

EL ORDEN PÚBLICO BAJO LA AMENAZA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

PUBLIC ORDER UNDER THE THREAT FROM ORGANIZED
CRIMINALITY

JULIÁN LÓPEZ MUÑOZ

Abogado. Licenciado en Derecho. Doctorando

Resumen: Existe la necesidad de crear un concepto o definir, en términos jurídicos, el significado de crimen organizado, en sentido global. A pesar de que Naciones Unidas lo ha intentado, no todos sus países miembros han seguido el mandato. España ha incluido en su Derecho Penal un nuevo tipo delictivo: la organización y el grupo criminal. El orden público, como bien jurídico superior, se verá con esta medida protegido y también el Estado se verá defendido de la acción desestabilizadora procedente de la «gran criminalidad».

Abstract: There is a need to create a concept or define globally, in legal terms, the meaning of the organized crime. Despite the United Nations have attempted it, not all the Member Countries have followed their mandate. Spain has included in its Criminal Law a new category of offence: the criminal organization and group. The public order, as a superior legal right, will be protected by this measure and also, the State will be defended against the destabilizing action from the «great criminality».

Palabras clave: Delincuencia organizada, criminalidad organizada, delincuencia organizada transnacional, Estado de derecho, orden público.

Key words: Organized crime, organized criminality, transnational organized crime, rule of law, public order.

Recepción original: 14/11/2013

Aceptación original: 27/11/2013

Sumario: I. Introducción. II. El Crimen Organizado. III. ONU: Trayecto desde la prevención hasta el grupo delictivo organizado. IV. Legislación Europea. V. Iniciativa legal del Estado Español ante la criminalidad organizada. VI. Organización criminal. VII. Grupo Criminal. VIII. Diferencia entre Organización y Grupo Criminal. Penología. IX. El bien jurídico tutelado: el orden público. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La amenaza de la criminalidad organizada transnacional se presenta como un problema global frente al que son necesarias herramientas jurídicas supranacionales, y acuerdos intergubernamentales que hagan efectiva la aplicación del Derecho con las máximas garantías para los ciudadanos. Para que esta puesta en práctica pueda llevarse a cabo en toda su extensión, es prioritario partir de un acotamiento concreto del concepto de crimen organizado, organización criminal, criminalidad organizada, delincuencia organizada y un amplio abanico de significantes, para que no den lugar a interpretaciones arbitrarias, tendenciosas o caprichosas. La Convención suscrita en Palermo, en diciembre de 2000, definió, con parámetros clarificadores, el crimen organizado, no obstante países que están integrados en la ONU como, por ejemplo, algunos situados en Centroamérica, no definen con estos valores este fenómeno criminal. Ni siquiera llegan a albergar el concepto de crimen organizado en sus legislaciones.

En España, con la finalidad de hacer frente a la criminalidad organizada, siguiendo la definición pragmática y descriptiva de Naciones Unidas, se ha introducido en el Derecho Penal una tipificación delictiva relativa a las organizaciones y grupos criminales, contenida en la Ley Orgánica 5/2010, que supera lo señalado por ese Alto Organismo. Y así como la ONU sintetiza para esta delincuencia la realización de delitos, nuestra legislación lo amplía también a la materialización de faltas. Diferenciando en su apreciación y centrándose en la situación de estabilidad y permanencia de los miembros que compongan esa junta de delincuentes, para encuadrarlos en una organización o en un grupo.

Dado que el Tribunal Supremo ha emitido más de veinte sentencias en los dos primeros años de aplicación del tipo delictivo al que hacemos referencia, es de prever que, finalmente, los tribunales lo pongan en práctica en mayor medida que se venía aplicando el tipo de «asociación ilícita», que era visto como una extralimitación al derecho fundamental de asociación, cuando se aplicaba al crimen organizado. El bien jurídico tutelado en la LO 5/2010 es el Orden Público, que garantiza la situación de normalidad en las relaciones sociales y la estabilidad democrática amenazada por la criminalidad transnacional. En el plano práctico, para luchar contra estas organizaciones y grupos criminales las fuerzas de seguridad tendrán que sensibilizarse para incluir en sus atestados informes de inteligencia, en los que queden reflejados, tras un recorrido lógico-deductivo, datos, hechos o ideas, así como medios materiales, instrumentos, técnicas, dispositivos, infraestructura, personal, logística medidas de seguridad y aseguramiento de los detenidos que demuestren la formación de una organización o grupo criminal y el ataque al orden público.

II. EL CRIMEN ORGANIZADO

Aunque son palabras que se emplean con normalidad, las de «delincuencia» o «criminalidad» organizada o no, llegar a un acuerdo sobre las mismas en términos jurídicos ha sido costoso, numerosas instituciones nacionales, supra nacionales o mundiales han intentado, y no lo han conseguido del todo, elaborar una definición del crimen organizado¹, que no es fácil, dadas sus características funcionales, su versatilidad, la heterogeneidad de sus componentes, la pluralidad de sus actuaciones, la configuración de sus redes a la hora de organizarse, o la magnitud de las manifestaciones en las que se desarrolla, confluyendo aspectos plenamente legales con otros totalmente fuera de la ley, cuyos intentos de influir irán dirigidos a sectores políticos, sociales o económicos muy diversos, tanto en la esfera pública como en la privada.

Al ser un problema global, el de la criminalidad organizada² es necesaria una definición clara, consensuada y pactada en foros

¹ ROTH, J. y FREY, M., *Europa en las Garras de la Mafía*. (Traducido por Francisco González Aguilar), Ed. Anaya y Mario Muchnik, Barcelona, 1995, p. 26.

² CURBET, J., *La Glocalización de la (In)seguridad*. Plural Editores, INAP, Madrid, 2006, p. 13.

internacionales³, que supere definiciones tautológicas⁴, y que trascienda a los Estados participantes, para posibilitar la armonización de legislaciones procesales que superen obstáculos insalvables por el momento, sin quedarse, como ha ocurrido durante largo tiempo, solo en apreciaciones o conceptos criminológicos en la doctrina y no en la ley⁵.

En términos policiales, surgidos de la reunión mantenida por el Grupo de Trabajo sobre Delincuencia Organizada durante el Coloquio celebrado en Sant Cugat de la Noya en 1998 se definió a la delincuencia organizada como: «*Cualquier asociación o grupo de personas que se dediquen a una actividad ilícita ininterrumpida y cuyo objetivo sea obtener beneficios, haciendo caso omiso de la existencia de fronteras nacionales*»⁶. Esta definición fue rectificada, ampliada y, por tanto, enriquecida posteriormente⁷. El avance desde entonces no ha sido espectacular⁸, si atendemos a criterios temporales, aunque sí fue efectivo, en pocos años, y trascendente. Muestra patente de este progreso, lo hallamos en la definición de organización criminal que establece la ONU y la influencia en la cooperación policial y judicial que, a lo largo de los años y hasta nuestros días ha supuesto para la legislación penal y procesal en Europa⁹.

³ BLAKESLEY, Ch. L., «El sistema penal frente al reto del crimen organizado», Informe General del Coloquio Preparatorio sobre «Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada. Sección I Derecho Penal General», celebrado en Nápoles del 18 al 29 de septiembre de 1997; en *Revue Internationale de Droit Pénale Nouvelles Études Penales*, 3.º y 4.º trimestre 1997, Ed. Eres, pp. 101 y ss. Mantiene que «estas dificultades para concretar un concepto de delincuencia organizada, pese al reconocimiento global del problema, hacían que abordarlo fuera como *intentar agarrar un resbaladizo pez vivo*». «Los sistemas penales para la prevención del crimen organizado» Sección II Derecho Penal Especial, Coloquio Preparatorio para Alejandría del 8 al 12 de noviembre de 1997. *Asociación Internacional de Derecho Penal*, 69.ª año nueva serie, 1.º y 2.º trimestre, 1998, pp. 100 y ss.

