



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 2/2011, de 2 de junio, 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.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

· Arts. 33.7, 129, 127 apartado 1, 515, 517, 570 bis, 570 ter, 570 quáter, 571.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

· Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: se modifican los arts. 127, 515, 570 bis, 570 ter

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

· STS 7/2015, de 20 de enero: Diferenciación entre organización y grupo criminal. El TS mantiene que la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que para apreciar el primero se requiere la estabilidad o constitución por tiempo indefinido y, reparto de tareas o funciones de manera concertada y coordinada, el segundo puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos requisitos o solo uno. No procede aplicar las figuras de grupo ni de organización cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, supuesto de codelincuencia. Confirma el criterio de la Circular.

· STS 337/2014, de 16 de abril: El TS establece los elementos del delito el 570 bis. No se exige como requisito para la aplicación de dicho artículo, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

· SSTS 162/2015, de 11 de marzo y 787/2014, de 26 de noviembre: El TS establece los requisitos que deben darse para apreciar la existencia de grupo criminal. Confirma el criterio de la circular.

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

- Circular 3/2011, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores: Delimitación conceptual de los supuestos de codelinuencia, organización y grupo. Relaciones concursales entre el 369 bis y el 570 bis. El delito de tráfico de drogas ejecutado a través de un grupo criminal.

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La circular está en vigor con las precisiones derivadas de la jurisprudencia citada y la Circular 3/2011.

La reforma de Ley Orgánica 1/2015 viene a eliminar las referencias a las faltas por haberse convertido en delitos leves. Además se mejora la redacción del 515.4º incluyendo entre los verbos típicos fomentar e incitar directa e indirectamente y se incluye en la enumeración además del odio, la hostilidad. Hay que tener en cuenta la nueva regulación del comiso ampliado y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

FICHA ELABORADA POR: Unidad de Apoyo. Fiscalía General del Estado.

TEXTO DE LA CIRCULAR ANALIZADA

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.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL DEL ARTÍCULO 570 BIS DEL CÓDIGO PENAL

A. CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

B. CONDUCTAS TÍPICAS

C. SUBTIPOS AGRAVADOS

III. EL GRUPO CRIMINAL DEL ART. 570 TER DEL CÓDIGO PENAL

A. CONCEPTO DE GRUPO CRIMINAL

B. CONDUCTAS TÍPICAS

IV. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS DELICTIVAS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL FRENTE A LA CODELINCUENCIA

V. PROBLEMAS CONCURSALES

A. RELACIÓN CONCURSAL CON EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL ART. 515 DEL CÓDIGO PENAL

B. CON LOS ILÍCITOS PENALES COMETIDOS POR LA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL

C. RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LOS ARTS. 570 BIS Y 570 TER CON LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN, ASOCIACIÓN O GRUPO CRIMINAL DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

VI. REFERENCIA A ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS

VII .REGLAS DE PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD

VIII SUBTIPO ATENUADO: EL TIPO PRIVILEGIADO DE COLABORACIÓN

IX. REFERENCIA AL COMISO AMPLIADO EN RELACIÓN CON LOS DELITOS COMETIDOS EN EL MARCO DE UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL O TERRORISTA

X . CONCLUSIONES

I.INTRODUCCIÓN

Entre las importantes novedades introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica “De las organizaciones y grupos criminales”, y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente “todas las formas de criminalidad organizada”, y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal.

Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el “Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada”, que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003.

E igualmente, la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2008, dejando sin efecto la

Acción Común 98/733/JAI y persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Son todos ellos documentos que ofrecen definiciones de “organización delictiva” y de “asociación estructurada”, al tiempo que se refieren expresamente a las diversas manifestaciones de la actividad delictiva que deben centrar la actividad policial y judicial en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el campo criminológico se ha puesto de manifiesto la complejidad del concepto de criminalidad organizada, ya que bajo dicha denominación se integran una multiplicidad de fenómenos y realidades muy diferentes. Así, junto a las organizaciones criminales clásicas (la Cosa Nostra norteamericana, las mafias italianas, los cárteles mexicanos y colombianos, las mafias rusas, las triadas chinas o los yakuzas japoneses) existen otros grupos que presentan diferencias notables en cuanto a estructura interna, número de miembros, permanencia en el tiempo, formas de actuación, etc., que no obstante podrían ser incluidos en ese mismo concepto. Igualmente se detectan grandes diferencias en atención a factores como la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, su composición étnica, etc., de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas y poco violentas, etc.

Al respecto, cabe señalar que en el marco de la investigación policial transnacional se han establecido determinadas pautas a partir de las cuales cabe considerar que existe crimen organizado. Concretamente si se dan como mínimo seis signos característicos de entre los que se mencionan a continuación, que igualmente operan como indicadores de calidad y que permiten establecer, en atención a su intensidad, cuál es el nivel de riesgo que presentan los distintos grupos:

1. Existencia de un grupo de personas más o menos numeroso.
2. Reparto de tareas o de papeles entre los miembros del grupo con existencia de rígidas normas de disciplina interna y de una jerarquía, a veces extravagante. Suele tener lugar una situación de aislamiento como forma de protección de los cabecillas del grupo mediante la interposición de testaferros, la autoinculpación de los subordinados en sede judicial o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas.
3. Actuación prolongada en el tiempo o indefinida.
4. Comisión de actos delictivos graves. Se despliegan habitualmente técnicas o métodos complejos de ejecución para garantizar el éxito de las actividades delictivas. Cabría citar el uso de alta tecnología para las comunicaciones, las destrezas financieras en el manejo de fondos o distintas formas de relación con la función pública.
5. Actuaciones transnacionales o intensa movilidad territorial dentro del Estado.
6. Uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave.

7. Utilización de instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales. Es habitual el uso de cualificados profesionales o expertos para garantizar el éxito de sus actividades delictivas.

8. Actividades de blanqueo de capitales.

9. Influencia sobre cargos públicos o personas que desempeñen su función en la esfera política, medios de comunicación social, funcionarios de la Administración Pública, y/o de la Administración de Justicia o sobre la actividad económica mediante la corrupción.

10. Finalidad primordial de obtención continuada de beneficios económicos o de cualquiera de las diversas formas de influencia política, social o económica.

Ante la multiplicidad de situaciones que deben ser abordadas, el legislador pretende ofrecer soluciones que sirvan no solo en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores. Al respecto es un hecho que la protección de la seguridad ciudadana, entendida como seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, comprende también la protección frente a la existencia de grupos criminales dedicados a la delincuencia a pequeña escala que afectan al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando intranquilidad y desasosiego.

En este sentido, el propio Preámbulo de la LO 5/2010 explica el objeto de la reforma, al afirmar que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones.

La lucha contra el crimen organizado es también objetivo preferente de actuación para la Fiscalía General del Estado como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en las Memorias de los últimos años, que incluyen un apartado específicamente dedicado a examinar, a partir de la experiencia adquirida en el trabajo cotidiano, la actividad de los distintos órganos del Ministerio Fiscal en relación con la delincuencia o criminalidad organizada. Así, en sucesivas Memorias se viene destacando la peligrosidad que entraña esta forma de actuación delictiva caracterizada por su proyección tentacular a todo el territorio nacional y en muchos casos más allá de nuestras fronteras, y la movilidad de sus miembros, que se desplazan sin dificultad de un territorio a otro para llevar a efecto sus propósitos criminales, con independencia de la ubicación de su centro de dirección, que puede estar situado, en ocasiones, en países extranjeros.

La constatación de que existen grupos pequeños de delincuentes que reiteran un patrón delictivo con un modus operandi estandarizado y con sujeción a una serie de variables como la vinculación entre determinadas actividades delictivas y el origen, nacionalidad o procedencia geográfica de los autores pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, nos encontramos ante “la punta de un iceberg de dimensiones imprevisibles”.

Se aprecia asimismo la tendencia cada vez mayor a la diversidad en la proyección delictiva de estos grupos criminales. Junto a las actividades que constituyen el centro de la delincuencia organizada en nuestro país como son el tráfico de drogas, la explotación sexual a través de tramas de prostitución y la explotación laboral unida al fenómeno de la inmigración ilegal, otros delitos que habitualmente se encuentran vinculados al fenómeno de criminalidad organizada son la trata de seres humanos, los secuestros y extorsiones, así como la falsificación de moneda, tarjetas de crédito y cheques, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, el contrabando o el robo de automóviles de lujo y material nuclear, el terrorismo, la fabricación y el tráfico de armas y explosivos o sus piezas, las estafas y la corrupción, todos ellos directa o indirectamente vinculados al blanqueo de capitales procedentes de tales actividades ilícitas que tiene un papel esencial en el cumplimiento de sus objetivos y en el propio desarrollo de las distintas organizaciones criminales, pues posibilita el aprovechamiento de las ganancias del delito y la pervivencia de la organización o grupo criminal.

