: marco comunitario y reforma del Derecho penal", en *Iuris*, nº 136, 2009, págs. 38 y sgs.

⁴ De hecho, como se ha resaltado, uno de los objetivos prioritarios de la reforma de 2010 era, precisamente, comprender también a las faltas (GARCÍA RIVAS, Nicolás/LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter" en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, pág. 509.

Del mismo modo, el compromiso internacional de intervención se establecía para la punición de los "grupos delictivos organizados" (Convención de las Naciones Unidas, artículo 2.a) o para las "organizaciones delictivas" (DM 2008/841/JAI, art. 1.1), equivalentes a lo que el artículo 570 bis 1, párrafo segundo, denomina "organización criminal", sin extenderse a los "grupos estructurados" (Convención de las Naciones Unidas, artículo 2.c) o a las "asociaciones estructuradas" (DM 2008/841/JAI, art. 1.2), equivalentes a los que el artículo 570 ter define como "grupo criminal" y que, como no podía ser de otra forma, se castigan también en relación a todos los delitos y faltas. Asimismo, en los textos internacionales se exige que la finalidad última de los delitos proyectados sea conseguir un provecho económico o material, requisito del que también se ha prescindido en la regulación del Código.

Por tanto, la apelación de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 a los compromisos internacionales, como posible legitimación de las figuras delictivas introducidas, resulta sólo parcialmente cierta⁵. La realidad es que el legislador aprovechó la coyuntura para dar rienda suelta a la avaricia tipificadora que caracterizó a la reforma de 2010 en materia de criminalidad organizada.

2. De la "doble" a la "triple" vía.

Como consecuencia de la reforma de 2010, en el derecho español se pasó de la "doble" a la "triple" vía en la represión de la criminalidad organizada.

⁵ Así lo reconoce también 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. 59, absolutamente conforme con la reforma.

En efecto, antes de la modificación legal, en el Código penal español la criminalidad organizada se contemplaba desde una doble perspectiva⁶. Por un lado, mediante el delito de asociación ilícita (artículos 515 a 521), especialmente, mediante la modalidad de asociación de objeto delictivo del art. 515.1⁷ (asociación criminal, en lo sucesivo). En relación a las asociaciones ilícitas se castigaba a promotores, fundadores y directores (directivos, en lo sucesivo) y a los miembros activos y colaboradores de las mismas (miembros), incluida la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita (artículo 516 a 521).

Por otro lado, el Código agravaba la pena en ciertas áreas delictivas, cuando el delito se realizaba en el marco de una asociación u organización criminal. La fórmula legal preferida era y sigue siendo la de incrementar (sustancialmente) la pena “cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”⁸.

Considerando, no obstante, que esta "doble vía", general (asociación criminal) y particular (tipos agravados), era insuficiente para abordar el fenómeno de la criminalidad organizada, la LO 5/2010 revisó sustancialmente los términos de la regulación penal. Dados los tiempos que corren, la reforma naturalmente no podía suponer sino la incorporación de nuevas figuras delictivas y de nuevos tipos cualificados dedicados específicamente a agravar la respuesta penal a tan grave

⁶ V., para una visión general, GONZÁLEZ RUS/PALMA HERRERA, «Trattamento penale della criminalità organizzata nel diritto spagnuolo», en FORNASARI (Ed.), *Studio comparato del trattamento legale della criminalità organizzata*, Padova, 2001.

⁷ A los efectos que ahora interesa resaltar, como asociaciones ilícitas se consideraban expresamente (y siguen considerando, además de otros supuestos): (1º) "Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada" (asociación criminal, en lo sucesivo); y (2º) "Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas". Además, había que tener en cuenta los delitos de terrorismo de los artículos 571 a 580, en donde se castigaba la comisión de concretos delitos realizados actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

⁸ Así ocurría en los delitos de prostitución y corrupción de menores –artículo 187.3 y 189.2–, alteración de precios en concursos y subastas públicas –artículo 262.2–, propiedad intelectual –artículo 271-e industrial –artículo 276–, blanqueo de capitales –artículo 302–, tráfico ilegal de personas –art. 318 bis–, tráfico de drogas –artículo 369.1.2ª y 3º y ap. 2, y 370–, tráfico de precursores –artículo 371.2–, depósito de armas, municiones y explosivos –artículo 569– y terrorismo –arts. 571 y sgs.

manifestación criminal. La (insuficiente) “doble vía” se convirtió, pues, en una “triple vía” que, de momento, sacia la necesidad de pena del legislador en relación con la criminalidad organizada.

En su virtud, se mantuvo, tal y como la dejó la reforma de 2003, la regulación de las asociaciones ilícitas de objeto delictivo (artículo 515.1º), que son las que guardan relación directa con la criminalidad organizada, castigando, en los mismos términos que antes han sido recordados a directivos y miembros, la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito, previendo la eventual disolución de la asociación y la inhabilitación absoluta para autoridades y funcionarios públicos (artículos 517 a 521). De este cuerpo común se desgajó a las organizaciones y grupos terroristas, que pasaron a contemplarse en la sección primera de un capítulo nuevo (artículo 571)⁹, junto con los delitos de terrorismo (artículos 572 a 580).

Además, se creó, también en el mismo Tít. XIII, otro capítulo específico (VI), "De las organizaciones y grupos criminales", en el que, como se ya se ha avanzado, se daba carta de naturaleza en el derecho español a dos nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada: las organizaciones criminales y los grupos criminales. En relación a cada una de ellas, se mantuvo la estructura tradicional de castigar separadamente a directivos y a miembros activos, diferenciando las penas (además) en función de la gravedad de la infracción criminal que se pretende cometer (delitos graves, menos graves o faltas). 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 (agravándose la pena especialmente en algunos de ellos), y de todas las faltas¹⁰.