⁴ FINCKENAUER, J. O., *Mafia y Crimen Organizado*. (Traducción Roc Filella Escolá) Ediciones Península, cedido a Círculo de Lectores. Navarra 2011, p. 39.

⁵ DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad Organizada*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 35.

⁶ PEÑA, M.J., *Crimen Organizado*. Ed. Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses. Valladolid, 2010, p. 15.

⁷ FINCKENAUER, J. O., *Opus cit.*, pp. 48-49.

⁸ GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, F. *Et alii.*, *La Cooperación Internacional frente a la Criminalidad Organizada*. Ed. Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 31.

⁹ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. *Et alii.*, «Criminalidad Organizada, derecho penal y sociedad: apuntes para el análisis» en *El Desafío de la Criminalidad Organizada*, Ed. Comares, 2006, pp. 39 y ss., considera necesario «no cejar en el empeño de acoger en un concepto o aprehender un fenómeno tan proteico como es el de la criminalidad organizada, por las siguientes razones: 1.º Los convenios internacionales recomiendan la armonización de las legislaciones penales a los efectos de facilitar la doble

Los argumentos que aproximan a la teoría conceptual de crimen organizado han ido evolucionando sin salirse de una relación descriptiva de situaciones o rasgos variados que en muchos casos han servido para complementarse; dependiendo de la estructura de la que nace la definición, así en el ámbito policial¹⁰ se ha centrado el interés sobre la propia organización, su estructura, jerarquía, temporalidad, empleo de la violencia y adaptación al medio, entre otros. En el plano criminológico además de fijarse en aspectos policiales, mantiene su atención sobre la finalidad perseguida, lucrativa, política o de otra índole, o los medios empleados para conseguir sus fines. «En realidad la pluralidad de caracterizaciones y la diversidad de criterios definitorios pone de manifiesto que todavía hoy la criminalidad organizada no deja de ser sino una imagen, una expresión aplicada a diversas realidades que se producen en diferentes momentos y lugares. Esta problemática delimitación, debido a sus múltiples facetas, no contribuye a facilitar el diseño de estrategias eficaces para combatirla»¹¹.

Para ROTH y FREY¹², siguiendo a un grupo de trabajo formado por policías y jueces que son los que más se aproximan a la realidad empírica, sin divagaciones doctrinales, el crimen organizado es la comisión planificada de delitos, guiada por la ambición de beneficios económicos y de poder. Estos delitos son, de importancia relevante cuando más de dos participantes actúan en conjunto y con rapidez, por tiempo largo o indefinido que: utilizan estructuras de negocios o comerciales, y aplican la violencia u otros medios adecuados para la intimidación. E influyen sobre los políticos, los medios de comunicación, la Administración pública, la economía o la justicia.

incriminación, necesaria para la extradición. 2. Es preciso distinguir la criminalidad organizada de otros fenómenos criminales conexos como la criminalidad de la empresa, la corrupción política y el terrorismo, a los efectos de una mejor política criminal de cada tipo de criminalidad. 3.º El hecho de que en la realidad se presenten formas de criminalidad organizada con especificidades concretas próximas a la corrupción la criminalidad de empresa o el terrorismo, no empece la conceptualización, sino por el contrario, la hace más necesaria. Y 4.º Es importante conocer qué es la criminalidad organizada para poder establecer mecanismos de prevención; y conocer es, necesariamente, ordenar, sistematizar, clasificar, establecer propiedades comunes».

¹⁰ DE MIGUEL BARTOLOMÉ, A., «Actuaciones Policiales en la lucha Contra la Criminalidad organizada» en *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Ed. Secretaría de Publicaciones Universidad de Sevilla 1996, pp. 136 y ss.

¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. *Et alii.*, «El Derecho Penal ante la Criminalidad Organizada: Nuevos Retos y Límites» en *La Cooperación Internacional ante la Criminalidad Organizada*, Ed. Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, p. 89.

¹² ROTH, J. y FREY, M., *Opus cit.*, p. 29.

No obstante la falta de armonización coherente en las definiciones no ha sido obstáculo porque han existido reconocimientos mutuos de resoluciones judiciales y flexibilidad en la creación de equipos conjuntos de investigación, por el momento con poca intensidad, algo que debería impulsarse de forma más voluntariosa para lograr un desarrollo político y jurídico, que permita establecer puentes de comunicación y cooperación internacional, que finalmente tengan aplicación efectiva y directa en los ordenamientos de los Estados.

III. LA ONU: TRAYECTO DESDE LA PREVENCIÓN HASTA EL GRUPO DELICTIVO ORGANIZADO

La Organización de Naciones Unidas, en el Tercer Congreso celebrado en 1965 en Estocolmo (Suecia) cuyo tema central fue «la prevención de la delincuencia», comenzó a prestar atención sobre la asistencia técnica en el ámbito de la prevención del delito y la justicia penal, dando importancia a la investigación y a la puesta en marcha de iniciativas regionales e interregionales. En el IV Congreso celebrado entre el 17 y 26 de agosto de 1970, en Kyoto (Japón), que había sido precedido por reuniones preparatorias regionales, fue el primero en el que se aprobó una declaración exhortando a los gobiernos a adoptar medidas eficaces para coordinar e intensificar sus esfuerzos en materia de prevención del delito en el contexto del desarrollo económico, reconociendo que la delincuencia, en todas sus formas, consumía energías de las naciones. En el V Congreso, celebrado en Ginebra (Suiza) en septiembre de 1975, se ocupó por primera vez de las nuevas formas y dimensiones de la delincuencia, entre ellas la delincuencia organizada como negocio y los costos del delito.

Con la finalidad de hacer frente a la delincuencia organizada internacional, como amenaza grave para la seguridad pública de los Estados, durante los días 21 al 23 de noviembre de 1994, tuvo lugar en Nápoles la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, en la que se aprobaron la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles, documentos que dieron inicio a las negociaciones, culminando con una convención internacional en esta materia. La Asamblea General de las Naciones Unidas se basó en esta Declaración de Nápoles para emitir las resoluciones 53/111 y 53/114 de 9 de diciembre de 1998, mediante las cuales se establecía un comité especial intergubernamental de

composición abierta, con el propósito de elaborar una Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La Convención¹³, suscrita en Palermo en diciembre de 2000, no albergaba la aspiración de aunar legislaciones penales de las partes integrantes, aunque sí consiguió arrancar compromisos de adquirir estándares legislativos básicos en materia sustantiva y adjetiva para hacer frente a la delincuencia organizada, siendo su finalidad «promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional», definió «grupo delictivo organizado» diferenciándolo de «grupo estructurado», fijando también las características de un delito para ser considerado como transnacional. En su tenor el «grupo delictivo organizado» se define 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 Convención que enumera una serie de actividades y delitos que se consideran típicos de la criminalidad organizada; y «grupo estructurado» se entiende como *el no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada*.

La definición de la ONU, considerada como pragmática y descriptiva de conductas delictivas genéricas, podría haber sido más extensa y haber hecho referencia también al propósito continuista de la organización, a sus jerarquías y especialidades dentro de sus miembros, así como a su finalidad de influencia social o sobre los diferentes poderes. Es evidente la dificultad que entraña categorizar o definir jurídicamente la criminalidad organizada, algunos autores como ZAFFARONI¹⁴ mantienen que «pese al consenso que existe sobre el problema, su estado de indefinición o al menos de vaguedad conceptual persiste, por lo cual resulta apropiado el calificativo de *categorización frustrada*».

A pesar de ello, la novedosa definición, aportada por la Convención, en la que se reflejan características concretas como en ninguna otra anterior se había plasmado, ha transmitido una influencia innegable y ha servido para armonizar las legislaciones de los Estados,

¹³ *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y firmada por España, en Palermo el día 13 de diciembre de 2000, y presentada como anexo 1 en la resolución 55/25 de la Asamblea General, de esa misma fecha.