Otra de las actividades delictivas en la que centran sus esfuerzos las organizaciones de delincuentes es la relacionada con los delitos contra la propiedad, y más concretamente, robos y hurtos practicados de manera sistemática y a gran escala. En este ámbito se detecta un notable grado de especialización, por parte de bandas organizadas dedicadas específicamente a una concreta modalidad de delito de carácter patrimonial e integradas con frecuencia, por personas extranjeras de una misma nacionalidad, hasta el punto de poder establecerse cierta correspondencia entre el origen nacional de los integrantes de los grupos y el tipo de actividad delictiva a la que éstos se dedican.

Así, en los últimos años se está detectando un notable incremento en los grupos de delincuentes que cometen con asiduidad y de forma exclusiva modalidades concretas de delitos contra el patrimonio tales como robos con fuerza y/o con violencia e intimidación en entidades bancarias, centros comerciales, naves industriales y joyerías, robos en casa habitada, perpetración reiterada de delitos o faltas de hurto en los andenes del metro o en estaciones de tren, en comercios, o lugares turísticos (las denominadas “descuideras”) y, recientemente, la sustracción (en ocasiones hurto y en otras robo con fuerza) de cable de cobre, no sólo depositado en almacenes o empresas, sino instalado en edificios en construcción o en conducciones de electricidad para suministro de vías férreas, alumbrado de vías públicas o instalaciones industriales, actuaciones éstas últimas que generan graves perjuicios económicos a sus titulares y molestias e incluso situaciones peligrosas a los usuarios de tales servicios. Resulta asimismo alarmante que, en ocasiones, estos comportamientos se realicen mediante la utilización de menores a los que con frecuencia se obliga también a practicar la mendicidad en beneficio de ese grupo de delincuentes.

En esta materia merece también especial atención el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas (“Latin King”, “Ñetas”, “Dominicans don’t Play”, “Forty Two”, “Trinitarios”, “Bling bling” ...) cuya estructura y actuación se encuadra en parámetros muy característicos que podemos resumir en los siguientes términos: a) se trata de

grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de “reglas” y “leyes” propias; b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo...) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría; c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo “lo latino”; d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física, y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas.

La protección de la seguridad ciudadana exige una respuesta adecuada ante todos estos fenómenos, tanto frente a los grupos organizados estructurados jerárquicamente y con importante capacidad operativa, como frente a los grupos o subgrupos de delincuentes que se organizan transitoriamente para periodos cortos de tiempo, incluso fines de semana, aptos para desplazarse por distintas localidades con el objetivo de cometer modalidades violentas de atentados contra la propiedad, o actos de delincuencia menor, como hurtos en entidades bancarias o comercios o la mendicidad utilizando a menores de edad.

Todas estas circunstancias determinan que la adecuada tipificación de la organización de carácter criminal se haya venido planteando como una necesidad desde hace años y a ello se refería expresamente la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2008 en el entendimiento de que el delito de asociación ilícita recogido en el Código Penal no resultaba idóneo para castigar los fenómenos de criminalidad organizada, por su insuficiente definición típica, lo que había generado una interpretación muy restrictiva por parte de nuestros tribunales, prácticamente limitada a la modalidad de asociación para delinquir vinculada al terrorismo y a la subversión del orden constitucional.

Así, si bien la jurisprudencia ha venido perfilando las características de esta conducta ilícita, precisando los elementos típicos del delito del art. 515 CP, sin embargo, su aplicación práctica ha sido muy escasa, no sólo por la propia indefinición del supuesto de aplicación, como decíamos, sino también por los antecedentes históricos del delito de asociación ilícita.

Asimismo, la jurisprudencia ha venido ofreciendo una interpretación restrictiva de los conceptos de “organización” y “agrupación de carácter transitorio” empleados por el legislador, indistintamente en muchos casos junto con el de “asociación”, en numerosos subtipos agravados en la parte especial del Código Penal, doctrina jurisprudencial desarrollada sobre todo con ocasión de la aplicación del subtipo cualificado de pertenencia a organización o agrupación de carácter transitorio, en relación con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ante la falta de una definición uniforme del complejo fenómeno que es la criminalidad organizada, la Instrucción 4/2006, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada, tras dejar constancia de que la delincuencia organizada transnacional es el principal reto al que se enfrenta el

Ministerio Fiscal, proporciona un concepto de delincuencia organizada a partir de las definiciones asumidas por algunas disposiciones legales internas (art. 282. bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por los Convenios Internacionales de los que España es parte y por la jurisprudencia de nuestros tribunales, basado en la concurrencia de los siguientes elementos: a) pluralidad de personas; b) estructura interna, establecida normalmente mediante la existencia de criterios de jerarquía y división funcional; c) vocación de cierta permanencia temporal y d) actuación concertada.

Ante esta situación, el legislador, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, respondiendo a las necesidades de política criminal de primer orden de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones de la criminalidad organizada, ha introducido expresamente la tipificación autónoma de las conductas de dirección y pertenencia a organización y a grupo criminal, diferenciando entre ambos conceptos, y ofrece definiciones auténticas de ambas figuras criminales en los arts. 570 bis y 570 ter respectivamente. A dicho fin, ha incorporado elementos configuradores de la delincuencia organizada como requisitos del tipo correspondiente a la organización criminal, lo que conlleva, por la gravedad que representa, un régimen punitivo más riguroso.

Por otra parte, ha de recordarse que la incorporación del nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II no es la única novedad que introduce la LO 5/2010 en el Código Penal en materia de criminalidad organizada. Son igualmente reseñables la previsión de tipos cualificados por pertenencia a una asociación u organización en figuras delictivas que hasta ahora carecían de la misma (art. 188. 4 reformado), o la inclusión de esta misma agravación en la tipificación de nuevos delitos (art. 177 bis 6 que sanciona la trata de seres humanos), y también el establecimiento del comiso ampliado cuando se trate de actividades delictivas cometidas en el seno de una organización criminal (art. 127,1, párrafo 2º), así como la reforma del art. 36 CP que exige, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, el cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado en el caso delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Cabe reseñar, por último, que el apartado 1 del art. 570 quater ha sido redactado de nuevo por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 29 de enero de 2011), con los efectos que se exponen en esta Circular.

Asimismo, la reforma llevada a efecto por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas de forma separada al resto de organizaciones y grupos criminales, en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, diferenciando estas conductas de las tipificadas en el Capítulo VI del mismo Título en atención al elemento tendencial de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La diversidad de fenómenos que, como se ha señalado antes, pueden englobarse dentro de los conceptos de organización y grupo criminal y la necesidad de delimitar ambas figuras, diferenciándolas, al tiempo de los supuestos de codeincuencia o coparticipación, hace preciso ofrecer unos criterios de interpretación de estos conceptos que aseguren su aplicación uniforme, garantizando la unidad de actuación que debe regir la intervención del Ministerio Fiscal en todos los ámbitos jurisdiccionales.

II.LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL DEL ARTÍCULO 570 BIS DEL CÓDIGO PENAL

A.CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

El art. 570 bis ofrece una definición auténtica de organización criminal al establecer en el párrafo segundo del apartado 1 que se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

El elemento estructural del tipo viene definido, además de por la pluralidad subjetiva -más de dos personas-, por dos notas delimitadoras: el carácter estable o por tiempo indefinido y la coordinación entre los miembros de la organización con reparto de roles.

Es esencial la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica sino que ha de tener duración en el tiempo y debe estar vinculada por lazos estables o permanentes.

El concierto o coordinación entre los integrantes de la organización supone una cierta estructura organizativa adecuada para la comisión de los fines propuestos, de modo que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones o roles estará vinculada a un esquema preestablecido, en muchas ocasiones, de carácter jerárquico. Tal estructura organizativa representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada, pues el reparto predeterminado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta y en las posibilidades de obstaculizar su persecución y lograr la impunidad.

El elemento tendencial supone que la organización debe tener por objeto la comisión de delitos, que en caso de ser especialmente graves son objeto de una cualificación punitiva, aunque también se contempla por el legislador como objetivo típico la perpetración reiterada de faltas.

La redacción del art. 570 CP elude dos requisitos recogidos en las normas internacionales, esto es, que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material. El legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales y alcance a las organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma, en la misma línea que la imposición en todo caso de la pena de localización permanente para los autores de la nueva figura de la falta de hurto reiterado.

La reforma operada en el Código Penal por LO 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo dentro del tipo penal de asociación ilícita a aquellas asociaciones que tuvieran por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada, no obstante, la interpretación restrictiva que del delito de asociación ilícita han hecho nuestros tribunales ha generado la nula aplicación de tal previsión. Buen ejemplo de ello es la

STS 1075/2006, de 23 de octubre, que entiende que un grupo de descuidados no puede ser considerado asociación ilícita porque este concepto entronca con el derecho de asociación constitucionalmente reconocido y porque bajo esa rúbrica se han ubicado hechos tan relevantes como las organizaciones terroristas, de manera que el principio de proporcionalidad impide su aplicación a la pequeña delincuencia insidiosa.