⁹ Capítulo VII, "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo", Título XIII, "Delitos contra el orden público", Libro Segundo del Código penal. La separación es, a mi juicio, acertada y vino a hacer visible en el Código la distinción entre la criminalidad organizada "común", orientada fundamentalmente a la consecución del lucro económico, y la "política", propia de organizaciones terroristas (cfr. CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", cit., pág. 645).

¹⁰ Como agravaciones específicas se contemplan los casos de organización o grupo formado por un elevado número de personas, "disposición" de armas o instrumentos peligrosos, o de medios tecnológicos de comunicación o transporte especialmente aptos para favorecer sus propósitos delictivos o la impunidad

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).

Pero como para afrontar un problema tan relevante no se creyó suficiente mantener como estaba el delito de asociación criminal, castigar específicamente a las bandas armadas, grupos terroristas y delitos de terrorismo, y crear tipos propios para la punición de las organizaciones y de los grupos criminales, el legislador de 2010 se vio en la (sin duda: gozosa) necesidad de incrementar también significativamente el número de áreas delictivas en las que se prevén subtipos agravados, cuando el delito se produce en el marco de una organización criminal; a menudo, incluso transitoria. Así, a los diez subtipos agravados por esta razón, la LO 5/2010 vino a añadir otros siete nuevos de función semejante (diecisiete en total, pues)¹¹.

De esta forma se configuró el “modelo” de punición de la criminalidad organizada actualmente vigente: dos vías de punición “general”, castigando cualquier forma de participación (en cualquiera de las posibilidades de dirección o membresía posibles), tanto si se trata de uniones organizativamente bien estructuradas (asociación criminal y organización criminal), como de las menos, incluso transitorias (grupo criminal), y para todos los delitos y todas las faltas. Además, una tercera vía específica,

de los culpables (artículo 570 bis y 570 ter). Además, se prevé la posibilidad de acordar la disolución de la organización o grupo, o aplicar las medidas del artículo 31 bis; imponer la inhabilitación especial a los responsables de los delitos creados; la ampliación de las posibilidades de aplicación de la ley penal española, y, finalmente, un tipo atenuado para los “pentiti” (art. 570 quáter).

¹¹ Tales fueron: los delitos de trata de seres humanos -artículo 177 bis -, delito contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años -artículo 183. 4.f)-, prostitución de menores de edad o incapaces con medios violentos o abusivos -artículo 188.b)-, delitos contra la propiedad intelectual -artículo 197.8-, daños cualificados -artículo 264.3.1º-, drogas tóxicas y estupefacientes -artículo 369 bis- y falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje -artículo 399 bis. Únicamente ha desaparecido -salvo error u omisión- la agravación que se contemplaba en el delito de cohecho a autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, del artículo 445.

que viene a punir también todo lo relacionado con la criminalidad organizada en determinadas áreas delictivas, mediante la técnica de los subtipos agravados. En definitiva, lo dicho: que no puede castigarse más en relación con la criminalidad organizada ni cabe imaginar mayor "orgia punitiva"¹² que la que se culminó en 2010.

3. Las contradicciones e incoherencias del modelo.

El presupuesto de esta diversidad de respuestas punitivas no puede ser otro que la convicción del legislador de que hay diferencias conceptuales claras entre lo que son asociaciones criminales (art. 515.1º), organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis, ter y quáter), y tipos cualificados en razón de la dirección o pertenencia del autor a una organización criminal. Lo que, traducido a términos penales, equivaldría a reconocer que en el ámbito de la criminalidad organizada se presentan -cuando menos- tres grandes categorías de hechos con contenidos de injusto o/y necesidades preventivas distintas, que obligarían a esa también triple forma de intervención.

Como se verá pronto, sin embargo, tampoco en eso acierta la reforma.

3.1. Asociación criminal (art. 515.1º) y organización criminal (art. 570 bis. 1).

La incorporación de las organizaciones y grupos criminales no suscitó especiales críticas de la doctrina mayoritaria; aunque sí la forma en que ello se hizo. Fundamentalmente, porque era mayoritario el criterio de que el delito de asociación criminal no era un medio idóneo para afrontar la criminalidad organizada: además de estar vinculadas al derecho de asociación -se argüía-, se aplicó poco, preferentemente con dimensión política, y dejaba demasiadas lagunas de punición¹³.

¹² Como la han definido con pleno acierto VIVES ANTÓN / CARBONELL MATEU, en *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 2011, págs. 780.

¹³ Por todos QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada y la extensión del delito de asociación ilícita", en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ, *Delincuencia organizada: aspectos*

Estos son precisamente los motivos que dio la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 para justificar la incorporación de los delitos de organización y grupo criminal. En primer lugar, 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. En segundo lugar, que “las organizaciones y grupos criminales 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”.

Pero, como no se le escapa a cualquier lector mínimamente atento, estas afirmaciones de la EM no son ciertas¹⁴. No es correcto afirmar, empezando por la última, que dentro de las asociaciones ilícitas de objeto delictivo sólo tengan cabida aquellas agrupaciones que se constituyen y presentan con cierta apariencia jurídica, o en las que los componentes tienen vínculos que van más allá del propiamente delictivo¹⁵; lo que invalidaría a esta modalidad delictiva para contemplar a las “verdaderas” organizaciones criminales, ilícitas desde el principio.

Tal entendimiento no es fácil de mantener si se tiene delante el texto del artículo 515.1º, en el que se consideran asociaciones ilícitas a las que ya en el momento de su constitución tengan por objeto cometer algún delito. Por consiguiente: asociaciones originariamente delictivas, cualquiera que sea su forma de constitución, comprendiendo

penales, procesales y criminológicos, cit., págs. 177 y sigs. y BRANDARIZ GARCÍA, "Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del artículo 515.1º CP y la nueva reforma penal", en ÁLVAREZ GARCÍA/ MANJÓN CABEZA / VENTURA PÜSCHEL, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia, 2009, págs. 725 y sigs. y GARCÍA DE PAZ, "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, págs. 645 y sigs.