¹⁴ ZAFFARONI, E. R., *El Crimen Organizado: una categorización frustrada*. Colección Breviarios de derecho. Ed. Leyer, Bogotá 1996, p.13.

y las decisiones jurisprudenciales, respecto a grupos criminales organizados. Todo ello con la sombra de que sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la Conferencia de Viena de 2006 se expresó la poca, por no decir escasa, voluntad de los Estados parte para aplicar la Convención y sus Protocolos, a pesar de ser los primeros instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes contra la delincuencia organizada transnacional¹⁵.

IV. LEGISLACIÓN EUROPEA

El Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht (Holanda) el 7 de Febrero de 1992 que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, estableció en su Título VI como uno de sus fundamentos básicos el denominado Tercer Pilar: «La Cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los asuntos de Interior». En aplicación de este Tratado el Consejo adoptó el 28 de abril de 1997, el denominado «Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada»¹⁶ que vio la luz el 15 de agosto de ese mismo año, y tuvo su origen en la reunión del Consejo Europeo celebrado en Dublín el 13 y 14 de diciembre de 1996, donde se destacó «la firme voluntad de luchar contra la delincuencia organizada y puso de relieve la necesidad de que la Unión adoptase un enfoque coherente y coordinado», y se decidió crear un Grupo de Alto Nivel encargado de elaborar un Plan de Acción global con recomendaciones específicas y, entre éstas, un calendario realista para la realización de los trabajos.

El citado Plan de Acción contiene capítulos importantes y orientaciones políticas imprescindibles para los Estados miembros, entre las que cabe destacar las siguientes:

¹⁵ Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Tercer periodo de sesiones; Viena 9 a 18 de octubre de 2006. Tal es la preocupación por la no aplicación tanto de la Convención como de sus protocolos que el Director Ejecutivo señaló, y fue recogido en el punto 36, tres factores que habían dado lugar a esa situación 1.º la voluntad política de los gobiernos se había ido debilitando. 2.ª la carencia de recursos suficientes y 3.º el hecho de que los gobiernos no proporcionaran información completa y fidedigna, subrayando la necesidad de intercambio de información sobre las pautas y tendencias de la delincuencia organizada transnacional y las prácticas acertadas para combatirla. Finalizando con una propuesta a los Estados para «resucitar» la Convención.

¹⁶ Consejo de la Unión Europea: *Plan de Acción para Luchar contra la Delincuencia Organizada*; 28 de abril de 1997; Diario Oficial de las Comunidades Europeas -DOCE- C n.º 251 de 15 de agosto de 1997.

N.º 1. «La delincuencia organizada se está convirtiendo progresivamente en una grave amenaza para la sociedad tal y como la entendemos y como quisiéramos conservarla...».

N.º 5 g) «El principal móvil de la delincuencia organizada es el afán de lucro...».

N.º 5 h) «La delincuencia organizada ha demostrado su capacidad de aprovechar en beneficio propio la rapidez y el anonimato ofrecidos por las formas modernas de comunicación...».

N.º 6 b) «para luchar contra la delincuencia organizada existe una clara necesidad de «conocer al enemigo» y ponerse de acuerdo en las características que lo hacen a un tiempo peligroso y, esperemos, vulnerable...».

Recomienda en su último párrafo que «dada la necesidad general de que la Unión se organice mejor en la lucha contra la delincuencia organizada en todas sus formas, el fenómeno debería mencionarse entre los objetivos de la cooperación de la Unión en lo relativo al tercer pilar.

Posteriormente los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y por tanto el Tratado de Maastricht fueron modificados por el Tratado de Ámsterdam, introduciendo también importantes modificaciones en el Tercer Pilar sustituyendo la expresión del nuevo Título VI por la de «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal». La finalidad que persigue este Tratado, plasmada en su artículo 29 (antiguo K.1) es: «... el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad y justicia elaborando una acción común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

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...».

Se han generado diversos Planes de Acción del Consejo y la Comisión, para aplicar el Tratado de Ámsterdam, se han adoptado iniciativas del Consejo de la UE para prevenir la delincuencia organizada y para adoptar estrategias globales¹⁷, pero en ninguna de ellas

¹⁷ DOCE n.º C 19 de 23 de enero de 1999. *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la Mejor Manera de Aplicar las Disposiciones del Tratado de Ámsterdam Relativas a la Creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*. Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de interior de 3 de diciembre de 1998. En la introducción hace alusiones al «espacio de libertad, seguridad y justicia», «la libertad

se ha especificado o se ha dado respuesta a lo que los operadores en esta materia, entre ellos los agentes policiales, estaban esperando: una definición jurídica de delincuencia organizada.

El Consejo de la Unión Europea el 21 de diciembre de 1998, y sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, adoptó una Acción Común relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros¹⁸. La citada Acción que consta de ocho artículos establece en su artículo 1 que «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», estableciendo en el segundo párrafo que los delitos a los que se refiere

pierde gran parte de su valor si no puede ejercerse en un medio seguro y con el respaldo total de un sistema de justicia en el que puedan confiar todos los ciudadanos y residentes de la Unión. Contempla específicamente en su apartado 11 a) la «delincuencia organizada» y «...prevé un enfoque integrado en todas las fases, dentro de un espectro que va de la prevención a la represión y persecución».

Véase DOCE n.º C 408 de 19 de diciembre de 1998. Resolución del Consejo de la UE de 21 de Diciembre de 1998 sobre *Prevención de la Delincuencia Organizada y Adopción de una Estrategia Global para Combatirla*. En dicha Resolución: «la delincuencia organizada representa un peligro para la democracia y el Estado de derecho, la libertad, los derechos humanos y la autodeterminación» además «considera que la lucha contra la delincuencia organizada internacional apoyada por una aplicación de la ley eficaz y sostenible también requiere un amplio abanico de medidas preventivas, elaboradas con el debido respeto a los derechos humanos fundamentales». Destaca «el importante papel que unos servicios nacionales de información criminal eficaces y coordinados y Europol, desempeñan asimismo en la prevención de la delincuencia organizada».

¹⁸ Consejo de la Unión Europea: *Acción Común*, DOCE n.º L 351 de 29 de diciembre de 1998; en el cual se especifica que visto el informe del grupo de alto nivel sobre la delincuencia organizada aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam los días 16 y 17 de junio de 1997 y, más concretamente, la recomendación n.º 17 del plan de acción, adopta la Acción Común de definir qué se entiende por organización delictiva.

La precitada recomendación n.º 17 auspiciaba a tipificar de esta manera: «se ruega al Consejo que adopte rápidamente una acción común destinada a que las legislaciones de todos los Estados miembros incriminen la participación de una persona presente en su territorio en una organización delictiva, independientemente del lugar de la Unión en que se concentre o esté realizando actividades delictivas dicha organización».

incluyen a los mencionados en el artículo 2 del Convenio de Europol y su anexo.

Es abundante la legislación europea que regula situaciones o expresa consejos o recomendaciones en los que se utilizan términos como: «organizaciones criminales», «organizaciones criminales a escala internacional», «delincuencia transnacional organizada», «gran criminalidad transfronteriza»¹⁹. Aunque sigue sin definirse que se entiende por tales conceptos, salvo el de organización delictiva que más arriba se ha transcrito. Definir la delincuencia organizada o la criminalidad organizada no resulta demasiado fácil dados los parámetros tan indefinibles que ostentan cada una de las acepciones, y la tendencia a darle relevancia a la acción planificada y estructurada por una organización en torno a una finalidad ilegal común²⁰, olvi-

¹⁹ Consejo de la Unión Europea; *Por el que se modifican aspectos del Código Aduanero Comunitario*. DOCE n.º L 329 de 6 de diciembre de 2008. En él se abordan las situaciones en las que podrá prohibirse temporalmente la utilización de la garantía global de importe reducido o la utilización de la garantía global que no permite garantizar el pago de las deudas nacidas como consecuencia de sustracciones al régimen de tránsito comunitario de mercancías, dada la importancia de las sustracciones y las condiciones en las que se han realizado, especialmente cuando se deban a actividades de organizaciones criminales a escala internacional.