Esta interpretación queda superada tras la modificación del Código Penal por LO 5/2010, habida cuenta que el legislador, en respuesta a la citada tesis mantenida por nuestros tribunales, comprende expresamente en el concepto de organización criminal aquéllas dirigidas a la perpetración reiterada de faltas.

Como señalábamos antes, si bien no aparecen definidos en el Código Penal los elementos típicos del delito de asociación ilícita, la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido precisado sus elementos o requisitos definidores. Así, en numerosas sentencias, entre otras las SSTS 326/2010, de 13 de abril, 480/2009, de 22 de mayo, 50/2007, de 19 de enero y, por todas, la STS núm. 415/2005, de 23 marzo, señala que la asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación - en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El tenor literal del art. 570 bis al definir la organización criminal permite trasladar al mismo los criterios jurisprudenciales acuñados respecto a los rasgos definidores de la asociación para delinquir prevista en el art. 515.1 CP.

También en relación con los subtipos de pertenencia a organización el Tribunal Supremo ha venido definiendo sus elementos o requisitos configuradores, que la STS 453/2010, de 11 de mayo, sintetiza así: organización, distribución de funciones, estabilidad en el tiempo, financiación y jerarquía.

En definitiva, las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, son las siguientes:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.

b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una “voluntad colectiva”, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero).

En cualquier caso, con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, ante la exacerbación punitiva que supone la aplicación del nuevo tipo penal del art. 570 bis, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo expuestos ut supra y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, sin perjuicio asimismo de la aplicación de los subtipos agravados cuando corresponda, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto.

B.CONDUCTAS TÍPICAS

Las conductas típicas integradas bajo la rúbrica de organización criminal no se circunscriben únicamente a la preparación y planificación de una pluralidad de actividades delictivas sino que alcanzan también a aquellos comportamientos dirigidos a la creación y mantenimiento de la organización en sí misma, con vocación de estabilidad y permanencia, orientada a la comisión de futuros delitos y con capacidad, pues, para lesionar diferentes bienes jurídicos, de modo que la mera participación o integración en ella es punible independientemente de los delitos cometidos en su seno.

La incriminación autónoma de las organizaciones criminales se entiende justificada por la puesta en peligro de un concreto bien jurídico protegido por la norma como es el orden público, en la medida en que la existencia de una relación estructurada entre diversas personas, que actúan de manera estable, permanente y sistemática con el propósito de cometer uno o varios delitos, representa un plus de peligrosidad de comisión de los mismos.

Dada la naturaleza del delito, la consumación se produce desde el momento en que se realice alguna de las conductas típicas, esto es, alguna forma de colaboración o participación en la organización criminal sin que sea necesario que se ejecuten ni tan siquiera que se inicien las infracciones penales que constituyen el objeto de su ilícita actividad. Es decir, basta a estos efectos con que se acredite alguna clase de actuación de la que pueda deducirse que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción. Traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la

captación de nuevos miembros, como su formación o el aprovisionamiento de medios materiales para sus fines, o la preparación y ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan.

Cabe asimismo reseñar las notas diferenciadoras entre el tipo delictivo de organización criminal y la conspiración para delinquir, configurada en nuestro Código Penal (art 17) en relación con determinados delitos como acto preparatorio punible, siendo distinto su régimen jurídico, pues mientras que la conspiración queda absorbida por la comisión del posterior delito, no siendo posible castigar acumulativamente la conspiración y además la comisión del delito finalmente ejecutado, la organización criminal es un delito autónomo respecto de los hechos ilícitos que eventualmente se cometan que debe castigarse separadamente dando lugar a un concurso real de delitos o a la aplicación del subtipo agravado correspondiente.

Así, en la conspiración, los que se conciertan para cometer un delito resuelven ejecutarlo ellos mismos, ya sea a título de autores ya interviniendo como partícipes, mientras que el tipo penal de organización criminal sanciona a todos sus integrantes con independencia de los sujetos que en concreto tomen parte directa en la ejecución de los delitos que constituyen su objeto.

La conspiración es un comportamiento aislado y determinado en el tiempo, una unión de personas que se agota en la comisión de un único y concreto delito, mientras que la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales, así como la existencia de una coordinación entre sus miembros adecuada a la actividad criminal planificada que aporta un plus de eficacia en su ejecución.

El legislador define las conductas típicas de la organización criminal distinguiendo dos clases de autores merecedores de distinto reproche penal. Así, se diferencia la responsabilidad penal de los que promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren la organización, frente a los que meramente participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma.

La distinción tiene su fundamento en la relación de jerarquía más o menos compleja y en la propia distribución de roles o tareas entre sus miembros, circunstancias ambas que constituyen elementos definidores de la organización criminal.

1. Promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de organización criminal.

Sanciona el nuevo art. 570 bis del Código Penal a quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal. A estos efectos deben considerarse promotores o constituyentes quienes adoptan decisiones o desempeñan responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización. Es decir, aquéllos que determinan las actividades y finalidades de la misma y sus líneas esenciales de actuación, y también quienes la promocionan o promueven y quienes a dicho fin realizan labores de captación de los que van a integrar el núcleo operativo de la organización o de coordinación de las tareas de “reclutamiento” de sus futuros miembros.

Son dirigentes, directores, organizadores y coordinadores, con carácter general, los que gobiernan o mandan en el colectivo, esto es, aquéllos que dan las órdenes o directrices que deben seguirse dentro de la organización y que tienen por tanto capacidad de decisión.

Al respecto, la STS 50/2007, de 19 de enero, limita el término de directivo o promotor al sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la banda o grupo. A tenor de esta doctrina, para calificar la conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de los miembros de la misma, de modo que no reúnen la condición de auténticos directores, quienes aún formando parte del equipo directivo de la organización, no posean capacidad de adopción autónoma de decisiones (STS 31-3-10 y 21-01-09).

2. Participación activa, integración o cooperación en la organización.

En tanto que el art. 517. 2 CP sanciona únicamente la responsabilidad de los miembros activos de una asociación ilícita, el nuevo art. 570 bis CP extiende la responsabilidad penal no sólo a quienes participaren activamente en la organización sino también a aquellos que formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma, es decir, a los miembros activos de la organización, y también a los meros integrantes y a los que colaboren con la organización en cualquier forma.

La participación activa en las actividades ilícitas de la organización supone una actuación de común acuerdo en la finalidad criminal, que incluye la realización de todo tipo de actividades de diferente entidad material que coadyuven a la estructuración, cohesión y actividad de la organización en conexión directa con el proyecto criminal.

En este sentido el art. 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, sobre delincuencia organizada incluye la participación activa en las actividades ilícitas de la organización entre las conductas relacionadas con una organización delictiva que han de ser tipificadas por los Estados nacionales de la Unión Europea.

Para la interpretación del concepto de pertenencia o integración que recoge el art. 570 bis CP puede ser utilizada sin duda la doctrina que han ido elaborando nuestros tribunales en relación con las organizaciones terroristas, sin olvidar, no obstante, que en los supuestos contemplados en el nuevo Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal no concurre el elemento finalista o tendencial de perturbar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional. De acuerdo con esa doctrina consolidada el concepto de pertenencia o integración tiene un carácter más o menos permanente, nunca esporádico, y exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la organización, esto es, participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

A ello se ha referido la jurisprudencia, que en determinadas resoluciones ha asimilado los términos “integrante” y “miembro activo”, en los siguientes términos tomados de la STS de 31-03-2010: los integrantes de la banda,

organización o grupo -que se suelen denominar miembros activos- son las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, la comisión de delitos de manera organizada. La intervención activa no equivale tanto a la futura autoría o coparticipación en los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así serán integrantes -miembros activos- los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente.

Asimismo, el tipo contemplado en el nuevo art. 570 bis incluye conductas de cooperación o colaboración con los fines y actividad de la organización delictiva, entre las que pueden considerarse incluidas las de facilitación y distribución de información o medios materiales, de formación, de captación de nuevos participantes, así como de financiación de sus actividades, esto es, actuaciones que contribuyen causalmente al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la organización criminal.

Al respecto, el art. 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI anteriormente mencionado también incluye entre las conductas que han de ser tipificadas por los Estados nacionales de la Unión Europea la facilitación de información o de medios materiales, reclutando nuevos participantes, así como toda forma de financiación de sus actividades.

Cabe señalar asimismo que las conductas de cooperación deben entenderse referidas a actos de colaboración material en conexión directa con el proyecto criminal de la organización siempre que el sujeto activo no ostente capacidad de decisión y responsabilidad autónoma y efectiva dentro de la organización de modo que tales conductas constituyan actos nucleares de constitución de la organización, en cuyo caso la respuesta punitiva es más grave, lo que habrá de valorarse en función de las circunstancias concurrentes.

En cuanto al elemento subjetivo, ha de recordarse que se trata de un delito doloso, en el sentido de que es preciso que el sujeto activo actúe a sabiendas del carácter ilícito de la organización y con la intención específica de que los actos que realiza contribuyan a la propia pervivencia de la organización o al logro de sus fines. Al respecto debe recordarse, que el art. 2 de la Decisión Marco 2008 exige que el sujeto actúe a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión.

