



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

Estudio jurisprudencial y doctrinal del delito de
pertenencia a organización criminal:
Delimitación entre participación y mera integración.

Autora:

Estefanía Tío Cobo

Director:

Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho

2018

ÍNDICE

1. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
2. INTRODUCCIÓN.....	5-6
3. CONCEPTO LEGAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA:	
3.1. EN EL MARCO INTERNACIONAL.....	7-9
3.2. EN EL MARCO EUROPEO.....	9-10
3.3. EN EL MARCO ESPAÑOL:	
3.3.1. Aparición de concepto de criminalidad organizada en el CP.....	11-12
3.3.2. Antes y después de la introducción de la reforma del CP del año 2010.....	12-15
4. LA SANCIÓN PENAL DE LOS MIEMBROS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES	
4.1. CLASES DE MIEMBROS.....	16-18
4.1.1. Diferenciación jurisprudencial con la figura del colaborador.....	18-19
4.2. PARTICIPACIÓN ACTIVA Y PASIVA.....	19-20
4.3. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS MIEMBROS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES.....	21-22
5. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS DELICTIVAS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL FRENTE A LA CODELINCUENCIA.....	22-26
6. DIFERENCIACIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE PARTICIPACIÓN ACTIVA Y MERA INTEGRACIÓN EN UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL	
6.1. CONCEPTO DE PERTENENCIA EN EL DERECHO COMPARADO.....	27

6.2. DOCTRINA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ¿SE CASTIGA REALMENTE LA MERA INTEGRACIÓN.....	28-35
6.3. LA CONDUCTA NEUTRAL EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN.....	36-37
7. CONCLUSIONES.....	37-39
8. BIBLIOGRAFÍA.....	40-41

1. LISTADO DE ABREVIATURAS:

- 1- **Art:** Artículo.
- 2- **CP:** Código Penal.
- 3- **LO:** Ley orgánica.
- 4- **LECrim:** Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 5- **TS:** Tribunal Supremo.
- 6- **P.:** Página.
- 7- **Pp.:** Páginas.
- 8- **Cit.:** Citado.

2. INTRODUCCIÓN:

El crimen organizado es, actualmente, un fenómeno en auge, dada la ampliación de sus dimensiones y la generalización de esta forma de actuación por los delincuentes a nivel internacional. No hay un solo Estado a nivel mundial que no se vea amenazado por este fenómeno de criminalidad colectiva, que induce en las personas un estado de constante desazón. Debido al gran salto cualitativo que se ha producido en el mundo del crimen organizado, no es de sorprender que los esfuerzos políticos se centren en gran medida en tratar de evitar y paliar, en la mayor medida posible, sus efectos colaterales y de encontrar mecanismos represivos y de control contra las bandas armadas. Actualmente el crimen organizado parece la forma más eficaz para asegurar la producción de un resultado, ya que su alto grado de especialización les permite hacer uso de los mecanismos más complejos.

El concepto jurídico de criminalidad organizada resulta un tanto complejo de precisar, debido al desconocimiento de su verdadero alcance y a que, y a los hechos me remito, no se ha logrado dar con un mecanismo de prevención que realmente garantice una lucha efectiva contra este fenómeno. Es en esta cuestión en la que se centra mi trabajo. Teniendo en cuenta que estamos ante un problema inabarcable para un trabajo de esta extensión, nos centraremos en el delito de pertenencia a organización y grupo criminal, tipificado actualmente en el art.570 bis y ter Código Penal (en adelante, CP), así como en el delito de pertenencia a una organización terrorista, enmarcado en el art.572 apartado 2 de nuestro CP.

En ambos preceptos se castiga de forma separada, grosso modo, a la persona que, o bien participa activamente, o bien se limita a pertenecer a la organización o grupo en cuestión. Estamos ante conceptos que quizás a priori parece que engloben una misma conducta: El que participa activamente es porque pertenece. O quizá no. O se puede pertenecer sin llevar a cabo una conducta activa. El germen de la cuestión radica en tratar de vislumbrar cuál es la esencia del término “formar parte”, de qué manera entiende la jurisprudencia la diferencia entre participar activamente y la mera integración en este tipo de organizaciones, ya que por algo el legislador ha querido establecer esta diferenciación, y si realmente la jurisprudencia española ha colmado esas exigencias legislativas mediante la correcta aplicación del Derecho. O si en realidad se trata de una figura vacía

de contenido, a la que la jurisprudencia no logra hallar una aplicación en la práctica y por lo tanto el legislador se ha extralimitado con esta figura.

En definitiva, determinar cuáles son los elementos objetivos que permitan medir la importancia que cada interviniente tiene en este tipo de delitos.