Consejo de la Unión Europea; *Decisión del Consejo, relativa a los principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones de la Asociación para la Adhesión de Bulgaria*. DOCE n.º L 145 de 12 de junio de 2003 (2003/396/CE). En el que se publica la *Decisión del Consejo, de 19 de mayo de 2003*. Al hablar de la cooperación en el ámbito de justicia y los asuntos de interior expresa como una de las prioridades «Adoptar y aplicar la estrategia de lucha contra la delincuencia, haciendo hincapié en las distintas formas que adopta la delincuencia transnacional organizada».

Consejo de la Unión Europea; *Recomendación del Consejo de 25 de abril sobre la necesidad de reforzar la cooperación e intercambio de información entre las distintas unidades operativas especializadas en la lucha contra el tráfico de precursores en los Estados Miembros de la UE*. DOCE n.º C 114 de 15 de mayo de 2002.: Recomienda «estimular el intercambio de experiencias entre los distintos servicios operativos e impartir conocimiento actualizado a través de cursos conjuntos de formación de los profesionales dedicados a investigar los métodos, formas y mecanismos utilizados por las organizaciones criminales».

Consejo de la Unión Europea. *Relativa a los principios generales en materia de retribución de confidentes y personas infiltradas*. DOCE n.º L 239 de 22 de septiembre de 2000. Llega a la conclusión que «las personas infiltradas y los confidentes son una ayuda importante en la lucha contra la gran criminalidad transfronteriza».

Consejo de la Unión Europea. *Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo de 1999*. DOCE n.º L 239 de 22 de septiembre de 2000. Señala que, para cualquier administración europea moderna es importante contar con la confianza y el apoyo de los ciudadanos. En el caso de EUROPOL, esa confianza es aún más importante en su misión de contribuir significativamente a las medidas orientadas al cumplimiento del Derecho de la Unión en su lucha contra el crimen organizado y principalmente contra las organizaciones criminales.

²⁰ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. *Et alii.*, «La Delincuencia Organizada en Europa: Extensión, Factores Facilitadores y Rasgos». En *La Lucha Contra El Crimen*

dándose que muchas acciones criminales, con diversos tipos penales vulnerados, también pueden ser cometidos de forma individual o por personas físicas o jurídicas.

Abundando en lo anterior, en un estudio llevado a cabo por el Comisario MORENO²¹, sobre los Informes de Evaluación de la Amenaza del Crimen Organizado –OCTA–, que elabora anualmente la Oficina Europea de Policía (EUROPOL), se plasmaba que el término «grupo criminal organizado» fue mencionado al menos en 114 ocasiones en el informe OCTA 2006, se mencionó 70 veces en el OCTA 2007, e igualmente 124 veces en el OCTA 2008. A pesar de esta elevada y previsible frecuencia no existe una definición expresa del término, lo cual no es una excepción, en los documentos sobre crimen organizado, de organismos e instituciones públicos.

No obstante lo anterior, el documento en el Informe Anual de la Unión Europea sobre la situación del Crimen organizado, documento 6204/1/97 (ENFOPOL 35 Rev 2) DG H II, de 1997, en un esfuerzo por homogeneizar conceptos en todos los países miembros, enumera situaciones o características que singularizan a una organización criminal frente a otras modalidades criminales, estas son: reparto

Organizado En La Unión Europea. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), Documento de Seguridad y Defensa, número 48, ed. Ministerio de Defensa, abril 2012, p. 12.

²¹ MORENO, F., «Análisis crítico de los informes de evaluación de la amenaza del crimen organizado en la Unión Europea (Organised Crime Threat Assessment, OCTA)» en *Real Instituto Elcano Área de Defensa y Seguridad, Documento de trabajo 26/2009*, pág. 17. Entiende que «la definición de grupo criminal utilizada por la UE integra tres categorías conceptuales: (1) los objetivos; (2) los elementos constituyentes; y (3) los elementos funcionales. Por *objetivos* se entiende lo que pretende conseguir el grupo, tenga éxito o no; por *elemento constituyente* la parte o pieza que constituye la estructura del grupo; y por *elemento funcional* todo aquello que ejecuta o pone en práctica el grupo. Los elementos funcionales pueden subdividirse, a su vez, en elementos orientados a los objetivos y elementos orientados al mantenimiento y expansión de la estructura. Dicho con otras palabras, el grupo criminal se define a partir de sus objetivos, su estructura y sus actividades; y éstas se orientan tanto a la consecución de los objetivos como a la configuración y desarrollo de la propia estructura» Concretando en lo que se refiere a los indicadores que cumplen los grupos organizados, los objetivos son beneficio (económico) o el poder; los elementos constituyentes son las personas en asociación y la estabilidad temporal, lo que lleva implícito la existencia de dos características propias de toda agrupación humana: la estratificación y la aspiración al control interno, y por último, los elementos funcionales son, en lo que se refiere a los objetivos, la comisión de delitos graves, la dimensión internacional, el uso de la violencia «extragrupal», el uso de estructuras empresariales legítimas, el uso de blanqueo y el ejercicio de la influencia política, los medios de comunicación y la administración en general, y en lo que se refiere al mantenimiento de la estructura, el ejercicio de algún medio de disciplina o control y el uso de la violencia «intragrupal».

específico de tareas; ejercicio de disciplina y control interno; uso de la violencia dentro o fuera del grupo; ejercicio de influencia en la política, los medios de comunicación, la administración, o en general, en las instituciones públicas o privadas; el uso de estructuras comerciales o empresariales; el uso o implicación en blanqueo de dinero; y la actuación en el ámbito internacional.

Concretamente se ha establecido un sistema con once indicadores, según el cual para considerar que un delito o un grupo delictivo pertenece a la categoría de la delincuencia organizada deberá responder como mínimo a seis de las características enunciadas en la siguiente lista, cuatro de las cuales deberán ser necesariamente las que llevan los números 1, 3, 5 y 11.

1. *Colaboración de más de dos personas.*
2. Cada una de las cuales con funciones específicas asignadas.
3. *Por un período prolongado o indefinido.*
4. Recurso a algún tipo de disciplina o de control.
5. *Sospechosas de la comisión de delitos graves.*
6. Actuando a nivel internacional.
7. Usando violencia u otras formas de intimidación.
8. Que recurran a estructuras comerciales o de negocios.
9. Implicadas en el blanqueo de dinero.
10. Que ejerzan influencia sobre políticos, medios de comunicación, administración pública, poder judicial o económico.
11. *Motivadas por la búsqueda de beneficios o de poder.*

A mi juicio, indicadores excesivamente laxos que distorsionan el conocimiento que se pueda recabar de la cifra real de organizaciones delictivas actuando, de forma que implique una amenaza grave para la estabilidad de un Estado, ya que pueden incluirse los ladrones habituales que, por ejemplo, actúan como carteristas en el metro de Madrid, o Ramblas de Barcelona, cuando uno crea la situación mediante empujón o poniendo un impedimento, para que otro hábilmente quite la cartera, que se la pasa a un compinche y éste a un cuarto que es el que recauda el dinero o las tarjetas de crédito.

A pesar de que esta última inclusión en la categoría de delincuencia organizada no concreta los delitos, sino más bien las notas características que servirán de base para detectar una organización, puede que este eclecticismo sea más acertado teniendo en cuenta que son diferentes los marcos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea. Se mantienen dos posturas, una defiende una definición que aprehenda en toda su extensión la significación de crimen orga-

nizado, la otra se enfoca a establecer una lista de delitos que se cometen por este tipo de criminalidad con una definición abierta. Pero aquí nos encontramos con el problema de la categorización, porque no es lo mismo una organización criminal que es capaz de poner toneladas de drogas en cualquier parte del mundo, que otra que en la esquina de la Gran Vía se dedique al robo o hurto continuado de carteras.