En igual sentido el art. 5.1 a) ii) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, a cuyo tenor los Estados Parte deben adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito la conducta de toda persona que a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión participe activamente en:

- actividades ilícitas del grupo delictivo organizado

- otras actividades del grupo delictivo organizado a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.

En definitiva, el elemento volitivo del dolo ha de abarcar la ilicitud de los fines y la actividad de la organización, no obstante, como señalan las STS 7-3- 1998 y 20-2-1999, no es exigible para apreciar su existencia que los diferentes niveles o escalones se conozcan entre sí o que sus miembros conozcan detalladamente las funciones de todos los partícipes, pues la supervivencia del proyecto criminal queda asegurada precisamente por el contexto organizativo con independencia de las personas concretas que intervienen en cada una de las operaciones a realizar.

Tampoco es necesario que el conocimiento del sujeto activo alcance necesariamente todos y cada uno de los actos concretos ejecutados por los distintos miembros de la organización en la ejecución de su plan criminal. Al respecto, no debe confundirse la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a la organización criminal con la exigible por la comisión de los distintos delitos y/o faltas que puedan llegar a ejecutarse en su seno, ya que la responsabilidad por estos hechos deberá sujetarse a las reglas generales de autoría y participación, proscribiéndose presunciones de responsabilidad por el acto ilícito ejecutado derivadas del mero hecho de formar parte de la organización.

Al respecto, la STS 17-7-1993 recuerda que la circunstancia de pertenencia a una organización delictiva no genera, sin más, la asunción, en relación con las asociaciones de hecho o de derecho, de todas las responsabilidades penales "imputables" a aquélla en cuanto proyección de las decisiones humanas que acaezcan, sino que los principios de culpabilidad y los de justicia y proporcionalidad exigen la expresa determinación de los precisos comportamientos de cada uno de los puros asociados, con exclusión, así, de responsabilidades por resultados más graves que los asumidos.

C.SUBTIPOS AGRAVADOS

El nuevo art. 570 bis del Código Penal establece en su apartado segundo una serie de agravaciones específicas en función de las características de la organización, que constituyen otros tantos subtipos, que conllevan la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren dos o más de ellas, estableciendo el apartado tercero un escalón punitivo superior, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos que la organización tenga por objeto:

a. Cuando la organización esté formada por un elevado número de personas.

El fundamento de la agravación reside en que esta circunstancia implica una mayor peligrosidad de la organización, no sólo por su mayor estabilidad temporal, sino también por la fungibilidad de los miembros que pueden comprometer su participación en las distintas áreas de la actividad colectiva o en la comisión de los delitos planificados.

El legislador utiliza un concepto jurídico indeterminado sobre la base de la exigencia del tipo básico de un número mínimo de integrantes que se fija en tres, por lo que será en definitiva la jurisprudencia la que vaya perfilando este concepto. No obstante, aunque la cualificación no habrá de limitarse a las grandes estructuras criminales, deberá comportar, en todo, caso, un incremento de gravedad en el hecho equiparable al de los otros subtipos, de modo que el número de integrantes de la organización sea relevante en función de la actividad

delictiva que constituya su objeto, en la medida en que su intervención suponga un incremento del desvalor de la acción, al facilitar de forma constatable la perpetración de las actividades ilícitas y asegurar su éxito.

Cabe asimismo señalar, a los efectos de apreciación de esta agravación, que han de computarse todos los integrantes de la organización, con independencia de si son penalmente responsables por concurrir en ellos alguna causa que exima la responsabilidad criminal, como es el supuesto de organizaciones que tengan por objeto la explotación y utilización de menores para la práctica de la mendicidad o la comisión de delitos y/o faltas.

b. Cuando la organización disponga de armas o instrumentos peligrosos.

El fundamento reside en el peligro que para la vida o la integridad física de las personas significa la utilización de armas o medios peligrosos en la comisión de los delitos planificados por la organización.

Sobre el concepto de “arma”, se reitera lo señalado en la Circular 2/2005, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, que ante la inexistencia de un concepto legal de arma en el Código Penal, se remite al Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, que si bien no facilita un concepto de lo que se debe entender por armas, si establece una relación y clasificación de las mismas, que no obstante debe ser matizada, en los términos fijados por la STC 24/2004 de 24 de febrero, en el sentido de no considerar como tales aquellos instrumentos u objetos, que materialmente no sean armas, aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida.

La mención a otros instrumentos peligrosos se refiere a objetos que implican un peligro para la vida o integridad física de las personas (puños americanos, bates de béisbol...) y también se pueden incluir sustancias peligrosas, existiendo una amplia doctrina jurisprudencial respecto a qué debe considerarse instrumento peligroso a efectos penales, que ha de ser tenida en cuenta en la integración de este concepto.

Por otra parte, no deberá confundirse la posesión de armas o instrumentos por algún integrante de la organización con la adquisición y/o disposición de tales medios por parte de la organización misma y su facilitación a sus integrantes para la ejecución de los fines criminales que le son propios, que es el fundamento de la cualificación.

c. Cuando la organización disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o de transporte.

El fundamento de la agravación reside en las características y finalidad de la posesión de tales medios por la organización, que han de ser especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos objeto de la actividad ilícita o para lograr la impunidad de los culpables. Se trata de la mera posesión por la organización criminal de medios “avanzados” que faciliten la comunicación entre sus componentes, y por tanto, la coordinación entre ellos, o de medios de transporte que favorezcan su movilidad y/o el traslado de efectos, medios o instrumentos de un lugar a otro reforzando su capacidad operativa.

En cualquier caso, no basta con probar la disponibilidad de buques, embarcaciones o aeronaves, entre otros medios de transporte, o de teléfonos -o medios de comunicación- satelitales, esto es, conectados directamente

a un satélite de telecomunicaciones, redes de comunicación social, o cualquier otro medio avanzado de comunicación en función del estado y evolución de la técnica, para aplicar este subtipo sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables.

d. Especial gravedad y naturaleza del delito planificado.

El apartado 3 del delito 570 bis establece la imposición en su mitad superior de las penas previstas en el apartado primero o en los tipos cualificados del apartado segundo, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos planificados, esto es, la importancia del bien jurídico protegido por el delito, y concretamente cuando se trate de hechos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

La referencia a la integridad de las personas, hay que vincularla tanto a los delitos que atentan contra la integridad física como contra la integridad moral.

La posibilidad de que la organización criminal oriente su actividad criminal hacia la comisión de delitos de variada índole se resolverá mediante la aplicación de la penalidad más grave que corresponderá a esta modalidad cualificada. En cualquier caso, los Sres. Fiscales habrán de valorar y constatar que la finalidad primordial de la organización es ésa y que no se ha cometido un delito de los mencionados de forma esporádica u ocasional.

III.EL GRUPO CRIMINAL DEL ART. 570 TER DEL CÓDIGO PENAL

A.CONCEPTO DE GRUPO CRIMINAL

El art. 570 ter 1 in fine CP define de forma auténtica el grupo criminal como la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

El concepto de grupo criminal se define, por tanto 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.

También el art. 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea ofrece una definición de "asociación estructurada", de manera negativa, como una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada. En el mismo sentido define el "grupo estructurado" el art. 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada.

De este modo, se reducen los requisitos que caracterizan la organización delictiva, exigiendo sólo cierta permanencia (“formación no fortuita”), y una estructura básica que supone la actuación concertada de sus miembros pero que no requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro.

En definitiva, para delimitar el ámbito del grupo criminal 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.

En este sentido, cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones “de carácter transitorio” o que actúan “aun de modo ocasional” que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal (STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25-2-97 y 10-3-00 entre otras).

El preámbulo de la LO 5/2010 justifica la tipificación del grupo criminal, extramuros del concepto de organización criminal, a partir de la necesidad de responder a otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Por ello se definen los grupos criminales en el art. 570 ter 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.

En definitiva, lo decisivo es que la existencia de concierto entre una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal, posibilita el desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas integrantes del mismo, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por un grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad.

Debe destacarse que la tipificación autónoma del grupo criminal va a permitir una adecuada persecución de comportamientos cada vez más frecuentes en nuestra sociedad que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana, al tratarse de agrupaciones criminales que desarrollan una forma de delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable, que es útil para la comisión reiterada de cualquier modalidad

delictiva, desde pequeños hurtos, robos o estafas, y otros delitos contra la propiedad, hasta operaciones de tráfico de drogas, como es el caso de grupos familiares dedicados a la venta de droga cuyos miembros indistintamente desempeñan diferentes tareas dirigidas a tal fin. A su vez, permite diferenciar este fenómeno de estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas o una red dedicada a la trata de seres humanos, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad y va a permitir guardar la debida proporcionalidad punitiva como respuesta a los hechos a los que se aplican tales tipos delictivos.