Resulta preocupante que, en un mundo donde el diálogo es la manera más razonable de acercar posturas, la violencia sea el mecanismo más fácil de imponer una opinión. Por tanto, es importante conocer dónde está el límite, es decir, a partir de cuándo se considera que una conducta encaja en estos tipos mencionados anteriormente.

Para poder llevar a cabo mi investigación, he tratado de recabar toda la información posible encontrada en manuales, legislación, circular de la Fiscalía General del Estado, comentarios al CP por juristas, y, sobre todo, jurisprudencia, ya que este trabajo gira en torno a la aplicación que hacen los jueces de la voluntad del legislador.

En cuanto a la ordenación de trabajo seguida, en primer lugar, creo necesario hacer una introducción sobre el tratamiento que la criminalidad organizada ostenta a nivel internacional, europeo y nacional. Dentro de este último punto, me parece relevante hacer alusión al tratamiento que tenía el crimen organizado antes de la reforma del año 2010, el cual fue el punto de inflexión que introdujo los delitos de pertenencia que vamos a analizar.

En segundo lugar, se hará alusión a la sanción penal de los diferentes tipos de miembros que hay en una organización de esta índole. Una vez clasificados y diferenciados, trataremos de precisar si el juicio de reproche es el mismo para todos o no.

A continuación, trataremos de encontrar la diferencia que a través de la jurisprudencia se ha establecido entre organizaciones, grupos y coautores, ya que son conceptos que están en una nebulosa poco clara y que la jurisprudencia ha logrado diferenciar.

Y por último trataremos la compleja cuestión de investigación jurisprudencial sobre los tipos penales que sancionan la sola pertenencia a una asociación criminal de manera independiente. Dentro de este apartado, se hará hincapié además en un tipo de conductas, que, a pesar de llevarse a cabo en el seno de la misma, carecen de carácter antijurídico.

3. CONCEPTO LEGAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Dado el auge de las organizaciones criminales, y otros fenómenos organizativos con los mismos objetivos, a nivel mundial, existe una necesidad por encontrar un concepto que lo defina con nitidez. Sin embargo, hoy en día, existen multitud de criterios definitorios, que, siguiendo a de la Cuesta Arzamendi, ponen de manifiesto que todavía hoy la criminalidad organizada no deja de ser sino una imagen aplicada a diversas realidades. El mismo autor continúa señalando que esta problemática delimitación «no contribuye a facilitar el diseño de estrategias eficaces para combatirla»¹.

Existen muchos instrumentos en la actualidad que han sido asumidos por los Estados, a través de los cuales se intenta luchar a nivel transfronterizo contra el fenómeno de la delincuencia organizada, asumiendo medidas de prevención y represión penal ².

Los más importantes en esta materia son los siguientes que se citan a continuación.

3.1. EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A nivel internacional, es de destacar en esta materia la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000 ³.

La Convención define “grupo criminal organizado” (art.2 a)) como:

«un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante un período de tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites*, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (Dir.) et al., Universidad de Sevilla, 2001, pp. 85-123.

² Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del CP por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p.1.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *“El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites*, cit., pp. 85-123.

o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

Es importante seguir leyendo el apartado b) porque considera como delito grave: «*toda conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de, al menos, cuatro años o con una pena más grave*»⁴.

A través de esta Convención se consiguió determinar cuáles eran aquellos delitos graves que estaban asociados normalmente a los fines de la delincuencia organizada, y sobre todo se hizo específica referencia a las siguientes categorías: «el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el blanqueo de dinero, la trata de seres humanos, la falsificación de moneda, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, delitos relativos a materiales nucleares, terrorismo, fabricación y tráfico de armas y explosivos o sus piezas, tráfico ilícito o robo de automóviles o sus piezas y corrupción»⁵. Con esto no se pretende hacer una enumeración exclusiva y excluyente de los delitos graves que pueden ser castigados a través de esta modalidad de delincuencia, sino que simplemente se trató de puntualizar aquellos delitos que suelen estar más ligados a las finalidades generalmente perseguidas por estos grupos estructurados.

Es de destacar también la Resolución I.1, aprobada por la Sección I del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal (Budapest, 1999), ya que en la misma se pone de manifiesto que no basta con la mera existencia de un grupo de personas que se conciertan para la comisión de una serie de delitos con continuidad y permanencia para poder hablar de delincuencia organizada. En este sentido, resulta necesario un aparato organizado de poder con finalidades delictivas, estructura piramidal y jerárquica entre sus miembros, que permita una clara diferenciación entre los órganos ejecutivos y decisorios, en el que se manifiesten unas connotaciones de entidad y permanencia, siendo su objetivo principal la obtención de poder o el máximo de ganancias⁶. En este sentido, el Congreso

⁴GARCÍA COLLANTES, A.: [En línea] Delimitación conceptual de la delincuencia organizada en Derecho y cambio social, nº37, 2014, pp.9-12. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4750893> (Fecha de consulta: 26 de abril).