Por otro lado y siendo críticos con la situación actual, en el terreno práctico se plantean numerosas dificultades para aplicar la legislación europea, una de ellas es la cooperación internacional. Entre otros motivos porque existen lenguas diferentes, también porque se da una diversidad de sistemas judiciales que hace difícil la interacción judicial, y la lentitud en los mecanismos de transmisión de solicitudes y contestación de las mismas. Por otro lado hay una ausencia de prácticas europeas de seguimiento y control, de las peticiones de auxilio judicial. También existen diferencias en las distintas incriminaciones de los mismos hechos dependiendo de los países, y los intereses nacionales. Todo esto podría solucionarse con una coherente armonización de legislaciones, un reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y una flexibilidad en la creación e integración de equipos conjuntos de investigación. Como vemos algo quimérico, por el momento, aunque esperanzador, a pesar de que Europol en el plano operativo sea una «policía virtual» al no disponer de capacidad ejecutiva en ningún país por cuestiones de soberanía²²; y Eurojust se vea asfixiado permanentemente por el principio de legalidad de los Estados miembros.

V. INICIATIVA LEGAL DEL ESTADO ESPAÑOL ANTE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Como consecuencia de varios factores entre los que cabe destacar los compromisos adquiridos por el Estado español al formar parte de la Comunidad de Naciones Unidas o integrarse en la Unión Europea, con la finalidad de armonizar el Derecho procesal y penal para hacer frente al crimen organizado transnacional, nuestro Código Penal ha introducido una nueva tipificación delictiva relativa a las organizaciones y grupos criminales, que se ubica dentro de los

²² CURBET, J., *Opus cit*, p. 28 «Hoy por hoy, la Oficina Europea de Policía (Europol), que es plenamente operativa desde 1999, tiene más de *turismo administrativo* que no de respuesta vigorosa y adecuada a los nuevos retos criminales tanto a escala europea como internacional».

delitos contra el orden público. Esta novedosa herramienta ha sido operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre. A pesar de que respetables opiniones²³ mantengan que se dará una flexibilización en las reglas de imputación o planteen que la regulación «viene a distorsionar aún más la previsión legislativa de dicha fenomenología»²⁴, todo hace prever que, al menos, tendrá una mayor aplicación de lo que hasta ahora ha tenido el artículo 515 del Código Penal, referido a las asociaciones ilícitas, que era visto por los tribunales como una extralimitación al derecho de asociación, derivado del artículo 22 de la Constitución²⁵, y no como una amalgama de voluntades criminales organizadas, o delincuentes altamente especializados y muy profesionales, que atentaran contra el orden público.

Como recuerda la STS 1504/2004 de 25 de febrero, no existía en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de organización, si bien desde una perspectiva criminológica cabía entender como tal «la concentración de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que por su propia naturaleza necesita de un tejido estructural que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas»²⁶.

En España la principal iniciativa legal, respecto a «organización criminal», se introdujo con la Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero, publicada en el BOE de 14 de enero de ese mismo año, que modificaba 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». Añadía a la LECR un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del «Agente Encubierto» para investigar actividades propias de la delincuencia organizada, y a tal efecto considera como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de for-

²³ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C. y QUINTERO GARCÍA D. *Et Alii*: «De las organizaciones y grupos criminales» en *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios* (Director Gonzalo Quintero Olivares), p. 359.

²⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Et alii*: «Delitos Contra el Orden Público (V). De las Organizaciones y Grupos Criminales» en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial* (coordina Lorenzo Morillas Cueva). Madrid 2011, p. 1186.

²⁵ VELASCO NÚÑEZ, E. *Et alii.*, «Crimen organizado, Internet y Nuevas Tecnologías» en *Los retos del Poder Judicial Ante la Sociedad Globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*. La Coruña 2 y 3 de junio de 2011 (Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, Xulio Ferreiro Baamonde, Directores del congreso). Ed. Universidad de La Coruña. Año 2012, pp. 247-248.

²⁶ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Circular 2/2005. Apartado I.2.

ma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos enumerados por el citado artículo.

Para entender el sentido de organización o asociación, la fuente jurisprudencial había fijado los requisitos que debían concurrir para tal denominación; y la Fiscalía General en su circular 2/2005 indicaba que el concepto de organización ha sido objeto de una abundante doctrina jurisprudencial que ha perfilado los elementos que delimitan dicho concepto diferenciándolo de los supuestos de simple codeincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito. Y de acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo 1489/2003 de 6 de Noviembre, al contemplar la agravante específica de pertenencia a organización incluía las notas características que la definían.

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. Pertenecer a una organización comporta una relación caracterizada no solo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello²⁷.

Puede afirmarse que, hasta la promulgación de la L.O. 5/2010, nuestra legislación penal no concretaba un concepto de criminalidad organizada, no pudiendo obtenerse este, ni siquiera, del estudio del delito de asociación ilícita ni de los definidores de los tipos cualificados²⁸, como también recordaba la STS 1504/2004 de 25 de febrero. Solamente la norma procesal sobre el Agente Encubierto contiene una definición legal de delincuencia organizada aunque está acotada a ser utilizada en investigaciones muy concretas²⁹, tasadas por los once puntos que marca la citada L.O. 5/1999.

²⁷ SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO, 356/2009, de 07-04; 326/2011 de 06-05; 629/2011 de 23-06; y 207/2012 de 12-03. Sala de lo Penal.

²⁸ 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–)*; en *Actualidad Penal* n.º 27, Madrid 3 al 9 de julio de 2000, p. 563.

²⁹ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pp. 35-37.

VI. ORGANIZACIÓN CRIMINAL

La reforma, operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, en su artículo 570 bis, no ha hecho efectiva una definición auténtica, previa y concreta, de los términos «organización» o «asociación»³⁰. Sí ha aportado la esperada definición penal de organización delictiva, y en este sentido define como «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». A mi juicio el legislador debería haber definido también, como ya se ha hecho en Italia, el *modus vivendi* de estas organizaciones: el «método mafioso» que ejemplifica sus conductas habituales³¹, como es la de servirse de su posición de fuerza y potencial intimidatorio que

³⁰ SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO, 628/2010 de 01-07; 326/2011 de 06-05; y 629/2011 de 23-06, Sala de lo Penal.

³¹ Código Penal Italiano. Artículo 416-bis. «Asociación de tipo mafioso: Quien quiera que forme parte de una asociación de tipo mafioso compuesta por tres o más personas, es castigado con reclusión de siete a doce años.

Aquellos que promueven, dirigen u organizan la asociación son castigados, solo por eso, con reclusión de nueve a catorce años.

La asociación es de tipo mafioso cuando aquellos que forman parte de ella se valen de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de las condiciones de sumisión y de omertà (conspiración de silencio) que derivan de la misma para cometer delitos, para adquirir de modo directo e indirecto la gestión o en todo caso el control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones, contratos y servicios públicos o para conseguir para sí o para otros beneficios o ventajas injustos, o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurar votos para sí o para otros en ocasión de consultas electorales.

Si la asociación está armada se aplica la pena de reclusión de nueve a quince años en los casos previstos en la primera subsección y de doce a veinticuatro años en los casos previstos en la segunda subsección.

La asociación se considera armada cuando los participantes disponen, para el logro de los fines de la asociación, de armas o material explosivo, aunque estén ocultos o guardados en lugares de depósito.

Si las actividades económicas que los asociados se proponen asumir o mantener bajo control están financiadas en todo o en parte con el precio, el producto o la ganancia de delitos, las penas establecidas en las subsecciones precedentes se aumentan desde un tercio a la mitad.

Con respecto al condenado, siempre es obligatoria la confiscación de las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que son el precio, el producto o la ganancia del mismo o que constituyen su uso.