¹⁴ V., en términos semejantes, por todos, SAINZ-CANTERO CAPARROS, en MORILLAS CUEVA, DEL ROSAL BLASCO, GONZÁLEZ RUS, PERIS RIERA, OLMEDO CARDENETE, BENITEZ ORTUZAR, *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 2011, págs. 1186 y 1187.

¹⁵ Como cree, en cambio, por ejemplo, GARCÍA RIVAS, Nicolás/LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter)", cit., pág. 517.

desde la más impresentable banda de malhechores hasta la muy presentable sociedad de inversiones que tiene por objeto exclusivo el blanqueo de capitales. Tampoco las definiciones doctrinales y jurisprudenciales de asociación criminal han reclamado nunca como requisito necesario para considerarlas delictivas apariencia de legalidad alguna en su constitución o imagen externa. De hecho, la principal debilidad que se apreciaba en el término era que resultaba demasiado amplio, lo que provocó una interpretación limitadora del mismo por parte de la jurisprudencia, que acabó configurando el concepto hoy dominante y generalmente compartido¹⁶. Basta con ver el concepto de asociación de objeto de delictivo para confirmar que ello es así.

A mi juicio, siguen siendo perfectamente válidos los conceptos que propusieran CÓRDOBA RODA Y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁷, hace ya más de treinta años, y que básicamente coincidían en concebirla como el resultado de la unión de una pluralidad de personas, dotada de una entidad independiente de sus miembros, con un esbozo de organización, jerarquía y división del trabajo, y dirigido al logro de un fin delictivo. Concepto, por lo demás, plenamente coincidente con el acuñado desde entonces por la jurisprudencia, que viene considerando necesario que exista un entramado formado por más de dos personas¹⁸, con una cierta estructura organizativa o funcionamiento coordinado, y en el que se asegure la supervivencia del proyecto criminal (permanencia)¹⁹, con cierta independencia de las personas integrantes en cada

¹⁶ Así lo resalta también, por todos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", cit., pág. 648.

¹⁷ «Libertad de Asociación y Ley penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, págs. 7 y 8. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona, 1977, págs. 236-237.

¹⁸ Citaré sentencias de un cierto número de años, para demostrar que la cosa viene de lejos. Vid., entre otras muchas, SsTS de 5 de Febrero de 1988 –RJA 1988/857–, 21 de Septiembre de 1994 –RJA 1994/7076–, 2 de Abril de 1996 –RJA 1996/3215–, 18 de Diciembre de 1996 –RJA 1996/8956–, 14 de Febrero de 1997 –RJA 1997/1175–, y 11 de Enero de 1999 –RJA 1999/391– Caso U.C.I.F.A. Entre la jurisprudencia más reciente, SsTS 415/2005, de 23 de marzo, 50/2007, de 19 de enero y 326/2010 de 13 de abril.

¹⁹ Cierta continuidad temporal que vaya más allá de la simple y ocasional consorciabilidad para el delito; v. ya en sentencias de los mismos años: por ejemplo, SsTS de 8 de Febrero de 1993 –RJA 1993/885–, 10 de Noviembre de 1994 –RJA 1994/8808–, 14 de Febrero de 1995 –RJA 1995/818–, 18 de Abril de 1996 –1996/2885–, 13 de Julio de 1998 –RJA 1998/6567–, etc. Más recientemente, SsTS 50/2007, 19 de enero y 480/2009, de 22 de mayo.

momento de la organización²⁰. Lo que no se mienta por ninguna parte es la pretendida apariencia de legalidad.

Frente a la tesis de la EM, pues, la letra del artículo 515.1º acoge (y ha acogido siempre) tanto a las concertaciones de sujetos que tienen desde el principio objeto delictivo como a las que lo adquieren después de constituidas, tanto si tienen apariencia jurídica como si no. Entre otras razones, porque 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 una organización criminal (castigada con mayor pena), sino que tuviera que ser calificada necesariamente de asociación ilícita de objeto delictivo (menos pena)²¹.

Del mismo modo, 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 cualesquiera²², dado que la letra del precepto no establece ninguna limitación en la naturaleza del objeto delictivo.

²⁰ SsTS de 20 de Febrero de 1999, 19 de Enero de 1995 (RJA 1995/569 RJA 1999/512), 21 de Enero de 1993 (RJA 1993/284) y, últimamente, STS 7 45/2008, de 25 de noviembre, por todas. Presente este armazón, es indiferente que el grupo se dote o no de siglas, normas de funcionamiento o cualquier otro formalismo constituyente (SsTS de 2 de Abril de 1996 –RJA 1996/3215–, 18 de Abril de 1996 –RJA 1996/2885–, 13 de Octubre de 1997, 5 de Mayo de 1998 –RJA 1998/4609–, etc.), que cada uno de los integrantes del grupo conozca de manera pormenorizada las misiones encomendadas a todos los partícipes en particular, o que exista un organigrama en el que se detallen las actividades encomendadas a los distintos componentes (STS de 20 de Febrero de 1999 –RJA 1999/512 y, más recientemente, STS 415/2005, de 23 de marzo).

²¹ Así también CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, cit., págs. 654.