⁵ GARCÍA COLLANTES, A.: *Delimitación conceptual de la delincuencia organizada*, cit., p.9-10.

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites*”, cit., pp. 85-123.

trató de dar a la delincuencia organizada un tratamiento de grupo con finalidad determinada y estructura organizada y coordinada, poniendo ya de manifiesto que no podemos tratar a un simple grupo de personas concertadas para la comisión de un delito como organización criminal.

3.2. EN EL MARCO EUROPEO:

En el ámbito de la Unión Europea, mencionaremos los siguientes instrumentos:

En primer lugar, el Proyecto de Acción Conjunta (6823/98), de 21 de diciembre de 1998, propone la criminalización de la participación en organización delictiva⁷, definiéndola en su art. 1 como:

«una asociación estructurada de más de dos personas, establecida en el tiempo y que actúe de manera concertada con el fin de cometer crímenes y delitos sancionables con pena privativa de libertad de al menos cuatro años, con independencia de que esos crímenes o delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública».

En segundo lugar, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea, del 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, por la que se derogó la Acción Común del Consejo (98/733/JAI), relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea⁸, la cual trata de diferenciar en su art. 1:

- a) Organización delictiva: *«una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al*

⁷ GARCÍA COLLANTES, A.: *Delimitación conceptual de la delincuencia organizada*, cit., p.9-10.

⁸ GARCÍA COLLANTES, A.: *Delimitación conceptual de la delincuencia organizada*, cit., p.9-10.

menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

- b) Asociación estructurada: *«una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada».*

En este caso la diferenciación se asemeja a la existente hoy entre grupos y organizaciones criminales. Vemos que el concepto de asociación estructural encaja más con la idea prevaleciente que nuestro ordenamiento jurídico da de grupo criminal, el cual no es tan organizado ni jerarquizado, aunque eso lo veremos más adelante. Además, al igual que en el marco internacional, se viene exigiendo para la figura que se asemejaría a las organizaciones criminales tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico, la comisión de delitos graves.

Por último, La Recomendación del Comité de Ministros REC (2001) 11E, del 19 de septiembre de 2001, del Consejo de Europa, relativa a los principios directrices de la lucha contra el crimen organizado⁹, define grupo criminal organizado como *«un grupo estructurado de tres o más personas, existente durante un período de tiempo, y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves -entendiendo por tales los castigados con cuatro o más años de prisión- para obtener directamente un beneficio financiero o material».*

Es de notoria importancia señalar que en el marco europeo e internacional se establecen dos requisitos añadidos: el primero sería actuar con el propósito de cometer delitos de carácter grave, y, en segundo lugar, que dichos delitos se cometieran con una finalidad económica o material.

En el ámbito español, este requisito no es necesario, como veremos a continuación.

⁹ GARCÍA COLLANTES, A.: *Delimitación conceptual de la delincuencia organizada*, cit., p.9-10.

3.3. EN EL MARCO ESPAÑOL

3.3.1 Aparición de concepto de organización criminal en el CP

El concepto de criminalidad organizada es muy extenso ya que en definitiva abarca realidades entre sí muy diferentes, como las organizaciones criminales clásicas (las mafias italianas, cárteles mexicanos) y otros grupos de reciente formación que cuentan con sus propias características en cuanto a estructura interna, modus operandi, entre otros¹⁰.

Teniendo en consideración a Silva Sánchez, una de las tareas fundamentales del Derecho penal es trabajar en la correcta delimitación técnico-jurídica de la noción de organización criminal y la sistematización de los supuestos punibles de actuación que pueden darse en el marco de esta¹¹.

Previamente, debemos hacer alusión a cómo se ha introducido este tipo delictivo en el ordenamiento jurídico español. La primera referencia del CP español a las organizaciones criminales es justamente en relación con el delito de tráfico de drogas. Esto es así porque el origen del crimen organizado en España se produjo a partir de los años 80, en el seno del narcotráfico, ya que se obtenían enormes ganancias a un ritmo imparable¹². En este momento no se tipificaba como un delito autónomo, sino que simplemente se aludía a ella para tipificar los delitos de narcotráfico. Es decir, no existía una definición auténtica del concepto de organización, sino que era un término que debía extraerse de la labor jurisprudencia.

¹⁰ Circular 2/2011, cit., p.2.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertenencia o intervención? del delito de "pertenencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"* en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp.1069-1096.

¹² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: [En línea] *Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial*, n°34, 2014, p.516. Disponible en: www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2081/2205 (Fecha de consulta: 11 de mayo 2018).

Posteriormente, a través de la Reforma Urgente y Parcial del CP por LO 8/1983, de 25 de junio, se incluyó la pertenencia a una organización criminal como una cláusula agravatoria¹³.