Las disposiciones del presente artículo se aplican a la camorra, la 'ndrangheta y a las otras asociaciones, que reciben una denominación local y que pueden ser extranjeras, las que valiéndose de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo persiguen propósitos correspondientes a las asociaciones de tipo mafioso».

proporciona su estructura reticular para conseguir el acatamiento de sus pretensiones comerciales, económicas, políticas, o de otro tipo, para llevar a buen término el plan trazado con anterioridad, lícito o ilícito, sin que necesariamente tenga que utilizar la violencia, la conminación, o la extorsión, todo ello bajo un manto de mutismo generalmente emanado del miedo a la represalia o la venganza³². Penalizando y agravando de manera especial el tipo básico que genera la conducta mafiosa.

En el ámbito del Derecho Penal, el antiguo delito de asociación ilícita no era ni suficiente ni idóneo para luchar contra la delincuencia organizada del siglo XX ni del S. XXI³³. Por ello, con la actual regulación, se ha incluido un castigo específico para los autores que pertenezcan a «organizaciones criminales» si se cumplen ciertos requisitos (que haya una mínima estructura, estabilidad, y división funcional). Dando un margen para que, cuando no se cumplan estos mínimos, siempre que haya más de dos personas que participen en el delito se pueda entender que forman, al menos, un «grupo criminal».

De la criminalidad asociada, que se concebía por la extralimitación, abuso o desvío del derecho de asociación consagrado en el artículo 22 de la Constitución Española, no en vano este texto declara la «ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito» interpretado con parámetros forzados a través del artículo 515 del C.P., que no se correspondía ni con el espíritu ni con la letra de la Constitución; se ha llegado, mediante los nuevos artículos 570 bis, ter y quater del C.P., a la criminalidad en organización o grupo contraria al orden público. Y lo que hasta

³² CUENCA GARCÍA, M.^a J. *Et alii*: «La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano». En *La Ley Penal*, Ed. La Ley, N.º 93, mayo 2012, pp. 59-85. «El caso italiano es absolutamente especial y su particularidad deriva de diversos elementos: de una parte, de las fuertes relaciones que unen las organizaciones criminales italianas con el poder político, de otra, su fuerte arraigo en el territorio, que es causa y efecto de la gestión del mercado de la protección ilegal [...] La debilidad del Estado Italiano ha dejado «vacío» un espacio que, muy pronto ha sido ocupado por las organizaciones criminales, que son proveedoras de protección tanto en sectores legales como ilegales. Este sistema de protección se adecua desde siempre, al paradigma de la reciprocidad de favores: la persona respetada y protegida por la Mafia, personas profesionalmente importantes y altos cargos, están obligadas a corresponder la protección, preocupándose, a su vez, de apoyar, cubrir y beneficiar al grupo mafioso y sus componentes individuales».

³³ VELASCO NÚÑEZ, E., *Crimen Organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010*. En *La Ley Penal*. Ed. La Ley, Revista N.º 86, 2011, pp. 5-16

ahora se antojaba una degradación en la interpretación de la jurisprudencia del antiguo artículo 515, que no se deroga, sobre el derecho de asociación al que lo contravenía, se llegará a un delito contra el orden público que es lo que surge después de la nueva reforma. Por tanto quedará el artículo 515 para ser aplicado a organizaciones ideológicas, como pudieran ser las tribus urbanas o similares³⁴.

Notas características de la nueva regulación, sobre organizaciones y grupos criminales, son: La consideración de ataque al orden público y no al derecho de asociación, como ocurría con anterioridad en el artículo 515. Que define y diferencia entre organización criminal y grupo criminal. Que atribuye mayor pena a las organizaciones criminales que a los grupos y según la participación de sus miembros. Que regula detalladamente las consecuencias accesorias del delito. Y que se aplica la Ley española a las organizaciones y grupos que operen en España tanto si se han creado en nuestro país, como si lo han hecho en un país comunitario o tercero³⁵.

Entiende el nuevo articulado por organización criminal, aquella que posea las siguientes características:

- a. Que esté formada por tres o más personas, con carácter estable o por tiempo indefinido; como elemento cuantitativo y temporal.
- b. Que de manera concertada y coordinada en la idea criminal (que conforma el *pactum scaeleris* del que deben participar los integrantes) se repartan diversas tareas o funciones; como elemento instrumental.
- c. Con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas; como elemento final.

Como afirma VELASCO³⁶, 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 por el legislador.

El punto 2 del artículo 570 bis, hace referencia al potencial lesivo de la organización:

- Elevado número de personas.
- Disposición de armas o instrumentos peligrosos.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ CARRETERO SÁNCHEZ, A., *La organización y el grupo criminal en la reforma del Código Penal*, Diario La Ley, N.º 7560, Sección Tribuna, 2 Feb. 2011. Año XXXII, pp. 1-6

³⁶ VELASCO NÚÑEZ, E. *Et alii.*, «Crimen organizado, Internet y Nuevas Tecnologías»... Opus cit., p. 250.

- Disposición de medios tecnológicos para facilitar la ejecución o su impunidad³⁷.

A mi juicio el Legislador ha entendido que estos fenómenos criminales, la gran criminalidad organizada, poseen medios, técnicas, tácticas y procedimientos capaces de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor y de más importancia que cualquier otra criminalidad, para la seguridad y orden jurídico, independientemente de la gravedad de la infracción, o de la codicia o no para llegar al enriquecimiento; pueden llevarse a cabo ataques a sistemas informáticos a través de *crackers*³⁸, personas que tienen amplios conocimientos de sistemas o redes informáticas, que forman parte de organizaciones criminales, simplemente para hacer daño, o para evaluar la respuesta del atacado, sin buscar como fin ulterior ningún beneficio.

VII. GRUPO CRIMINAL

El Preámbulo de la LO 5/2010 ya justifica, diferenciándolo, la tipificación de grupo criminal, alejado del concepto de organización criminal, porque se necesita «responder a otros fenómenos análogos a las organizaciones criminales muy extendidos en la sociedad actual, y 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, [...] 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». Como puede apreciarse estos fenómenos análogos, los grupos criminales, poseen todas las características de las organizaciones excepto el carácter estable o su vocación de permanencia como elemento temporal.

La disimilitud entre organización criminal y grupo criminal consiste en que la estabilidad y permanencia requeridas para constituir una organización criminal no se exige para los grupos criminales ya que a los efectos del Código Penal estos se forman cuando no reúnen, o les falta, alguna característica de la organización. Por

³⁷ VELASCO NÚÑEZ, E., *Crimen Organizado: organización y grupo crimina*. La Ley Penal *Opus cit.*, p. 7.

³⁸ VELASCO NÚÑEZ, E. *Et alii.*, «Crimen organizado, Internet y Nuevas Tecnologías»... *Opus cit.*, pp. 275-278.

tanto del grupo criminal puede decirse que es una «asociación de tipo transitorio», o que actúan «de modo ocasional», o una unión de personas que no están sujetos a una jerarquía³⁹, aunque sí debe perseguir el mismo fin que la organización, la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

En el grupo criminal, del artículo 570 ter., no se distingue entre la constitución o coordinación del grupo y la simple participación. Directamente se castiga a los que constituyan, financien o integren el grupo. Pudiendo afirmarse que el grupo tiene un carácter coyuntural, mientras que la organización lo tiene estable y duradero, aunque con características y estructuras evolutivas.

El problema que se plantea es si puede considerarse grupo criminal cuando unos individuos se juntan para cometer un solo delito. En este caso estaríamos ante un consorcio para codelinquir, o co-participar en una no pluralidad de delitos, se daría una «formación transitoria, fortuita, u ocasional» sin voluntad de continuidad, algo que dista mucho de ser un grupo criminal.

A mi juicio el Art. 570.ter, presenta al grupo criminal como una agrupación de personas que no reúnen «alguna o algunas» de las características de la organización criminal, pero no dice «ninguna» de las características. En este caso habrá que aportar pruebas, aunque sean sutiles, para no encuadrar a sus miembros dentro de otras formas de participación criminal, tales como la coautoría, la complicidad o el encubrimiento⁴⁰.