En este sentido, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar el tipo delictivo de grupo criminal previsto en el art. 570 ter cuando tras la valoración de los hechos y las circunstancias concurrentes se constate efectivamente su existencia, en aras de obtener una adecuada y proporcionada sanción penal de tales comportamientos delictivos.

B.CONDUCTAS TÍPICAS

Como señala el propio Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, el art. 570 ter se articula equiparando a efectos penales las conductas típicas de quienes constituyeren el grupo, financiaren su actividad o integraren el mismo.

A estos efectos hay que considerar integrantes del grupo a quienes intervienen de algún modo, previo concierto, en la planificación y realización de sus objetivos, esto es, la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas, sin que suponga que necesariamente sean partícipes todos ellos en su ejecución. No se comprenden los actos de mera cooperación (distintos de la financiación de su actividad) o colaboración ocasional en algún aspecto puntual, sino que se exige la integración, lo que equivale a la “pertenencia” o ser miembro del grupo.

La alusión al concierto indica que en el grupo no es exigible la existencia de relaciones de jerarquía y sumisión perfectamente definidas, ni una estricta división de funciones entre los que dirigen y planifican y los que ejecutan, sin perjuicio de que pueda existir una distribución de roles o papeles entre sus miembros para facilitar la perpetración de la infracción criminal.

En relación con el concepto de organización “de carácter transitorio” que recogía el subtipo agravado previsto en el art. 369.1. 2ª CP (derogado por LO 5/2010), la STS 933/1998, de 16 de octubre, razona que la transitoriedad a que se refiere el párrafo 6º del art. 369, no hay que proyectarla sobre la relación más o menos ocasional del acusado con alguna de las operaciones de la organización sino que se refiere a la asociación u organización en sí misma y la “ocasionalidad” también citada en el precepto se refiere a los fines que la organización persigue y no a la relación del acusado con la misma.

Lo que pretende el precepto es sancionar más gravemente el aprovechamiento por sus integrantes de redes estructuradas, más o menos formalmente, que sean utilizadas en el concreto supuesto enjuiciado, con

independencia de la duración en el tiempo de dichas redes o de que los fines perseguidos por la asociación no sean en exclusiva los de difusión de la droga, confluyendo con otros que pueden ser legales, pero, en cualquier caso, el ámbito subjetivo de la agravación se limita por el legislador, de forma expresa, a los “pertenecientes” o integrantes de la organización y no a los meros colaboradores ocasionales.

Asimismo, tratándose de un delito doloso, el principio de culpabilidad exige que el constituyente, cooperador económico o miembro activo conozca el carácter ilícito del grupo y actúe con la intención específica de que su aportación favorezca los fines de aquella.

El art. 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir de la naturaleza y gravedad las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer. Así:

a) si la finalidad del grupo es cometer uno o más delitos graves contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de prisión de dos a cuatro años y si se trata de delitos menos graves la pena será de prisión de uno a tres años.

b) Si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

c) Si su objetivo es cometer uno o varios delitos menos graves no comprendidos en el apartado a) o la perpetración reiterada de faltas de hurto, la pena de prisión de tres meses a un año. Por último, si el objetivo es la perpetración reiterada de otras faltas, dicha pena se impondrá en su mitad inferior.

En términos idénticos a los establecidos para la organización criminal, el apartado segundo del art. 570 ter regula los tipos cualificados que determinan la aplicación de las penas previstas en el apartado primero en su mitad superior, o las penas superiores en grado cuando concurren dos o más de tales circunstancias.

Como señalábamos antes para la organización criminal, cuando la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que se haya cometido de forma esporádica o circunstancial.

IV.DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS DELICTIVAS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL FRENTE A LA CODELINCUENCIA

Una correcta delimitación legal de los nuevos tipos penales de organización y grupo criminal exige su adecuada diferenciación de los supuestos de codevincuencia o coparticipación.

Como se expone en la Circular 2/2005, “sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas”, el concepto de organización a los efectos de aplicación del subtipo agravado previsto en el art. 369 1. 2ª C.P. (derogado por L.O. 5/2010) ha sido objeto de una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial que exige la concurrencia de una serie de requisitos que claramente han permitido delimitar estos casos de los

supuestos de simple codeinencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito: pluralidad de personas, utilización de medios idóneos, plan criminal previamente concertado para la difusión de la droga, distribución de funciones o cometidos, una cierta jerarquización y actividad persistente y duradera (SSTS de 25-9-85, 18-12-86, 5-2-88, 14-1-89, 6-7-90, 8-2-91, 11-6-91, 12-7-91, 23-12-91, 30-6-92, 8-2-93, 12-3-93, 17-3-93, 5-5-93, 17-7-93, 21-1-94, 3-5-94, 2-6-94, 12-9-94, 10-11-94, 19-1-95, 14-2-95, 24-6-95, 2-4-96, 12-4-96, 12-11-96, 21-5-97, 13-10-97, 26-1-98, 4-2-98, 7-3-98, 6-4-98, 5-5-98, 10-7-98, 13-7-98, 28-7-98, 1-10-98, 16-10-98, 17-10-98, 3-12-98, 11-1-99, 20-2-99, 29-5-99, 5-6-99, 10-6-99, 6-9-99, 10-4-00, 28-6-00, 1-3-01, 16-5-01, 8-6-01, 17-10-02, 28-2-03, 25-6-03, 23-3-05, 19-1-07, 17-7-08 y 25-11-08).

Al respecto, la STS de 2 de febrero de 2006 con cita de otras anteriores, señala que la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión.

Respecto a las organizaciones "de carácter transitorio" la STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25-5-97 y 10-3-00, entre otras, señala que el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeinencia.

En definitiva, los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codeinencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas, son los siguientes:

- el acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad para el delito,
- la trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan,
- la distribución de cometidos o tareas a desarrollar,
- la existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada,
- y el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

En conclusión, teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, los Sres. Fiscales valorarán para determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelincuencia y de coparticipación, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el modus operandi y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

V.PROBLEMAS CONCURSALES

La tipificación autónoma de los delitos de organización y grupo criminal, como se ha expuesto más arriba, si bien va a servir para superar la dificultad generada hasta el momento en la persecución y sanción de estas conductas, como consecuencia de los criterios restrictivos que venían siguiendo juzgados y tribunales en la interpretación y aplicación del delito de asociación ilícita, suscita, no obstante, diversos problemas concursales que se abordan a continuación:

A.RELACIÓN CONCURSAL CON EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL ART. 515 DEL CÓDIGO PENAL

La nueva regulación por LO 5/2010 suprime los arts. 515.2 y 516 CP, que definían y sancionaban como asociaciones ilícitas “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, llevando su contenido al art. 571 integrado en el Capítulo VII del Título XXII, en el marco de los delitos contra el orden público, junto a los delitos de terrorismo.

Sin embargo ha mantenido vigente el resto de la regulación de las asociaciones ilícitas, contempladas en los números 1 y 3 a 5 del art. 515, esto es:

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.

21 (...)

31 las que, aún teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

41 las organizaciones de carácter paramilitar.

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

De acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial desarrollada sobre el tipo de asociación ilícita, el bien jurídico protegido puede ser doble, de un lado, el derecho de asociación como garantía constitucional, y de otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla (STS 25 de noviembre de 2008 con referencia a jurisprudencia anterior como la expuesta en la STS 234/2002 de 3 de mayo, entre otras).

Como se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha precisado los elementos definidores de la asociación ilícita, con las siguientes exigencias: pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio y, en el caso del art. 515.1 CP, el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos.

El art. 515 contempla, pues, auténticos supuestos de asociaciones, esto es, de agrupaciones de personas, de carácter estable, con relaciones de jerarquía entre sus miembros y división de funciones y tareas, y entre las que existen un vínculo asociativo por encima de la voluntad individual de cada uno de sus miembros y cuyos fines no se identifican necesariamente con la realización de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades distintas, si bien en atención a las mismas o a los modos utilizados para su obtención, el legislador considera que dichas conductas la hacen merecedora de reproche penal.

Sin embargo, en relación a las organizaciones y agrupaciones criminales, la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 afirma que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal plantea un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los arts. 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales, supuesto que coincide con los elementos que configuran el tipo de organización criminal previsto en el art. 570 bis. Esta cuestión no se plantea en relación con el grupo criminal del art. 570 ter CP, dado que, como se ha señalado, la doctrina jurisprudencial desarrollada sobre el tipo de asociación ilícita exige la concurrencia de las notas de existencia de estructura organizativa y de permanencia o consistencia del acuerdo asociativo que ha de ser duradero y no puramente transitorio para apreciar la existencia de asociación ilícita, por tanto no cabe aplicar el art. 515.1 en caso de que no concorra alguno de estos elementos y sí el tipo del art. 570 ter CP.