3.3.2 Antes y después de la introducción de la reforma del CP del año 2010

Con anterioridad a la reforma del año 2010 del CP, el concepto de organización criminal carecía de tipificación, y para solventar estas carencias, acudíamos al concepto de asociación ilícita (arts. 515 a 521 CP), el cual muchas veces no resultaba satisfactorio para comprender todo el fenómeno delictivo y definir sus formas de manifestación. Dada esta circunstancia, era necesario acudir a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo para comprender el alcance del delito. Un ejemplo de esta jurisprudencia se encuentra en la STS 1182/2000, de 28 de Junio¹⁴, al considerar que en el supuesto de hecho existe una organización entre las personas acusadas porque concurren los siguientes requisitos «[...] *existió un acuerdo previo para delinquir y existían unos medios idóneos: transmisores, teléfonos móviles y lugares de almacenamiento; concurría una continuidad temporal en la actuación delictiva, con una distribución de cometidos y una jerarquización de los acusados que en todo caso actuaban obedeciendo las órdenes impartidas por el que actuaba como jefe, adoptando decisiones que los demás obedecían, lo que obliga a imponer a éste la pena fijada en el Art. 370 CP 1995*».

Así las cosas, antes de la reforma de CP en el año 2010, la jurisprudencia había aplicado hasta tres conceptos distintos de organización¹⁵:

¹³ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (Vigente hasta el 05 de Julio de 2010): «*cuando se cometieran actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas*»

¹⁴ GARCÍA COLLANTES, A.: *Delimitación conceptual de la delincuencia organizada*, cit., p.12.

¹⁵ Por todos: GALLEGO SOLER, J.I.: *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Editor J.M BOSH, Barcelona, 1999, pp. 184 y ss.

- En un sentido propio, una organización posee una estructura jerárquica, en la cual se aprecia un centro de decisiones. En dicha estructura, sus miembros tienen un carácter fungible.
- Existe una línea jurisprudencial minoritaria que asemeja el concepto de organización a la coautoría. Se trata de fenómenos distintos, cuestión que veremos posteriormente en un punto dedicado a su estudio.
- Además, también existe un concepto intermedio, en el que se considera suficiente para aplicar la agravación que el sujeto se relacione con la organización, así como una mera presencia de la organización y también una distribución de funciones, siendo imprescindible una pluralidad de personas que se concierten para la comisión de un plan criminal, no siendo necesario que estos conozcan los mandos ordenantes (basta presuponer su existencia).

Todas estas notas que la jurisprudencia consideraba propias de la organización criminal han tenido acogida en la regulación actual, pues, entre otros muchos artículos novedosos, el nuevo art. 570 bis in fine CP ofrece una definición de este fenómeno:

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

La Fiscalía General del Estado propone una enumeración taxativa de los elementos que reúnen las organizaciones criminales tipificadas en el art.570 bis CP¹⁶:

- a.- Debe haber necesariamente una agrupación formada por más de dos personas, estableciéndose entre las mismas una relación jerárquica.
- b.- Se requiere vocación de permanencia.
- c.- En cuanto a su estructura, debe haber un reparto de tareas entre sus miembros, de manera concertada y coordinada. Sin embargo, no se requiere un acto fundacional, ni

¹⁶ Por todos: RUIZ BOSCH, S.: [En línea] *Organizaciones y grupos criminales*. Disponible en: «<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10446-organizaciones-y-grupos-criminales/>».(Fecha de consulta: 2 de mayo 2018).

que tenga una estructura demasiado compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que su ámbito de actuación se localice en un amplio espacio geográfico de carácter internacional.

d.- Finalidad criminal.

e.- La naturaleza y momento de la intervención de los miembros es irrelevante. Esto es así porque el rol asignado puede tener un contenido intelectual o ideológico, y por tanto directivo, o, a diferencia del anterior, tener un carácter material. Ambas modalidades de actuación se complementan entre sí, de forma que son conscientes de que hay una pluralidad de personas concertadas para la realización del proyecto criminal (STS 289/2011, de 11 abril).

f.- Las conductas típicas no tienen por qué dirigirse únicamente a la preparación y planificación de los planes criminales; es posible que un miembro de la organización se encargue de realizar todas las conductas necesarias encaminadas a la creación y mantenimiento de la organización, de modo que la mera integración en ella es punible de forma independiente, al margen de los delitos cometidos en su seno. Es esta última cuestión la que pone de manifiesto que estamos ante un precepto que se aparta de los criterios dogmáticos de imputación individual, ya que para este delito se prevé la imputación, no de un hecho concreto sino de una condición de miembro.

Por añadidura, la Fiscalía General del Estado subraya que «el elemento volitivo del dolo ha de abarcar la ilicitud de los fines y la actividad de la organización»¹⁷. Sin embargo, sigue diciendo, la jurisprudencia matiza que no es exigible que los diferentes niveles se conozcan entre sí, ya que el proyecto criminal saldrá adelante gracias a la adecuada organización de los miembros, independientemente de las personas concretas que intervengan en la operación.