²² Cfr., por todos: RODRIGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho penal Sobre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona*, Madrid, 1975, pág.177; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, págs. 102 y sgs. y *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, cit., pág. 286.; GONZÁLEZ RUS, J. J.; «La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, pág. 669, y “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), en *Actualidad penal*, nº. 27, 2000, pág. 561 y sgs., por todos. Tampoco la jurisprudencia del momento, aunque especialmente proclive a aplicar el delito a asociaciones políticas, ignoró nunca su capacidad para aplicarse a cualquier delito. Por ejemplo: STS de 8 de junio de 1992 (coacciones, daños, y delitos contra la libertad y seguridad del trabajo); la STS de 24 de junio de 1993 (asociación aún transitoria para cometer el delito de robo); SAP Barcelona, de 29

Por añadidura, la vinculación del delito de asociación criminal con el castigo de las agrupaciones políticamente discrepantes (concebible únicamente en regímenes autoritarios, como el franquista) y su correlativa conexión con el derecho de asociación, constituye una inadecuada forma de enfocar el delito de asociación criminal y el derecho de asociación. Por el contrario, el bien jurídico protegido en el delito de asociación criminal no es el derecho de asociación política, sino que el delito sanciona el peligro abstracto de indefinida y genérica realización delictiva que representan ciertas organizaciones²³. Es una figura, por tanto, dirigida a la prevención de la delincuencia, situada en la misma línea que algunas otras figuras consideradas por el Código como delitos contra la Administración de Justicia.

La punición del hecho de agruparse organizadamente para cometer delitos supone anticipar el momento de la intervención penal hasta sancionar el peligro que para bienes jurídicos penalmente protegidos supone la creación, con vocación de estabilidad y permanencia, de una organización que tiene por finalidad la lesión efectiva de los mismos. Por tanto, la fundamentación del delito de asociación criminal es la misma que la que sirve de base a las organizaciones y grupos criminales, a su vez idéntica a la que da soporte a los tipos cualificados por pertenencia a una asociación u organización criminal²⁴.

de junio de 1993 (estafa, lesiones dolosas y fundación ilegal de centros de enseñanza); SAN, de 2 de diciembre de 1989 (detención ilegal), entre otras. De hecho, las preocupaciones que entonces provocaba el precepto en la doctrina no eran precisamente que se aplicara a la delincuencia “común” –lo que se daba por sentado –, sino que sirviera sólo para reprimir la delincuencia relacionada con la participación política.

²³ Lo que personalmente vengo manteniendo desde hace años. Vid., GONZÁLEZ RUS, “Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 -caso Filesa), cit., pág. 561 y sgs. y GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUEVA, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS, SEGRELLES DE ARENAZA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, Madrid, 1997, pág. 453 y sgs.).

²⁴ Que el delito de asociación criminal se haya aplicado menos de lo que se considera hoy necesario, no puede explicarse, pues, por la incapacidad del precepto para comprender cualquier delito. Probablemente, la razón sea que las urgencias de prevención en relación con la criminalidad organizada son una exigencia relativamente reciente y la necesidad de castigar en todo caso el hecho organizativo en sí no se sentía entonces con la misma perentoriedad y entusiasmo que ahora.

Por consiguiente, por más que la EM LO 5/2010 pretenda lo contrario, no hay diferencias entre el concepto doctrinal y jurisprudencial de “asociación de objeto delictivo” y la “organización criminal” que incorpora el Código en el artículo 570 bis.1, párrafo último.²⁵

Por tanto, a pesar de la enfática proclamación de la EM, las razones que llevaron al legislador de 2010 a incorporar el delito de delito de organización criminal han debido ser otras, y no la incapacidad del art. 515.1º para aplicarse a cualquier agrupación organizada de objeto delictivo: se podía y se puede. De hecho, algunos de los problemas de grave colisión normativa que se presentarán ahora, y que se reconocen sin empacho alguno por el legislador, se deben, precisamente, a que el art. 515.1º (que sigue siendo el que era) y el 570 bis, incorporado en 2010, pueden comprender los mismos supuestos de criminalidad organizada.

Las razones reales de la incorporación del nuevo delito se encuentran probablemente en la necesidad de atender compromisos internacionales (aunque se haya ido mucho más lejos de lo que era obligado) y, sobre todo, en la preocupante falta de rigor con la que se legisla (esto también debería provocar alarma social), que lleva a introducir reformas sin considerar ni mínimamente qué repercusión puede tener lo que se introduce en lo que ya está castigado en el Código penal y qué dificultades presentará a operadores jurídicos, jueces y tribunales, la aplicación de los mismos.

3.2. Asociación criminal y grupo criminal.

La reforma de 2010 incorporó también al Código el castigo de los "grupos criminales", definidos como unión de más de dos personas cuyo fin sea "la perpetración

²⁵ Circunstancia a la que no es ajeno el Código penal, que cuando se refiere a la criminalidad organizada utiliza (y ha utilizado) como sinónimos los términos “asociación” y “organización” criminal, especialmente cuando se invocan en el marco de la criminalidad organizada. Cfr. artículos 90.1, párrafo último, 162, 177 bis.6, 187.4, 189.3.e), 189.8, 262.2, 271, 276, 318 bis.4, 371.2, 376, 387, 424.1, 515.1º y 4º y 584.

concertada de delitos o la comisión concertada y reiteradas de faltas" (artículo 570 ter 1, párrafo último).

Como ya se dijo, los textos internacionales no obligaban a la tipificación de esta modalidad de agrupación delictiva. El legislador español, sin embargo, castiga también esta forma de organización delictiva, claramente menor, en relación también con cualquier delito o falta²⁶.

El concepto legal es verdaderamente sorprendente: grupo criminal es una organización criminal en la que faltan "alguna o algunas" de las características de aquélla. Literalmente, pues, lo único que se requiere es la unión de más de dos personas y la finalidad de perpetrar concertadamente delitos o la comisión concertada y reiteradas de faltas²⁷. Es decir, que, concurriendo tales elementos, no se requiere ni la estabilidad de la unión ni la constitución por tiempo indefinido ni el reparto de tareas o funciones dirigidas a la comisión delictiva: poco parece para legitimar la imposición de una pena de tres años de prisión a quienes todavía no han llegado a realizar ni siquiera un acto preparatorio de un delito concreto.