La Fiscalía General del Estado, entiende que el grupo criminal se define «como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien se asemeja a la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta, pues, la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que nos encontremos ante un grupo criminal».

³⁹ 12.º CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL. Seminario sobre los vínculos existentes entre el tráfico de drogas y otras formas de delincuencia organizada. Salvador (Brasil) 12 al 19 de abril de 2010. Ed. ONU, p. 6.

⁴⁰ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C. y QUINTERO GARCÍA D. *Et Alii: Opus cit.*, p. 365.

Recalca la Fiscalía en su circular 2/2011, que «para delimitar el ámbito del grupo criminal del de la organización criminal, la diferencia reside en la existencia de una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido en las organizaciones criminales, mientras 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 puede carecer de una estructuración organizativa perfectamente definida, o bien, puede contar con una estructura organizativa interna, pero no perpetuarse en el tiempo». Esta figura jurídica, aparentemente, no tiene un campo de desarrollo particular⁴¹, dado que la característica de transitoriedad en la acción delictiva aparece a lo largo del articulado como agravante específica (arts. 162, 177. bis, 187, 189, 262, 271, 276, 318, 386).

Bajo un punto de vista operativo y criminológico, la tipificación autónoma de grupo criminal diferenciado de organización, permitirá llevar a cabo labores preventivas más eficaces y de represión del delito más eficientes, dado que comportamientos clásicos de grupos criminales sin estructuras estables, hasta ahora era difícil de encuadrar en asociaciones u organizaciones criminales. Además de poder diferenciar organizaciones importantes transnacionales como los cárteles de la droga, o la «mafia rusa» a los que se dará una respuesta proporcional a la antijuridicidad producida.

VIII. DIFERENCIA ENTRE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL. PENOLOGÍA

Partiendo de los factores coincidentes entre organización y grupo criminal, como son que ambas normas son aplicables a cualquier actividad delictiva surgida de la propia expresión textual del articulado: «a los efectos de este código», el número de individuos que componen ambas estructuras criminales y la concertación para cometer delitos o faltas de forma reiterada. Atendiendo a criterios de diferentes autores como CRESPO⁴² «el factor diferencial más

⁴¹ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C. y QUINTERO GARCÍA D. *Et Alii: Opus cit.*, p. 364. «La sensación de fracaso en la búsqueda de un espacio propio a la figura se acrecienta si además recordamos que esta suerte de agrupación transitoria para delinquir es objeto de atención y exasperación punitiva en innumerables agravantes específicas sembradas a lo largo del código, precisamente, respecto a aquellos delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados son especialmente habituales».

⁴² CRESPO BARQUERO, P., *El Tratamiento de la corrupción como crimen organizado en el nuevo Código Penal*. Mesa Redonda dedicada al «Nuevo Código Penal»,

evidente en la práctica es sin duda el de la estabilidad, fruto y razón al mismo tiempo de una mayor *musculatura organizativa* –incluido el *reparto de tareas*– de la organización y por tanto de cierta perspectiva de continuidad, frente al carácter menos estructurado y estable del *grupo*, que no obstante ha de articularse –recuérdese la exigencia de *concertación*– más allá de la mera co-participación criminal. Es la exclusión de esos factores: reparto estructurado de tareas, o estabilidad proyectada en el tiempo, la que determina la dicotomía organización-grupo».

También hay que resaltar que el concepto incluido en el Código Penal es más amplio⁴³ que el plasmado en la Decisión Marco 2008/841/JAI, ya que además de sancionar delitos de cierta gravedad, como recoge la DM, contempla el objetivo criminal y extiende su ámbito a entes que pretenden cometer cualquier tipo de delitos, e incluso añade la intención de proceder a la perpetración reiterada de faltas, sin necesidad de un móvil específico⁴⁴. Cabe tener en cuenta que esta aparente dicotomía no es tal, dado que la propia DM, en sus considerandos iniciales, deja a merced de los Estados miembros, la libertad para tipificar en ciertos aspectos, y así expone que «las obligaciones derivadas del artículo 2, letra a), deben entenderse sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para interpretar que el término «actividades ilícitas» implica la realización de actos materiales.

en las XXXII Jornadas de la Abogacía del Estado que tuvo lugar en Madrid el 18 de noviembre de 2010. Abogacía General del Estado –Dirección del Servicio Jurídico del Estado– <http://www.mjusticia.gob.es>. VELASCO NÚÑEZ, E., *Crimen Organizado: organización y grupo criminal...La Ley. Opus cit.*, p. 7. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 694/2011, de 24 de junio. Sala de lo Penal. «El grupo criminal aparecería como una noción residual respecto a la organización criminal, caracterizado aquél por la ausencia de las notas definitorias de estabilidad y reparto funcional».

⁴³ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C. y QUINTERO GARCÍA D. *Et Alii: Opus cit.*, p. 361 «La inclusión de las faltas en el ámbito objetivo de la definición aprobada desborda el marco convencional transnacional, que quedaba constreñido a los delitos graves, y responde a la lucha de una específica criminalidad que azota al turismo de las grandes ciudades, complementada con las previsiones de los artículos 234 y 623.1 y 5 CP».

⁴⁴ FARALDO CABANA, P., *Opus cit.*, pp. 58-59. También Decisión Marco 2008/841/JAI de 24 de octubre de 2008. Artículo 1. A los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por: 1) «organización delictiva»: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objeto de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

PENOLOGÍA DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

AÑOS	SUJETOS	INFRACCIONES
de 4 a 8	promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente	* Delitos graves
de 4 a 8	promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente	* Delitos Menos graves * Faltas reiteradas
de 2 a 5	participante activo, integrante, cooperador económico, cooperador activo, cooperador pasivo	* Graves
de 1 a 3	participante activo, integrante, cooperador económico, cooperador activo, cooperador pasivo	* Menos graves * Faltas reiteradas

PENOLOGÍA DE CRIMEN ORGANIZADO

AÑOS	SUJETOS	INFRACCIONES
de 2 a 4	constituyente, financiero, integrante.	* Al menos un delito grave contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres humanos.
de 1 a 3	constituyente, financiero, integrante.	* Delitos menos graves contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres humanos.
6 meses a 2 años	constituyente, financiero, integrante.	Al menos un delito grave que no sea contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres humanos.
3 meses a 1 año	constituyente, financiero, integrante.	Delitos menos graves que no sean contra la vida, integridad, libertad, libertad e indemnidad sexual o trata de seres humanos.
3 a 7 meses y 15 días	constituyente, financiero, integrante.	Faltas reiteradas que no sean hurto

IX. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO: EL ORDEN PÚBLICO

Una de las peculiaridades de las organizaciones criminales se da en que, además de atacar al bien jurídico protegido en cada momento: la integridad, la salud, la vida, la propiedad, la intimidad, atacará también al «orden público», hecho que en ocasiones será difícil demostrar dada la imprecisión de este concepto para poder ser ponderado por los jueces en toda su extensión.

Quizá una limitación derivada de estos nuevos conceptos, con los que estoy plenamente de acuerdo en su individualización articular, es que las organizaciones criminales atacan la integridad, la salud, la vida, la propiedad, la intimidad, etc., como bienes jurídicos protegidos en cada momento, y también atacará al «orden público», este agravio no será, en ocasiones, fácil de demostrar por la imprecisión contenida en este concepto para poder ser ponderado por los jueces y tribunales en toda su extensión.

Parte de la doctrina⁴⁵, mantiene que 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 considerada inidónea para delimitar la intervención penal. No obstante, creo, que si la tutela implica la protección de los valores fundamentales de la sociedad en un espacio material y temporal determinado, concretada en la tutela jurídica de aquellos que se ven ofendidos por los delitos de las organizaciones, comprende también la protección del orden público en tanto que, esa tutela efectiva, genera una eficacia resultante contra elementos y amenazas que socaven o supriman los bienes y derechos de las personas y del propio Estado.