Varias fueron las razones que motivaron al legislador para redactar esta reforma, pero sobre todo el auge en la aparición de un fenómeno de criminalidad colectivo que sobrepasaba las formas clásicas de delincuencia que se conocían en España. De lobos solitarios se pasó a grupos perfectamente organizados. Esta situación de alarma se vio reflejada en el Preámbulo de la propia LO 5/2010, al considerar este modelo de

¹⁷ Circular 2/2011, cit., p.15.

delincuencia como una amenaza para nuestra democracia, siendo el motivo principal por el que se hacía necesaria una reforma del CP que endureciera el castigo de estas formas de actuación¹⁸.

El ámbito de aplicación que ofrece el ordenamiento jurídico español tiene un mayor alcance que el ofrecido a nivel internacional. Aunque nuestro ordenamiento ha seguido básicamente los precedentes internacionales para definir este fenómeno, su ámbito de aplicación es más amplio que el de la Convención de Palermo. En primer lugar, porque no solo incluye las organizaciones dirigidas a la comisión de delitos graves, sino también a los menos graves. Y, en segundo lugar, porque no se requiere que dichas conductas estén encaminadas a lograr específicamente un beneficio económico o material¹⁹.

En el precepto relativo a organizaciones criminales²⁰, se ofrece una imposición de penas distinta en función de la categoría del delito cometido, previendo una pena inferior, para aquellos que cometan delitos que no sean graves. Lo mismo ocurre en el art.570 ter CP relativo a los grupos criminales.

El legislador pretende así ampliar los márgenes de tipificación para evitar que ninguna conducta quede impune, ya que la lucha contra este tipo de delincuencia es una de las finalidades político-criminales de la reforma²¹.

¹⁸ Preámbulo del CP: *El fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que [...], aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas [...], se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquellas, [...] dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, [...] 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.*

¹⁹ STS 950/2013 de 5 de Diciembre.

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

²¹ Circular 2/2011, cit., p.9.

4. LA SANCIÓN PENAL DE LOS MIEMBROS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

4.1. CLASES DE MIEMBROS

Tanto para las organizaciones, como para los grupos y organizaciones terroristas en concreto, se castiga tanto una forma de participación activa como una inactiva. Pero, para hablar de esta cuestión haremos, para generalizar, referencia únicamente al término “organización”. El motivo por el cual nos centramos en este aspecto es porque la sanción penal de la mera actuación como mero miembro o integrante es una cuestión discutida en la doctrina, considerándose como un ejemplo de legislación excepcional y, en concreto, como manifestación del denominado "*Derecho penal de enemigos*". En palabras de Silva Sánchez, tal actuación implica la realización de actos preparatorios que discurren en el ámbito privado. Esta tipificación supone una optimización de los intereses de protección de bienes jurídicos a costa de la libertad individual. Para ampliar los niveles de protección de la sociedad, se pretende así castigar a autores peligrosos - *enemigos* -, y no hechos peligrosos²².

Es decir, estaríamos ante una «criminalización del estadio previo a la lesión de un bien jurídico»²³.

El fundamento para el castigo de los miembros de estos grupos criminales reside, según Maurach, en la manifiesta enemistad al Derecho que estos muestran, abusando del derecho de asociación que reconoce nuestra Constitución para ejecutar sus planes criminales²⁴.

Dentro de estos colectivos, podemos extraer dos clases de integrantes:

- Por un lado, los dirigentes. A ellos se alude cuando el art.570 bis CP condena a los que «*promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal*». Dentro de esta distribución de roles, los dirigentes asumen

²² SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertinencia o intervención? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"*, cit., p.1070.

²³ JAKOBS, G.: *Estudios de derecho penal*, SL Civitas Ediciones, Madrid, 1997, pp.293 y ss, 298-299

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertinencia o intervención? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"*, cit., p.1070.

una función de mando, son los “que ordenan” y los partícipes “los que obedecen”, con independencia de quiénes sean los ejecutores de los delitos que constituyan la finalidad de la organización²⁵. La STS 808/2005, de 23 junio, define como dirigentes o jefes de la banda a «*aquellos que destaquen por dar instrucciones, facilitar medios de cualquier índole, incluso financieros, preparar alojamientos o impartir órdenes o dirigir las actuaciones de otros*», Un ejemplo en la práctica que clarifica el modo en que unos y otros se organizan y actúan es el extraído de la STS 337/2014 de 16 de Abril, en la cual se castiga a los miembros de una organización criminal por propinar una paliza a uno de los miembros como castigo por su disidencia. En este caso, los dirigentes no materializan el acto en sí, pero dan las órdenes, por lo que se les castiga como autores en calidad de inductores.