Al margen de otras consideraciones que podrían hacerse, la reforma legal muestra la sensibilidad y el grado de receptividad que el legislador tiene ante las inquietudes doctrinales y jurisprudenciales. A estos efectos, no está de más recordar los recelos que ha despertado siempre en la doctrina penal la ampliación a las agrupaciones "transitorias" de las agravaciones que prevén algunos tipos cualificados para las asociaciones criminales²⁸, y que llevaron a una línea jurisprudencial restrictiva en la

²⁶ Vid. celebrando la incorporación, Circular FGE 2/2011, cit., pág. 22.

²⁷ Por cierto: qué ganas de complicar inútilmente las cosas, usando formulaciones legales distintas para aquello que constituye el objeto común de organizaciones criminales y grupos criminales.

²⁸ En este sentido vid., por ejemplo: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de Marzo*, Madrid, 1989, págs. 78–79, o REY HUIDOBRO, L. F.; «El delito de tráfico de drogas», en *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XII. Delitos contra la salud pública y tráfico ilegal de drogas*. Dirigido por COBO DEL ROSAL y coordinado por BAJO FERNÁNDEZ, Madrid, 1990, p. 295.

aplicación de tales estructuras²⁹. De un lado, por la dificultad que supone hacer convivir la exigencia de un aparato organizado, estructurado y pensado para la comisión de delitos, con consorcios criminales presididos por el propósito fundacional de crear una entidad coyuntural y pasajera. Pero, sobre todo, porque la admisión de las organizaciones criminales transitorias dificulta notablemente la separación de éstas con las simples formas de coautoría y participación delictiva y con la conspiración para delinquir, de las que, evidentemente, deben (deberían) estar claramente separadas³⁰. Razón por la que la doctrina ha defendido desde antiguo que no puede verse una organización criminal, ni permanente ni transitoria, en la unión criminal que lleva a cabo un único delito o a cuyo amparo se producen únicamente delitos esporádicos y aislados.

Pues bien, con la nueva definición legal, lo que no es fácil establecer es cual es el mínimo de requisitos a partir del cual se está ante un grupo organizado; con la correlativa ampliación de los subtipos agravados que incluyen también las asociaciones "transitorias" y las posibles consecuencias que ello puede tener sobre la interpretación del sistema general de punición de los actos preparatorios y de la coautoría³¹.

3.3. Asociación, organización y grupo criminal y tipos cualificados.

La nueva estrategia de intervención en materia de criminalidad organizada que configura la reforma de 2010, no sólo que entiende compatible la vía del delito de asociaciones ilícitas de objeto delictivo y la de las organizaciones y grupos criminales, sino que, además, presupone que cada una de esas figuras de delito debe convivir con la previsión de tipos cualificados específicos en determinadas áreas delictivas. Por eso,

²⁹ Lo que lamenta expresamente, por cierto, la Circular FGE 2/2011, cit., pág. 7.

³⁰ Vid., por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Asociaciones ilícitas en el Código penal*. cit., p. 237. Para la situación después de la reforma, GARCÍA RIVAS, Nicolás/LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter)", cit., pág. 510.

³¹ La misma observación hace CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", cit., págs.652. Vid. también consideraciones críticas, en SAINZ-CANTERO CAPARROS, en *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, cit., págs. 1201 y sgs.

lejos de reconsiderar el número de los mismos, lo que ha hecho es incrementarlos generosamente, pasando -como ya se ha dicho- de diez a diecisiete tipos cualificados³².

Ello supone, a mi juicio, un sinsentido político-criminal más. 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 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.

¿Qué puede pretenderse con la previsión de estos tipos cualificados, como vía de represión de la criminalidad organizada añadida a la punición general (por doble vía) de la participación en la misma?

Una de las explicaciones posibles podría ser que con ello se quiere extender el campo de acción de los tipos cualificados a supuestos que no siempre podrían ser considerados como asociación u organización criminal conforme al concepto general de una y otra. Argumentación que cuenta con el refrendo nada intrascendente de que se cohonesto perfectamente con la codicia punitiva que evidencia el legislador en materia de criminalidad organizada.

Sin embargo, no parece que esta interpretación sea posible. En primer lugar, porque, desde mucho antes de la reforma de 2010, el Tribunal Supremo ha dejado sentado con toda claridad que el concepto de asociación u organización criminal

³² Salvo error u omisión. No es cierta, por eso, la afirmación de que la falta de adecuación del delito de asociación criminal para afrontar la criminalidad organizada haya generado la proliferación de tipos cualificados (GARCÍA RIVAS, Nicolás/LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter)", cit., pág., 505). Prueba de ello es que la incorporación del delito de organizaciones y grupos criminales, no sólo que no ha supuesto su disminución, sino que ha determinado un incremento de los mismos.

utilizado en los tipos cualificados había de ser el de asociación criminal, que era el único disponible entonces. Tesis que debe verse confirmada ahora en relación con el de organización criminal, una vez creado éste. Lo que, en principio, deja fuera del ámbito de aplicación de los tipos cualificados a los "grupos criminales" que cometan los delitos previstos en los mismos, supuesto en el que debería apreciarse un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el de dirección o participación en un grupo criminal (art. 570 ter).

Además, cuando los tipos cualificados quieren comprender fenómenos de criminalidad organizada que van más allá de la asociación u organización criminal, lo dicen expresamente; por lo que, donde no se aclara nada, es que sólo quedan comprendidas asociaciones y organizaciones criminales en sentido estricto. Como ya se ha dicho, tal ampliación puede considerarse hecha cuando los subtipos agravados mencionan también a las asociaciones u organizaciones "transitorias", que, conforme a la nueva regulación, podrían ser consideradas grupos criminales. De esta forma, se abre una nueva distinción en relación con la punición prevista en los tipos cualificados: la de los que castigan únicamente a las asociaciones y organizaciones criminales y la de los que comprenden a asociaciones, organizaciones y grupos criminales³³. Lo que corrobora la afirmación inicial de que difícilmente podría lograrse una regulación más farragosa, antipática y difícil de aplicar.