CUENCA GARCÍA, siguiendo la línea argumental, de parte de la doctrina, entiende que «las organizaciones criminales de acreditada capacidad lesiva no tienen como objetivo atentar contra el *orden público*, ni contra *la seguridad ciudadana*, sino que dichas organizaciones son instrumentos para la comisión de otros delitos, generalmente económicos»⁴⁶. Frente a esto cabe recordar los asesinatos llevados a cabo por organizaciones criminales utilizando armas de guerra o coches bomba, que no discriminan entre víctimas directas o daños

⁴⁵ CUENCA GARCÍA, M.^a J. *Et alii*: «La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano». En *La Ley Penal*, Ed. La Ley, N.º 93, mayo 2012, pp. 59-85.

⁴⁶ *Ibidem*.

colaterales, para comprender que el orden público o la seguridad ciudadana, es baladí dentro de sus perspectivas criminales.

La misma L.O. 5/2010 en su Preámbulo infiere que estos delitos son «delitos contra el orden público» inequívocamente «*si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base de la misma 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 aquellas, 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*».

Descripción que si en principio pudiera resultar algo confusa, en la que parece que «el Legislador ha confundido planos a la hora de justificar situaciones de los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales y ha recurrido al concepto de democracia como forma de eludir la más que difícil definición de orden público como objeto de tutela de las nuevas infracciones»⁴⁷. La ambigüedad descriptiva para otros autores⁴⁸, a mi juicio se ve clarificada y enriquecida, porque describe el orden público relacionando el parámetro cuantitativo de la criminalidad organizada, de un inmenso potencial lesivo, con el parámetro cualitativo de su alta sofisticación en la ejecución de la acción criminal que consigue apariencia de legalidad mediante métodos y procedimientos perfeccionados, capaces de influir, penetrar o instalarse en los propios órganos del Estado, para manipularlos e incluso controlar el poder, es decir: la soberanía, la base de la democracia.

Sin duda la L.O. 5/2010 ha conseguido que el concepto de «orden público» trascienda los pilares decimonónicos en los que se asentaba, el orden, con la situación de normalidad en las relaciones socia-

⁴⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Et alii: Opus cit.*, p. 1189.

⁴⁸ FARALDO CABANA, P., *Opus cit.*, pp. 206-208. «Se da ambigüedad en la noción de orden público, concepto que no es exclusivo del Derecho penal, también se encuentra referencias a él en el Derecho civil (arts. 1.2, 6.2, y 1255 Cc.); en el Derecho internacional privado (art. 12.3 Cc.) y, sobre todo, en el Derecho administrativo. En el contexto histórico-jurídico actual el orden público se define como el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, lo que implica un estado de normalidad, es decir, de vigencia efectiva del sistema normativo».

les, sustentadas en valores y principios determinados que consolidaban un orden social establecido. La nueva ley incluye estos valores, además del de estabilidad democrática amenazada por la criminalidad transnacional. Va más allá de los conflictos sociales que tienen lugar en espacios públicos,⁴⁹ aunque, según otros autores, la enorme extensión del concepto lo convierta en poco útil bajo el prisma del bien jurídico⁵⁰. Entiendo que esta extra-apertura conceptual no hace más que proteger en sentido objetivo las amenazas a los valores adquiridos por la sociedad y en el sentido subjetivo la tranquilidad de no temer que los intereses sociales sean atacados.

Los jueces, fiscales y fuerzas de seguridad, investigadores e instructores en general habrán de exhibir una especial sensibilidad para demostrar esa lesión del orden público, siendo fundamental para ello que en sus informes se describa, pormenorizadamente, el recorrido lógico-deductivo que evidencie el ataque al bien jurídico. Será necesario que se reflejen, convenientemente, evidencias, e indicios además de aspectos, como los instrumentos o técnicas utilizadas por la organización, uso de embarcaciones, dispositivos informáticos, infraestructura personal y logística, medidas de seguridad y aseguramiento. Llegar a expresar todo este conglomerado será, en ocasiones, difícil si no imposible, por lo que la Policía Judicial deberá de añadir, en sus atestados, informes de inteligencia elaborados por unidades de información criminal, en los que se presenten unos datos, que por sí solos serían irrelevantes como fundamentos probatorios, se analicen y se evalúen para llegar a una valoración objetiva, que sirva para apoyar las pruebas concluyentes; inteligencia sobre criminalidad organizada que ya es aceptada por el Tribunal Supremo⁵¹.

⁴⁹ PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *Et alii.*, «El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)». En *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*. Libro homenaje a Santiago Mir Puig. Dirige Diego Manuel Luzón Peña Ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 950. «Mi propuesta (político-criminal), entonces, es restringir a este género de conflictos sociales, a los que tienen lugar en los espacios públicos, la definición del bien jurídico orden público. Mi tesis es, por lo tanto, que solamente determinadas conductas que afecten (ilegítimamente) a los espacios públicos deben ser consideradas lesivas para dicho bien jurídico. Y ello no solo por razones terminológicas (orden público), secundarias en el fondo, sino por razones –más relevantes– de índole valorativa y teleológica».

⁵⁰ FARALDO CABANA, P., *Opus cit.*, pp. 213-214. «la enorme extensión del concepto amplio de orden público, entendido como orden jurídico u orden constitucional, lo convierten poco útil desde la perspectiva del bien jurídico, ya que todas las infracciones criminales supondrían indefectiblemente su afectación».. PAREDES CASTAÑÓN, J.M. *Et alii.*, *Opus cit.*, p. 920.

⁵¹ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, de 13 de diciembre de 2001, N.º 2084/2001. N.º de recurso 1048/2000. Sala de lo Penal. Una de las primeras senten-

X. CONCLUSIONES

Es conveniente definir la criminalidad organizada, como paso previo para conocerla y dar respuestas procesales y penales ordinarias o extraordinarias. También es importante que exista un concepto jurídico único de criminalidad organizada, como el recogido en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y sus Protocolos, inspirador de normas que puedan ser aplicadas en el derecho común de los Estados, dado que la expansión criminal globalizada es una evidencia y ante ésta las legislaciones deben armonizarse para amparar estrategias judiciales y policiales.

En la Unión Europea, a pesar de los buenos propósitos que inspiran las legislaciones de los Estados, se plantean dificultades cotidianas como son las barreras lingüísticas y los diferentes sistemas judiciales que hacen complicada la interacción judicial, en muchos casos. Todo ello dificulta la cooperación internacional de peticiones y auxilio judicial.

La reforma penal de 2010 introduce, junto al concepto de organización criminal, el de grupo criminal, hecho que posibilitará el inicio de labores preventivas más eficaces, y también de represión del delito más eficientes. Además las organizaciones criminales y la macro criminalidad transnacional podrán recibir una respuesta proporcional al ataque al orden público que producen. Esta respuesta, de los tribunales, vendrá motivada por la presentación ante ellos de evidencias que demuestren ataques a los bienes jurídicos protegidos en cada momento y pruebas, contenidas en los informes de inteligencia, que identifiquen sin lugar a dudas la actuación de la organización o grupo criminal contra el orden público.

* * *

cias en la que el Tribunal Supremo, aceptó informes de inteligencia como prueba pericial, en un juicio por terrorismo. Otras Sentencias del TS, relacionadas con informes de inteligencia, son: 786/2003 de 29 de mayo; 1029/2005; 556/2006 ó 783/2007 de 1 de octubre. Respecto a la apreciación de los informes de inteligencia, en la lucha contra la «mafia rusa», una de las sentencias más importantes emitidas por el Tribunal Supremo, fue la 156/2011 de 21 de marzo, en la que haciendo referencia a dichos informes, los admitía y mantenía que «no son sino las nuevas formas de investigación motivadas por las nuevas formas de delincuencia organizada y transnacional que hoy constituyen la más grave forma de criminalidad de nuestros días».