Los acusados, para poder cometer dicho delito, actuaron perfectamente organizados, siendo uno el que dio la orden, otro lo autorizó, y siendo otras personas las ejecutoras materiales de ese mandato²⁶.

- Por otro lado, tendríamos a los partícipes, los cuales poseen un rol mucho más limitado. Su implicación en la organización criminal se basa en «participar activamente, formar parte, o cooperar económicamente o de cualquier otro modo»²⁷. Se dedican básicamente a obedecer órdenes, son mandados y aceptan lo que se les impone. No obstante, la jurisprudencia, teniendo en cuenta el principio de culpabilidad, exige que el partícipe conozca que está colaborando con una organización criminal, y, por tanto, no cabe la imprudencia en este tipo de delitos²⁸.

La consumación del delito se produce desde el momento en que se realice alguna de las conductas típicas. Esto es: alguna forma de colaboración o participación en la

²⁵RUIZ BOSCH, S.: *Organizaciones y grupos criminales*, cit.

²⁶ STS 337/2014 de 16 de Abril: «*Aparte de los autores materiales de las lesiones, se incluye en el concepto de autoría a " Pesetero ", a " Cabezón " y a " Torero ", en su calidad de inductores, siendo su participación imprescindible, pues acordaron el castigo; " Pesetero " lo autorizó; y " Cabezón " dio la orden al disciplina de su grupo (Arturo Domingo); y mediante la presencia de Pesetero , jefe por encima de " Cabezón " y " Torero " (cabezas respectivas de los bloques de Lluçmajor y de Constancio Urbano), y también la presencia de este último en las canchas el día de los hechos, se utilizaron como ejecutores materiales "soldados" de los dos bloques de los que ellos eran respectivamente cabezas; lo cual entendemos que implica el consentimiento para que sus "soldados" participaran y la aprobación en la acción que se ordena*».

²⁷ Art.570 bis 1º CP.

²⁸RUIZ BOSCH, S.: *Organizaciones y grupos criminales*, cit.

organización criminal. Para la consumación del delito no es necesario que se ejecuten ni tan siquiera que se inicien las infracciones penales que pretenden llevarse a cabo para alcanzar sus objetivos (de índole económica o no)²⁹.

En definitiva, se hace una distinción de los posibles partícipes, porque en este tipo de delitos el injusto sistémico de la organización criminal es un injusto autónomo, independiente del propio de los delitos concretos que se pretendan cometer a través de ella. Es decir, la mera existencia de la organización criminal lesiona la seguridad general y la paz pública³⁰.

4.1.1. Diferenciación jurisprudencial con la figura del colaborador.

Desde un punto de vista externo, el colaborador y el miembro que participa activamente, desarrollan una misma función. Pero la jurisprudencia no lo ve así, ya que solo se aprecia la mera colaboración respecto de aquellos sujetos activos que no se consideren miembros de la organización o grupo terrorista. A pesar de que, desde un punto de vista objetivo, su actuación es similar, la verdadera diferencia radica en que la persona que integra una organización de este tipo aparece más unido y estrechamente ligado a la «patógena ideología» que vértebra la actividad terrorista, en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de dicha organización, participando de sus discursos y de su actividad³¹.

La conducta de colaboración se encuentra en un grado claramente inferior. Existe una adhesión ideológica, siendo este el rasgo que comparte con los que sí integran la organización. Los colaboradores ponen a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, al igual que los participantes activos, pero la diferencia estriba en la forma en que dichas aportaciones se realizan. Según la jurisprudencia «*es una ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece*

²⁹RUIZ BOSCH, S.: *Organizaciones y grupos criminales*, cit.

³⁰SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertinencia o intervención? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"*, cit., p.1072.

³¹Circular 2/2011, cit., p.37.

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)»³².

De manera que este tipo de ayudantes externos no pueden ser considerados como verdaderos miembros. Pero, si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto, dicha colaboración se integraría en una de las formas de participación en tal delito, como autor o cómplice, y no se castigaría por colaboración³³.

4.2. PARTICIPACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Además de las dos categorías de miembros a las que acabamos de aludir, hemos de destacar también que los miembros pueden adoptar un comportamiento activo y otro pasivo. Al respecto existe un debate doctrinal sobre si ambos deben ser castigados o no.

En cuanto a la mera integración, o participantes pasivos, no deberían incurrir en ningún tipo de responsabilidad y esta es una opinión mantenida en muchos Derechos positivos.

Teniendo en cuenta el punto de vista que ofrece el modelo de responsabilidad por hecho propio, el miembro pasivo de una organización delictiva debe quedar impune, ya que no realiza una conducta en la que se den los elementos mínimos del favorecimiento de hechos concretos realizados en el marco de la organización³⁴.