La segunda razón en la que podría pensarse para explicar el mantenimiento de los subtipos agravados es que con ellos se pretende dar una respuesta punitiva más grave a la criminalidad organizada, en áreas delictivas en las que su presencia se considera especialmente dañina. Más aún: lo lógico es suponer que la previsión de tipos cualificados pretende ser expresión específica de la preocupación creciente por la gravedad de la criminalidad organizada en ese sector delincuencia; por tanto, una agravación de la pena respecto de la que procedería imponer conforme a las figuras de aplicación general a todos los delitos.

³³ Sin olvidar que el nuevo artículo 369 bis viene a crear una nueva categoría: la "organización delictiva", que no se sabe muy bien si se refiere sólo a la "organización criminal" o comprende también a los "grupos criminales".

Si la existencia de los tipos cualificados fuera consecuencia de esta lógica agravatoria, la pena prevista en los mismos debería ser superior a la que resultara del concurso de delitos que debería apreciarse entre el delito de asociación u organización o grupo criminal y el tipo básico del delito cometido. Obviando ahora enojosos cálculos aritméticos, baste decir que ello tampoco es así, pues la pena del tipo agravado no siempre es superior a la que se obtiene mediante el concurso de delitos. Además, una interpretación de este tenor provoca el sinsentido de que en los delitos en los que no se han previsto tipos cualificados (porque en ellos la criminalidad organizada no se considera tan grave) la pena a aplicar (concurso real del delito correspondiente y el de asociación/organización criminal), resultaría superior a la de los tipos cualificados previstos expresamente en las áreas delictivas en donde la preocupación por la delincuencia organizada es mayor.

Por tanto, no resulta nada fácil averiguar cuál es la lógica real a la que responde la “triple vía” legalmente vigente ni con este análisis se ve reforzada la racionalidad de la misma.

III. EL ÉXITO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVISTA

Las penas previstas por el artículo 570 bis para los directivos de organizaciones criminales pueden llegar a los ocho años de prisión (seis, para los delitos que no sean graves), y si concurren dos de las circunstancias de agravación previstas, hasta los doce años (o nueve). En el caso de los miembros, en los mismos supuestos, la pena puede alcanzar los cinco años de prisión (o tres) y siete años y medio (o cuatro y medio), respectivamente. Es decir, que los directivos de una organización criminal dedicada a la comisión reiterada de faltas pueden ser castigados -sin que concurra agravante alguna- con la pena de tres a seis años de prisión, y los miembros, con la de uno a tres años. Y ello por organizarse para la perpetración de infracciones criminales que pueden ser eventualmente castigadas, como posibilidad más grave, cualquiera que sea el número de

faltas cometidas, con el triple de la pena de localización permanente de doce días, que es la pena más grave que se puede imponer la comisión de una falta.

Si se trata de un grupo criminal (por tanto: organización no estable, sin vocación de permanencia en el tiempo, sin distribución de funciones), las penas previstas por el artículo 570 ter pueden ser de hasta cuatro años (con tal de que el objetivo sea cometer "uno" o más delitos graves), para los directivos o miembros (aquí no se distingue entre unos y otros) de tales uniones criminales. Y si se trata de la perpetración reiterada de faltas, hasta seis meses de prisión, salvo que sea la falta de hurto, en cuyo caso podrá imponerse hasta un año. Por lo demás, no se ha previsto ninguna limitación a la pena a imponer, en base, por ejemplo, al total de las penas que pudieran resultar o a la que tiene señalada el delito o delitos que finalmente se cometan por la organización o grupo. Además, se prevé, en el artículo 570 quáter, la disolución de la organización o grupo y la imposición añadida -como "suplemento" a la pena de prisión- de la inhabilitación especial de entre seis y veinte años³⁴; sin olvidar la nueva reforma introducida en el comiso (artículo 127).

Pero esto no es todo. Para una visión global del tratamiento penal de la criminalidad organizada en el derecho español, deben tenerse en cuenta las previsiones de Parte General referidas a la misma: en las penas de prisión superiores a cinco años, la limitación del acceso al tercer grado hasta que no se haya cumplido la mitad de la misma (artículo 36. 2.b)³⁵; las limitaciones especiales para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, reclamando un cumplimiento de la pena muy superior al dispuesto con carácter general (artículo 78: 4/5 partes y 7/8 partes, respectivamente); el exigente entendimiento del pronóstico de reinserción social necesario para la concesión de la libertad condicional (artículo 90.1, párrafo último); la excepción a la posibilidad

³⁴ Además, se contempla la ampliación de la posibilidad de aplicar la ley penal en España a organizaciones asentadas o que desarrollan su actividad en el extranjero y la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados para los *pentiti* (artículo 570 quáter, 3 y 4).

³⁵ Asimismo, debe recordarse que el art. 102.5.c) del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero), toma en cuenta la pertenencia a organizaciones delictivas como factor a valorar especialmente a la hora de considerar al interno de peligrosidad extrema y proceder a su clasificación en el régimen penitenciario de primer grado.

de conceder la libertad condicional una vez cumplidas las dos terceras partes de la condena (artículo 91) y la vigilancia especial del período de libertad condicional (artículo 93.1)³⁶.



Este es, pues, el marco punitivo en el que se desenvuelve en el Código penal español el castigo de la criminalidad organizada, teniendo en cuenta que, además, habrá que aplicar en concurso real la pena que corresponda por el delito o delitos cometidos, en los términos que brevemente se exponen después.