En relación con el resto de los supuestos de asociación ilícita tipificados en el art. 515 CP, esto es, asociaciones con fin lícito pero que emplean medios violentos o de alteración o control de la personalidad para conseguir sus fines, organizaciones de carácter paramilitar, así como aquellas que promueven a la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones, esto es, supuestos de asociaciones ilícitas que no tienen por finalidad originaria y directa la comisión de delitos, ni se han constituido

especialmente con tal objeto, hay que considerar que dichas conductas delictivas presentan características diferentes a las que configuran el tipo de organización criminal del art. 570 bis CP. Ante cada supuesto concreto deberán valorarse, pues, las circunstancias concurrentes en orden a apreciar la existencia de los elementos definidores de uno u otro tipo penal, el previsto en el art. 570 bis o los recogidos en el art. 515 en relación con el art. 517 CP.

El legislador ha previsto en el art. 570 quáter 2. in fine CP que en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8.

En consecuencia, en los supuestos en que se plantee un conflicto de normas entre los arts. 515.1 y 570 bis CP, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el art. 570 bis.

Así, la pena prevista en el art. 517 CP para los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones es la de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. La pena prevista en el art. 570 bis para los responsables de las organizaciones criminales que tengan por finalidad la comisión de delitos graves es prisión de cuatro a ocho años y prisión de tres a seis años en los demás casos, a la que hay que añadir la pena de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización criminal, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, por lo que si bien no se prevé la imposición de una pena de multa, las penas previstas para los responsables de la organización criminal son más graves que las previstas para las asociaciones ilícitas. Cabe señalar que aun cuando no coinciden plenamente en su denominación literal las personas que pueden ser responsables en ambos tipos, sin embargo, puede considerarse que se trata de las mismas conductas, en definitiva los responsables de poner en marcha y dirigir la asociación u organización.

Lo mismo cabe concluir en relación a la responsabilidad de los miembros activos, pues incluso en el supuesto de los miembros activos de una organización que no tuviera por finalidad la comisión de delitos graves, la pena de prisión a imponer -de uno a tres años, coincide con la pena de prisión a imponer a los miembros activos de una asociación ilícita conforme al art. 517. 2º CP, a la que hay que añadir en el caso de los miembros activos de la organización criminal la pena de inhabilitación especial prevista en el art. 570 quáter, que en cualquier caso es más grave que la pena de multa prevista en el supuesto de los miembros activos de una asociación ilícita.

La aplicación del criterio de alternatividad para resolver el conflicto de normas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 570 quáter CP, resulta justificada conforme a los principios de proporcionalidad y de congruencia de la pena resultante tras la resolución del concurso, ya que la preferente aplicación del criterio de especialidad frente al de alternatividad conduciría a privilegiar con una menor penalidad a aquellas agrupaciones que revistan una cierta formalidad asociativa con independencia de la gravedad de los delitos que persigan, lo que llevaría a la absurda consecuencia que se premiaría el mayor desvalor de la conducta criminal que supone la utilización de

una apariencia de legalidad que normalmente será un factor que favorece el desenvolvimiento de los fines delictivos de la organización.

B. CON LOS ILÍCITOS PENALES COMETIDOS POR LA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL

No plantea dificultades el correspondiente concurso de delitos que se establece entre los delitos de organización y grupo criminal y las diferentes infracciones criminales por ellas cometidas en ejecución de su objetivo delictual, cuando en la tipificación de tales infracciones no se haya previsto específicamente un subtipo agravado por pertenencia a organización, habida cuenta que los tipos de organización y grupo criminal son autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, en tanto que sancionan el hecho de la articulación de una organización o grupo con fines delictivos, sin abarcar los delitos que se cometan ulteriormente por los integrantes de dichos colectivos.

En definitiva, se apreciará un concurso real de delitos entre los tipos previstos en los art. 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas, salvo determinados supuestos en que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal como se expone en el siguiente epígrafe, y sin perjuicio, en todo caso, de que la responsabilidad del sujeto activo por los concretos delitos o faltas cometidos en el seno de la agrupación delictiva deba sujetarse a las reglas generales de autoría y participación en el concreto hecho delictivo cometido.

C. RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LOS ARTS. 570 BIS Y 570 TER CON LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN, ASOCIACIÓN O GRUPO CRIMINAL DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

La pertenencia del sujeto activo a una asociación, organización, grupo criminal o agrupación transitoria para delinquir determina la previsión de subtipos agravados en relación con una serie de delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados es especialmente habitual, concretamente:

a) El nuevo art. 177 bis 6 CP en relación con el delito de trata de seres humanos introducido por la reforma operada por L.O. 5/2010 establece una agravación por pertenencia del culpable a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, previendo una penalidad aún mayor para los jefes, encargados o administradores de la organización o asociación.

b) El art. 183.4 CP en su redacción dada por la reforma llevada a efecto por LO 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, prevé una agravación cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c) Los arts. 187. 4 y 188.4 CP en su redacción dada por la reforma por LO 5/2010, en relación con el delito de prostitución de menores o incapaces y el delito de determinación al ejercicio de la prostitución, cuando concurra violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima,

prevén sendas agravaciones específicas en caso de que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades. En el mismo sentido la agravación prevista en el art. 189. 3. e) CP para el delito de utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico.

d) El apartado 8 del art. 197, añadido por la LO 5/2010 establece un subtipo agravado en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando los hechos tipificados en ese precepto se cometan en el seno de una organización o grupo criminales.

e) Los arts. 271. c) y 276. c) CP referidos a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial prevén también un tipo especial agravado si el sujeto pertenece a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuvieran como finalidad la realización de las actividades descritas en los tipos referidos.

f) El art. 302. 1 CP prevé un subtipo agravado del delito de blanqueo de capitales por pertenencia a organización dedicada a tales fines, no incluyendo en este caso las organizaciones de carácter transitorio, distinguiendo entre la responsabilidad de los miembros y la de los “jefes, administradores o encargados” de la organización.

g) el art. 305.1.b CP para el tipo de defraudación a la Hacienda Pública y el art. 307.1.b) en relación a la defraudación a la Seguridad Social, prevén una agravación en caso de existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios o frente a la Seguridad Social.

h) El art. 318 bis 4 CP en su redacción dada por LO 5/2010 respecto al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, establece una agravación para el caso de pertenencia del culpable a organización o asociación, incluso de carácter transitorio, diferenciando la responsabilidad de los miembros y la de los jefes, administradores o encargados.

i) En relación con el delito de tráfico de drogas, el art. 369.1 apartado 2º CP, derogado con ocasión de la reforma del Código Penal por LO 5/2010, contemplaba una agravante específica del delito contra la salud pública por pertenencia a “una organización o asociación, incluso de carácter transitorio”. La nueva regulación contempla la agravación por pertenencia a organización delictiva en el nuevo art. 369 bis, si bien el mismo no incluye referencia a las organizaciones de carácter transitorio ni a la expresa finalidad de la organización de difundir tales sustancias o productos aun de forma ocasional, como exigía el derogado apartado 2º del art. 369 CP. Se prevé asimismo una penalidad agravada para los jefes, encargados o administradores de la organización.

El art. 370 CP establece una agravante específica cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

Asimismo el art. 371. 2 CP prevé una agravación por pertenencia a una organización dedicada a la fabricación, transporte, distribución, comercio o posesión de los equipos y sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y los que se incluyan en el mismo u otras Convenios ratificados por España como se especifica en el apartado 1 del mismo precepto. Se aplicará la pena superior en grado cuando

se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

En primer lugar cabe señalar que existen subtipos agravados que sólo comprenden la pertenencia a organización criminal y no a grupo criminal, de modo que no se plantea conflicto de normas, sino que se aplicará un concurso real de delitos entre el tipo básico del delito cometido y el art. 570 ter cuando el sujeto activo del delito cometido en el seno del grupo criminal sea a su vez miembro del grupo o realice alguna otra de las conductas típicas previstas en el art. 570 ter.

En los supuestos en que el delito específico objeto de imputación, contempla un subtipo agravado por la pertenencia o dirección de organización o grupo criminal, se produce un concurso de normas con los art. 570 bis o 570 ter CP en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo, pues precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a organización, de modo que castigar este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los arts. 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico vulneraría el principio non bis in idem.

Este mismo es el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2002, de 19 de febrero de 2002 sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería, en cuanto al concurso entre los art. 318 bis. 5 y el art. 515. 6 (suprimido por LO 15/2003), en tanto que la solución de optar por el concurso de delitos infringiría el principio non bis in idem ya que se emplearía dos veces el mismo hecho para agravar la pena.

Como anteriormente se ha señalado, la ejecución de un hecho delictivo por una estructura organizada reviste una mayor gravedad porque además de posibilitar la supervivencia del proyecto delictivo con independencia de las personas que lo integran, refuerza la voluntad criminal de sus miembros, asegura la eficacia en el desempeño de sus respectivos cometidos o tareas y dificulta la respuesta de los órganos estatales de investigación en las funciones de averiguación y descubrimiento de tales hechos.