En cuanto a las personas que participan activamente en la organización criminal, Silva Sánchez distingue entre diferentes modelos de intervención³⁵:

La primera se podría denominar como una “intervención convencional” en hechos delictivos concretos. Son aquellos miembros que, de forma aislada, realizan actos de

³² Circular 2/2011, cit., p.37.

³³ Circular 2/2011, cit., p.37.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertinencia o intervención? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"*, cit., p.1080.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertinencia o intervención? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"*, cit., p.1080.

favorecimiento de delitos concretos cometidos a título de autor por otros integrantes de la organización.

En este sentido, puede concluirse que a estos sujetos no se les puede castigar por intervenir en otros delitos realizados desde la organización, sino solo en aquellos a los que han contribuido de modo directo. Además, tampoco se les debería sancionar por la vía de los delitos de pertenencia, porque no tienen una conducta de mera integración simbólica, sino que con su conducta refuerzan a la organización.

La segunda, implica la intervención "a través de organización en delitos concretos". La tercera, la de la intervención "intentada" y "a través de organización" en los referidos delitos-fin de la organización.

Estas dos modalidades son más propias de quienes llevan a cabo una repetición continuada e institucionalizada de actos en la organización criminal, es decir, en la observación de sus actos se puede dilucidar que juegan un papel o rol en la misma.

Básicamente, por la forma de intervención de los sujetos podríamos hablar de los tipos de autoría y los tipos de participación³⁶, a los cuales dedicaremos un epígrafe más adelante:

i. La participación activa guarda relación con los tipos de autoría. Se engloba a quienes, por sí solos o con otros, realizan el hecho directamente, asumiendo un papel de autor directo, o por medio de otra persona que actúa como un simple instrumento, asumiendo un papel de autor mediato.

ii. La participación pasiva se encuentra en estrecha relación con los tipos de participación: lo que hacen es contribuir a hechos de otros, bien mediante inducción o por cooperación.

³⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites*, cit., pp. 85-123.

4.3. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS MIEMBROS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

Para poder desarrollar este punto aludiremos a los modelos desarrollados por Silva Sánchez en la materia³⁷. En este sentido distingue los siguientes modelos:

El modelo de la transferencia o de imputación individual de un fenómeno colectivo considera que la sanción de los miembros de la organización criminal no debe tener en cuenta la existencia de una institución criminal. Esto es así porque este modelo considera que la mera existencia de una organización con fines criminales ya supone por sí misma un el peligro para la paz y seguridad públicas. Es decir, según este modelo, constituye una infracción autónoma la asunción estable de un rol o competencia, es decir, se castigaría así a los sujetos por un delito de pertenencia en sentido estricto. Y una vez desmantelada la organización, se produce una transferencia de responsabilidad a cada uno de los integrantes, imputando de forma individualizada un hecho colectivo, de manera que sólo entonces se tiene en cuenta en el fundamento de la sanción de los miembros la existencia de la organización.

A través de este modelo de atribución de responsabilidad, a cada uno de los miembros se les responsabiliza de ese “peligro para la paz pública” que es la organización, aunque cada uno de los miembros por separado no constituya dicho peligro para la paz ni tampoco tenga el dominio de dicho fenómeno organizativo.

Este modelo no exige una participación activa, sino que considera que la condición de miembro se adquiere simplemente con declararse dispuesto a intervenir en los delitos-fin que pretende llevar a cabo la organización. Es este modelo el que defendería que es posible la incriminación de aquellos miembros que lo son únicamente en sentido formal.

Un ejemplo de este modelo de atribución de responsabilidad fue el aplicado en la STS 289/2014 de 8 de abril, la cual consideró que la mera existencia de un grupo criminal

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertenencia o intervención? del delito de "pertenencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"*, cit., p.1085.

posee un desvalor autónomo por sí misma, al margen de los delitos cometidos por los sujetos a nivel individual³⁸.

El modelo de responsabilidad por el hecho propio del miembro o colaborador hace responsable al miembro de su propio comportamiento, sin que se les transfiera responsabilidad por la peligrosidad de la organización. Moccia defiende este modelo ya que considera que, en virtud del mismo, quedan fuera del ámbito de lo punible aquellas conductas que consisten simplemente en estar a disposición de la organización, como es, por ejemplo, declarar estar dispuesto a cometer cualquier delito que permita a la organización empoderarse, y que no se concretan en un favorecimiento del hecho delictivo concreto. Es decir, los miembros formales no se castigarían si se siguiera este modelo³⁹.

En realidad, el modelo que nos permite hacer una diferenciación taxativa entre miembro y colaborador externo es el modelo de transferencia de responsabilidad: según Aleo, los miembros de la organización mantienen una relación estable con la organización. En el caso de los colaboradores externos, son sus efectos los que poseen un carácter estable⁴⁰.

³⁸ STS 289/2014 de 8 de abril: «Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal».