Disposiciones penales que hablan por sí mismas sobre el sentido de la reforma de 2010 y nos eximen de cualquier otro comentario. La verdad es que no se me ocurre con qué más se puede castigar más y más duramente a la criminalidad organizada.

IV. LA DIFÍCIL APLICACIÓN DEL MODELO

Si los tipos de asociación criminal (art. 515.1º), organización criminal (artículo 570 bis), grupos criminales (artículo 570 ter) y subtipos agravados por razón de la dirección o pertenencia a una asociación, organización y (según los casos) grupo criminal, son figuras de delito aplicables –todas ellas- a la criminalidad organizada, la aparición de colisiones normativas resulta inevitable, haciendo verdaderamente difícil y confusa la aplicación del modelo configurado por la reforma de 2010 para la punición de esta modalidad criminal.

De ello es consciente el propio legislador, que, para dirimir tan ardua cuestión, dispone que cuando las conductas castigadas en relación con las organizaciones y grupos criminales estén comprendidas en otro precepto del Código "será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8º" (artículo 570 quáter.2, párrafo 2º); esto es: el

³⁶ Finalmente -desde luego, sin ánimo exhaustivo- deben citarse también las medidas procesales relacionadas con la protección de testigos en causas criminales relacionadas con la criminalidad organizada (LO 19/1994 de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales) y la regulación del "agente encubierto" (artículo 282 bis LECrim. –LO 5/1999 de 13 de enero-).

principio de alternatividad; por lo demás, como no podía ser de otra manera dada la divisa identificadora del modelo punitivo establecido.

Tal afirmación, sin embargo, no puede darse por buena sin más. Aunque no sea más que, de ser así, habría venido a derogarse también el principio de legalidad, que reclama aplicar el precepto penal que comprenda exactamente (al menos: más exactamente) la conducta castigada. De hecho, así lo reconoce incluso el mismo apartado (tal vez sin pretenderlo) al aclarar que el recurso a la pena más grave es aplicable únicamente "cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código". O lo que es lo mismo: que sólo se recurrirá al criterio de la mayor gravedad cuando, aplicados los principios de interpretación, la conducta quede comprendida -con igual precisión- en alguna de las modalidades delictivas relacionadas con organizaciones o grupos criminales y en el delito de asociaciones ilícitas, o en aquellos delitos y en los tipos cualificados previstos en las concretas áreas delictivas³⁷.

En lo que se refiere a la posible concurrencia entre la asociación criminal y el delito de organización criminal, además de la condición del sujeto (directivo o miembro de la organización), la identificación final de la norma aplicable dependerá de las particularidades de las conductas típicas castigadas en los artículos 517 y 518 y 570 bis, que no siempre son coincidentes, por lo que pueden presentarse casos que serán típicos por los primeros, y no por el segundo, y al revés. No planteará problema, en cambio, la eventual colisión entre el delito de asociación criminal y los grupos criminales, puesto que los requisitos de éstos no llenan los elementos conceptuales de la asociación de objeto delictivo, resultando de aplicación una y otra norma, pues, a supuestos organizativos distintos.

³⁷ Así también, GARCÍA RIVAS, Nicolás/LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter)", cit., págs., 518 y 519. Considerando, en cambio, que, al menos para los tipos cualificados, se ordena acudir directamente a la alternatividad, CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", cit., pág. 654.

Salvo supuestos muy caracterizados, los subtipos agravados serán ley especial sobre el delito de asociación criminal y los de organización y grupo criminal. Como ya se anticipó, los principales conflictos los planteará la posible concurrencia con el delito de grupo criminal, en los casos en que el subtipo agravado no contemple a las organizaciones transitorias. Serán aplicables, por tanto, al margen de que la pena resultante sea mayor o menor que la que corresponda al concurso de delitos entre el tipo básico del delito cometido y el delito de asociación, organización o grupo criminal.

Sin olvidar que ni siquiera considerando aplicable directamente el principio de alternatividad se simplificará el proceso de aplicación de los preceptos, dado que para concretar cuál es el que señala mayor pena será necesario hacer el cálculo conforme a las distintas posibilidades, lo que obligará a enojosas operaciones de determinación de la pena.

Imaginar todas las hipótesis de concurrencia normativa posibles y las posibilidades de pena finalmente aplicables, desborda con mucho las posibilidades de este trabajo y de quien lo escribe. La Circular 2/2011 FGE³⁸ ha hecho un más que loable y meritorio esfuerzo por aproximarse a las mismas, mostrando lo farragosa y complicada que va a resultar en la práctica la aplicación del modelo legal. Su lectura, por otra parte, muestra cuán beneficioso hubiera sido para todos los operadores jurídicos que el legislador penal de 2010 hubiera contenido mejor su natural impulso a la proliferación de normas aplicables a los mismos supuestos.

V. OPCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL PREFERIBLE

A mi juicio, la opción político-criminal más adecuada para castigar la participación en la criminalidad organizada es, o la previsión de tipos agravados en áreas delictivas concretas, o a través del delito de organización criminal; siempre, desde luego, en términos próximos a los previstos en la Convención de las Naciones Unidas

³⁸ Pág. 26 y sgs.

contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y en la DM 2008/841/JAI, ya comentados. Una u otra opción, pues, y, en todo caso, con la derogación del delito de asociación criminal del artículo 515.1º, cuyo mantenimiento en la reforma de 2010 no ha entendido nadie³⁹.

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 cometen⁴⁰), hacen perfectamente viable abordar el tratamiento penal de la criminalidad organizada a través de una u otra opción punitiva.