Sin embargo, el análisis de los delitos específicos que se recogen en el Libro II del Código Penal permite comprobar que algunos subtipos agravados derivados de la pertenencia a una organización o grupo criminal, o, en la dicción literal de algunos preceptos, “a asociación u organización de dos o más personas, incluso de carácter transitorio”, la pena prevista es inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el del art. 570 bis CP o del art. 570 ter CP, en su caso, (delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores de los art. 187, 188 y 189, receptación y blanqueo de capitales del art. 302. 1, por citar ejemplos), de modo que la aplicación preferente del subtipo agravado en cuanto regla especial supondría un trato más favorable respecto a la pena imponible como resultado de tal concurso en caso de no existir tipo agravado.

Al respecto, cabe también señalar que, si bien en los subtipos agravados en que uno de los dirigentes o miembros de una organización o grupo criminal, participa además en la ejecución de alguno de los delitos que en el seno de la misma se cometen, el comportamiento típico comprende además del injusto de la conducta de pertenencia o dirección de la organización o grupo, el desvalor propio del delito que se haya cometido, se

plantean, no obstante, algunos supuestos (como los previstos en los arts. 187.4 y 188.4, por ejemplo) en los que el dirigente de una organización criminal que además participa en la perpetración de un delito cometido en su seno tiene prevista menor pena que la correspondiente, conforme al art. 570 bis CP, al dirigente de la organización criminal (prisión de cuatro a ocho años) aún cuando no intervenga en la comisión de delito alguno, de modo que si se castiga su actuación por el subtipo agravado se estaría privilegiando al jefe de la organización que además toma parte en la comisión de los delitos objeto de la misma.

La solución que ofrecía la citada Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado a los supuestos de concursos de normas en ella analizados era la aplicar el criterio de la especialidad como solución paralela a la que se ofrece en casos de delitos que prevén agravaciones cuando el hecho se realiza en el seno de una organización criminal (tráfico de drogas o blanqueo de capitales, por citar ejemplos) que se reputan ley especial frente al art. 515.

Sin embargo, la reforma por LO 5/2010 ha introducido en el art. 570 quáter 2 in fine una regla expresa para solucionar el concurso de normas en este supuesto, al establecer que “en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8”.

Si bien, la regla prevista en el art. 8.4 tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en el art. 8 para la resolución de los conflictos de normas, sin embargo, su aplicación directa ha de prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado art. 570 quáter 2 in fine, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Teniendo en consideración que la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que más frecuentemente se cometen en el seno de una organización, la solución de optar, en esos casos, por la norma especial, esto es, el tipo agravado, compadece mal con el tenor y finalidad de la reforma por LO 5/2010 que define de forma auténtica y que castiga autónomamente los delitos de organización y de grupo criminal, sancionando con una pena superior los primeros, y cuyo fundamento reside en la necesidad de hacer frente de forma decidida a estas organizaciones y/o grupos cuya intervención facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.

Por tanto, en tales supuestos, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

Cabe por último señalar que, sin perjuicio de que lo expuesto en la presente Circular, en relación a la aplicación del criterio de alternatividad conforme al art. 570 quáter en los supuestos en que se plantee cuestión concursal, alcanza también a los tipos penales relativos al tráfico de drogas, las cuestiones concretas que suscitan las

modificaciones introducidas por la reforma llevada a efecto por LO 5/2010 en esa materia serán objeto de tratamiento específico en otro documento.

VI.REFERENCIA A ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS

La reforma del Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas en la Sección 1ª del nuevo Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, a la vez que recoge los delitos instrumentales de terrorismo en la Sección 2ª del mencionado Capítulo VII del Título XXII, que integra los arts. 572 a 580 CP, y suprime la tipificación de las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas como delito de asociación ilícita (arts. 515. 2 y 516 CP derogados por LO 5/2010).

El art. 571 CP describe las conductas de dirección y pertenencia a organización o grupo terrorista en los siguientes términos:

1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.
2. Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.
3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente.

El terrorismo se caracteriza en nuestra legislación por requerir la presencia de dos elementos: de un lado, un elemento estructural u organizativo y de otro, un elemento teleológico, pues se precisa que las organizaciones o grupos terroristas, dotados de una articulación idónea a sus objetivos, actúen con una finalidad específica, en concreto la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La reforma ha incorporado una definición de organización y grupo terrorista, remitiéndose a los conceptos generales de organización y grupo criminal tipificados en los arts. 570 bis y 570 ter CP, eliminando la antigua referencia a “banda armada”, si bien tales modificaciones no afectan al concepto típico en cuanto al programa colectivo de la organización y a la definición del elemento instrumental del terrorismo.

Cabe destacar que si bien el nuevo art. 571 CP establece una distinción conceptual entre organización y grupo, sin embargo anuda la misma consecuencia penológica para las conductas de integración y/o dirección de

organización terrorista y las de integración y/o dirección de grupo terrorista, manteniendo la misma respuesta penal que ha venido dando la jurisprudencia, que venía interpretando asimismo de manera unitaria los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 explica el fundamento de la equiparación en el tratamiento punitivo de los tipos penales de organización y grupo terrorista, en atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de Derecho, así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación.

En materia de terrorismo, la especial gravedad de las acciones violentas cometidas tanto por organizaciones como por grupos terroristas, así como la peligrosidad para el orden democrático que tales actuaciones implican, unido a la utilización del terror como estrategia de comunicación, es justificación suficiente para que se otorgue la misma respuesta punitiva a la organización terrorista de carácter estable que al grupo terrorista de carácter temporal que se constituye puntualmente para la comisión de atentados concretos, de modo que la preparación, planificación y ejecución de los concretos atentados criminales es obra exclusiva de quienes integran el grupo o célula terrorista.

Así, frente a las organizaciones terroristas tradicionales, asentadas sobre el principio jerárquico y dotadas de una estructura mucho más piramidal, el terrorismo internacional se expande por todo el mundo a través de pequeñas células o grupos autónomos de una gran flexibilidad que se comunican, se adoctrinan, se alimentan ideológicamente e intercambian sus experiencias a través de las nuevas tecnologías, sin dependencia ni relación jerárquica alguna entre ellas más allá de una intensa vinculación ideológica.

Por otro lado, el art. 571 CP define las conductas típicas distinguiendo dos niveles de responsabilidad penal:

- la de quienes promovieren, constituyeren, organizaran o dirigieren una organización o grupo terrorista,
- y la de quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos.

A diferencia de la regulación anterior (art. 516 CP derogado por LO 5/2010), la descripción de los niveles directivos se completa con las conductas de constituir y organizar, además de promover y dirigir, y la conducta de mera pertenencia se describe con mayor detalle, frente a la regulación anterior que hacía referencia genérica a los "integrantes", sin perjuicio de que sea aplicable a la nueva formulación de las conductas típicas previstas en el apartado 2 del art. 571 CP la interpretación que ha venido sosteniendo la jurisprudencia del concepto de "integrante" o "miembro activo" de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Los requisitos establecidos jurisprudencialmente (STS 119/2007, de 16 de febrero que recoge la doctrina de otras precedentes) para apreciar la pertenencia a grupo u organización terrorista son los siguientes:

- a) como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento

de relaciones de cierta jerarquía y subordinación en los supuestos de organización terrorista. Tal organización o grupo tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de subvertir el orden democrático-constitucional. Su estructura generalmente será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

Asimismo, cabe destacar que, a diferencia de la descripción de las conductas típicas de la organización criminal del art. 570 bis CP, no se recoge entre las conductas de participación activa del art. 571 CP la de colaboración con organización o grupo terrorista, habida cuenta de que tal conducta configura el tipo específico con sustantividad propia previsto en el art. 576 CP, sin perjuicio de recordar que el tipo de colaboración sólo resulta aplicable respecto de aquellos sujetos activos que no se consideren miembros de la organización o grupo terrorista en cuestión.

Así, a tenor de la doctrina jurisprudencial desarrollada al hilo de la distinción del delito de colaboración con el delito de integración en organización o grupo terrorista, el integrante de banda armada -organizaciones o grupos terroristas- aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vértebra la actividad terrorista, en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista, participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de la sanción que pudiera corresponder por los actos terroristas concretos que realice, mientras que por el contrario, el delito de colaboración con banda armada -organizaciones o grupos terroristas- supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica, lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva (SSTS de 28-6-2001, 17-6-2002, 1-10-2002, 29-5-2003, 15-7-2004 y 6-5-2007), de manera que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se integraría en una de las formas de participación en tal delito como autor o cómplice, y no en el de colaboración.

VII. REGLAS DE PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD

El art. 570 quáter 1, introducido por LO 5/2010 y modificado por la disposición final segunda de la LO. 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establece que los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los arts. 33.7 y 129

de este Código.

El art. 33.7 CP regula las consecuencias penológicas aplicables a las personas jurídicas que incurran en responsabilidad penal, estableciendo que:

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multas por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. (...)