Utilizar sólo la vía de los subtipos agravados en razón de la participación en una organización criminal, incluso transitoria, 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 de carácter general. Ello permitiría delimitar dentro de márgenes político-criminalmente razonables el ámbito de punición de la criminalidad organizada, corrigiendo los excesos actuales. Por añadidura, simplificaría de forma extraordinaria la determinación de las penas y acabaría con la maraña inextricable de concursos a que ahora nos vemos inevitablemente abocados, evitando de paso las incongruencias penológicas que ahora son prácticamente irresolubles.

Para evitar problemas interpretativos, lo único que debería hacerse es unificar la terminología en los tipos cualificados, hablando únicamente de organización criminal y, donde se creyera conveniente, también de grupo criminal (entendido como organización criminal transitoria, en sentido estricto), incorporando dentro de las "Disposiciones

³⁹ Cfr., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia 2010, págs. 910-911 y CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", cit., pág. 654.

⁴⁰ Para una visión general, PALMA HERRERA, J. M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 649-650.

Generales" del Capítulo VI, del Libro Primero del Código penal, los conceptos de una y otra. El único problema que podría plantear esta solución es su compatibilidad con las normas internacionales en la materia, que deben respetarse.

Resultados semejantes podrían obtenerse acudiendo exclusivamente al delito de organización criminal, que vendría a castigar la fundación dirección o participación en las mismas, cuando los delitos proyectados tuvieran penas superiores a cuatro años. En todo caso (aún sin compartir, como se ha visto, las numerosas críticas que se han dirigido por un sector doctrinal al delito de asociación criminal), considero que es preferible el recurso al delito de organización criminal. Fundamentalmente, porque en éste se diferencia la pena en función de la gravedad de los delitos proyectados. En ese sentido, la vía de las organizaciones criminales resulta más adecuada. La incorporación de los grupos criminales en los términos en los que se ha hecho por la reforma de 2010, no me parece en absoluto aceptable, por las razones ya expuestas.

A mi juicio, la actual "triple vía" de punición de la criminalidad organizada sancionada por la reforma de 2010 constituye un verdadero dislate. No sólo por los problemas concursales que plantea, sino por lo compleja que resultará en la práctica la aplicación de los preceptos penales: la complicación y la confusión en la aplicación de delitos y penas no favorece a nadie, ni a justiciables ni a juzgadores; y, por cierto: el legislador no puede dedicarse -como acostumbra a hacer cada vez más- a esperar a que la jurisprudencia vaya resolviendo los problemas que él crea con sus desafortunadas reformas, para incorporarlas, prácticamente al dictado, en posteriores modificaciones legales.

Pero lo más importante es que debe revisarse el corte exacerbadamente punitivo y pancriminalizador del actual tratamiento penal de la criminalidad organizada, que, como dije al principio, constituye una de las muestras más acabadas que puedan encontrarse del denostable "Derecho penal del enemigo". Difícilmente, puede concebirse un modelo que castigue más, por más vías y más gravemente, tanto en

relación con el ámbito de lo punible, las penas imponibles y las condiciones de ejecución de las mismas.

Por todo ello, es imperativo, a mi juicio, acomodar la intervención penal en la criminalidad organizada a los límites político-criminales propios de un Estado de Derecho, permitiendo circunscribirla a los ámbitos delictivos y a las manifestaciones criminales en los que tal punición tiene verdadero sentido. Dicho de otra forma: se puede compartir la preocupación por una manifestación delictiva de particular gravedad -con la misma intensidad y responsabilidad que el legislador- y, sin embargo, afirmar rotundamente que la mejor forma de abordar ese grave problema no es el desenfreno punitivo que supone el modelo de punición instaurado en la reforma de 2010, que castiga todo (asociaciones criminales, organizaciones criminales, grupos criminales) en todo (delitos y faltas) y de una forma contradictoria y confusa que dificulta extraordinariamente la aplicación de los preceptos.

La inclusión de las faltas en el contexto de la criminalidad organizada - anticipada ya por la reforma en 2003 del delito de asociación criminal- debe ser revisada cuanto antes⁴¹. Su incorporación deforma el concepto de criminalidad organizada hasta límites esperpénticos, que no se corresponden ni siquiera con los perfiles policiales, pocos sospechosos de benevolencia con esta manifestación criminal y que, sin embargo, vienen reclamando como caracteres definidores de la misma, además de los elementos conceptuales definidores de toda organización o grupo criminal, la gravedad de los delitos proyectados, su naturaleza transnacional o significativa influencia territorial, el uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave, tanto interna como externamente, su capacidad para generar la obtención continuada de importantes

⁴¹ Así también, por todos, CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", cit., págs. 650 y 652 y GARCÍA RIVAS, Nicolás/LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter)", cit., pág. 509. En sentido contrario, en cambio, justificando la inclusión de las faltas dentro de la órbita de la criminalidad organizada, y compartiendo el sentido de la reforma, con mención expresa a las "descuideras", Circular FGE 2/2011, cit., pág. 5. Los demás ejemplos que cita (bandas juveniles latinas y "mafias del cobre") no son, como parece darse a entender, ejemplos apropiados para referirse a la comisión de faltas, puesto que por la naturaleza de los hechos y del tipo de organización, los que se proyectan son, cuando menos, delitos menos graves.

beneficios económicos, su vinculación con el blanqueo de capitales y su notable poder corruptor de instancias sociales y políticas⁴². Estas son, a mi juicio, las organizaciones criminales que el Código debe castigar, fenómeno que necesita, efectivamente, una firme respuesta penal; aunque no una respuesta penal propia del “Derecho penal del enemigo”, incompatible con las exigencias del Estado de Derecho, sino aquélla que es conforme con esta forma de organización jurídica y social que, afortunadamente, y aunque cada vez con más debilidades, todavía proclamamos como la propia.

⁴² Cfr. Circular FGE 2/2011, cit., pág. 3.