El art. 33.7 in fine establece asimismo la posibilidad de que el Juez Instructor acuerde como medida cautelar durante la instrucción de la causa la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

Son aplicables también las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP en caso de organizaciones o grupos que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis CP, y en virtud del cual podrá imponerse motivadamente a dichas organizaciones o grupos una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del art. 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Debe tenerse en consideración que tras la modificación operada en el apartado 1 del art. 570 quáter CP por la disposición final segunda de la LO 3/2011, las consecuencias punitivas previstas en el mismo son aplicables también a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Código Penal.

Por su parte, el apartado 2 del art. 570 quáter establece la obligación de imponer a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la

organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, ponderando en su determinación la gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurran en el delincuente.

El apartado 3 del art. 570 quáter introduce el principio de extraterritorialidad, bajo el presupuesto de comisión de un hecho típico en territorio español, al establecer que las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero.

Este precepto, que incorpora una norma de validez espacial de la legislación penal española, obedece a las prescripciones del art. 7 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, que prevé en su apartado 1, como uno de los criterios en orden a delimitar la competencia de uno u otro Estado, que todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos a que se refiere el art. 2 cometidos:

a) total o parcialmente en su territorio, independientemente del lugar

en que la organización delictiva tenga su base o ejerza sus actividades delictivas.

La concurrencia de competencia de más de un Estado miembro de la Unión podrá solventarse a través de Eurojust, o de cualquier otro órgano o mecanismo creado en el marco de la Unión Europea para facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones, entre los que cabe mencionar la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, y teniendo especialmente en cuenta los elementos que, en orden a resolver dicha situación, enuncia el art. 7.2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI.

VIII.SUBTIPO ATENUADO: EL TIPO PRIVILEGIADO DE COLABORACIÓN

El apartado 4 del art. 570 quáter CP establece un tipo privilegiado de colaboración con la justicia al prever que los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.

Así, la apreciación del tipo privilegiado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) abandono voluntario de las actividades delictivas,

b) colaboración activa con las autoridades con la finalidad de obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o de impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, o de evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de

dichas organizaciones o grupos.

Se trata de una medida ya utilizada en el Código Penal en relación a otras figuras delictivas (art. 376 párrafo 1º en relación con los delitos contra la salud pública y art. 579.3 en relación con los delitos de terrorismo) que se dirige a propiciar la conducta del colaborador mediante una atenuación de la pena, para favorecer la investigación y desarticulación de organizaciones o grupos delictivos. Razones de política criminal, pues, concretadas en la necesidad de restauración del orden jurídico perturbado a través de conductas que posibiliten remediar las consecuencias del delito y facilitar su persecución judicial, justifican la introducción de este tipo privilegiado.

Según la doctrina jurisprudencial, el abandono voluntario de las actividades y la colaboración activa con la autoridad son conductas que deben darse conjuntamente para que pueda aplicarse la atenuación (STS 24 de junio de 2004 y 13 de julio de 2005, entre otras muchas) resultando de aplicación las circunstancias genéricas de atenuación cuando no concurra alguna de las dos acciones.

Cabe recordar y reiterar aquí los criterios expuestos en la Circular 2/2005 respecto al tipo privilegiado de colaboración previsto en el art. 376 CP, por ser plenamente aplicables al subtipo atenuado regulado en el art. 570 quáter 4 CP.

IX.REFERENCIA AL COMISO AMPLIADO EN RELACIÓN CON LOS DELITOS COMETIDOS EN EL MARCO DE UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL O TERRORISTA.

La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, ha completado la regulación existente del comiso y modificado el art. 127 CP, siguiendo las directrices de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa al comiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, con la finalidad de establecer normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, que constituye un objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada,

Así, el legislador, ha realizado la transposición de la mencionada Decisión Marco 2005/212/JAI y ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el denominado comiso ampliado, encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo, como señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010.

A tal fin, la LO 5/2010 de reforma del Código Penal ha introducido un segundo párrafo en el apartado 1 del art. 127, que dispone lo siguiente:

El Juez o tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una

de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

Para facilitar la aplicación del comiso ampliado se establece, pues, la presunción iuris tantum de considerar que proceden de actividades delictivas aquellos patrimonios individuales cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista, de modo que, como señala la Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, no será necesaria la prueba de la vinculación concreta de los bienes cuyo comiso se decreta con el hecho ilícito determinado que la sentencia declara probado, pero sí será necesario probar que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización o grupo criminal y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada.

Como señalábamos antes, esta materia ha sido objeto de tratamiento específico en la Circular 4/2010, a cuyo contenido y prescripciones nos remitimos, recordando a los Sres. Fiscales que en los procedimientos relativos a delincuencia organizada, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo terrorista y delitos de terrorismo, durante la fase de instrucción, deberán solicitar que los correspondientes organismos oficiales y la policía judicial emitan informe sobre la totalidad del patrimonio de los imputados, así como que se practiquen las valoraciones periciales correspondientes en los supuestos en que se deduzcan indicios de desproporción en relación con los ingresos legales de aquellos, funciones que podrán ser encomendadas a las Oficinas de Recuperación de Activos previstas en el art. 367 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Asimismo, cabe recordar que en las peticiones relativas al comiso ampliado que los Sres. Fiscales formulen en sus escritos de acusación o calificación, deberán identificar los bienes a decomisar, así como la titularidad de los mismos o, en su caso, expresar las circunstancias por las que ésta se entiende ficticia.

X .CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal ha introducido un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter, que tipifican de forma autónoma las figuras delictivas de organización y grupo criminal y que responde a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones del complejo fenómeno de la criminalidad organizada, no sólo en lo que se refiere a la delincuencia organizada transnacional, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores.

SEGUNDA.- Con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo del art. 570 bis y de cualesquiera otros que se detecten para

graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto.

TERCERA.- El apartado segundo del art. 570 bis recoge una serie de subtipos agravados, que conllevan la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren dos o más de ellas, estableciendo el apartado tercero un escalón punitivo superior, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos planificados, al determinar la imposición en su mitad superior de las penas previstas en el apartado primero o en los tipos cualificados del apartado segundo cuando concurren.

La posibilidad de que la organización criminal oriente su actividad ilícita hacia la comisión de delitos de variada índole se resolverá por los Sres. Fiscales mediante la apreciación de la modalidad cualificada y, en consecuencia, la aplicación de la penalidad más grave cuando los Sres. Fiscales constaten que la finalidad primordial de la organización es ésta y que la actuación delictiva concreta que atrae la agravación no se ha cometido esporádicamente o de forma ocasional.

CUARTA.- El art. 570 ter define el grupo criminal como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien coincide con 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, concretamente el carácter estable o la estructura organizativa con reparto coordinado de tareas o funciones, ateniéndose los Sres. Fiscales a los criterios interpretativos que del concepto de grupo criminal ofrece esta Circular

QUINTA.- A diferencia del art. 570 bis, el art. 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir exclusivamente de la naturaleza y gravedad de las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer. No obstante, dicho precepto sigue el criterio del art. 570 bis al establecer una penalidad superior para los tipos cualificados, previendo el apartado segundo la aplicación de las penas del apartado primero en su mitad superior, o las penas superiores en grado cuando concurren dos o más de tales circunstancias. Cuando la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que dicha actuación ilícita se haya realizado de forma esporádica o circunstancial.

SEXTA.- Teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, los Sres. Fiscales valorarán en orden a determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelincuencia, siguiendo los criterios interpretativos ofrecidos en la presente

Circular, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el modus operandi y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

SÉPTIMA.- La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal puede plantear un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los arts. 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales. En este supuesto, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el art. 570 bis.

OCTAVA.- Siendo los tipos de organización y grupo criminal autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, se apreciará por los Sres. Fiscales la existencia de un concurso real de delitos entre los tipos previstos en los art. 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas, sin perjuicio, en todo caso, de que la responsabilidad del sujeto activo por los concretos delitos o faltas cometidos en el seno de la agrupación delictiva deba sujetarse a las reglas generales de autoría y participación en el concreto hecho delictivo cometido, y salvo en determinados supuestos en que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal como se expone en la presente Circular.

NOVENA.- La pertenencia del sujeto activo a una organización y/o grupo criminal es objeto de subtipos agravados en relación con una serie de delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados es especialmente habitual. En tales supuestos se produce un concurso de normas con el delito de pertenencia o dirección de organización o grupo criminal previstos en los arts. 570 bis y 570 ter, pues precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a una organización o grupo criminal, cuya existencia facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.

Para resolver el conflicto, sin vulnerar el principio non bis in idem, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

DÉCIMA.- La reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas en la Sección 1ª del nuevo Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, a la vez que recoge los delitos instrumentales de terrorismo en la Sección 2ª que integra los arts. 572 a 580 CP. Si bien el nuevo art. 571 CP establece una distinción conceptual entre organización y grupo, y elimina la referencia a “banda armada”, sin embargo anuda la misma

consecuencia penológica para las conductas de integración y/o dirección de organización terrorista y las de integración y/o dirección de grupo terrorista, manteniendo la misma respuesta penal que ha venido dando la jurisprudencia, que venía interpretando asimismo de manera unitaria los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista.