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertinencia o intervención? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"*, cit., p.1088.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertinencia o intervención? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"*, cit., p.1088.

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

La tipificación de sendas figuras nace con un objetivo común: lidiar con la criminalidad organizada, el cual ha sido un fenómeno que ha existido siempre a lo largo de la historia bajo formas diversas, pero con los mismos objetivos: mafias, bandolero, etc. Pero el punto álgido de las mismas llega con el siglo XX, en el cual se produce avances la liberalización de la economía, al desarrollo de las comunicaciones y de las tecnologías, y el desarrollo de movimientos ideológicos o sociales que surgen a raíz de estas circunstancias⁴¹.

Ambas figuras pasan a tipificarse en nuestro CP con la reforma acaecida en el año 2010, fruto de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (la “Convención de Palermo”), y de la adopción de la Decisión Marco 2008/841 del Consejo, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (que sustituyó a la Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva) que obligó a incorporar en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea el delito de participación en organización delictiva, como respuesta a la necesidad de buscar medidas represivas a este fenómeno en auge⁴².

Previamente, debe realizarse una distinción entre los matices que rodean a los grupos y a las organizaciones criminales, porque son un tanto distintos. Mientras las organizaciones criminales requieren los elementos vistos con anterioridad, el grupo criminal, tipificado en el art. 570 ter 1 in fine CP, solo requiere dos elementos:

1º) Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas.

2º) Finalidad criminal: que tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

⁴¹ RUIZ BOSCH, S.: *Organizaciones y grupos criminales*, cit.

⁴² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva*, cit., p.523.

Ostenta por tanto una estructura menos compleja que la exigida para que se dé una organización criminal. La diferencia entre ambos estriba en elementos fundamentales: la existencia de una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido. Si falta uno de esos dos elementos, o ambos, nos encontraremos ante un grupo criminal⁴³. Así se señala en la STS 576/2014, de 18 de julio, que los elementos que unen a estas dos realidades es: *«la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente»*.

Además, esta misma sentencia señaló lo siguiente: *«[...] Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra uno solo. De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión»*.

Es necesario señalar cómo catalogaba la jurisprudencia, con anterioridad a la reforma, la delincuencia organizada. Los requisitos eran mucho más laxos, el CP ni siquiera hacía mención a los grupos criminales de manera que *«[...] Al referirse a la exigencia de una estructura más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, y al hacer mención de un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles, se flexibilizaba la exigencia de estos requisitos, de modo que se hacía posible incluir en el concepto [...] las agrupaciones de carácter transitorio. La regulación actual de la organización criminal exige que la agrupación sea estable o de carácter indefinido, lo que excluye los supuestos de transitoriedad, que habrían de incluirse, en su caso, en la figura del grupo criminal»⁴⁴*.

⁴³ RUIZ BOSCH, S.: *Organizaciones y grupos criminales*, cit.

La STS 371/2014 de 7 de mayo señala que esto es coherente con las normas contenidas en la Convención de Palermo: en concreto, el artículo 2 de la citada Convención ofrece las siguientes definiciones:

- en el apartado a), se entiende por "grupo delictivo organizado" [lo que sería en nuestro ordenamiento una organización] un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
- y en el apartado c) se entenderá por "grupo estructurado" [lo que en nuestro ordenamiento sería un grupo] un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Una segunda diferencia que podemos encontrar entre ambas modalidades de crimen organizado reside en la penalidad. Y es que, a diferencia de la organización criminal, en los grupos criminales no se distingue entre promotores, coordinadores y demás partícipes del grupo criminal. El precepto solamente prevé una penalidad única para quienes adoptaran una conducta de constitución, financiación o integración, distinguiendo, eso sí, la gravedad de los delitos perseguido⁴⁵.

En la STS 855/2013 de 11 de Noviembre se señala la finalidad con la que el legislador incorporó en la reforma estas figuras:

«1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean

⁴⁵ LUZÓN CANOVAS, M.: [En línea] *La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales*. Disponible en: [«http://www.elderecho.com/tribuna/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html»](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html). (Fecha de consulta: 25 de abril de 2018).

económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis.

2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter».

Ahora bien, ¿cuál sería la línea que separa la mera codelincuencia de un grupo perfectamente organizado para cometer actos delictivos? Al respecto, la STS 56/2014 de 6 de febrero señaló la diferencia:

«Esta distinción entre coautoría y permanencia a organización criminal resulta complicada, ya que los límites son borrosos [...]. Es claro que todo coautor tiene en común con el integrante de una organización criminal que comparte el fin, que efectúa aportes relevantes para su consecución, que por tanto el dolo es, idéntico al del integrante». Hasta aquí se observa que el elemento común es el elemento subjetivo.

Sigue diciendo la Sala: *«pero se diferencia en que no está integrado en la red, no forma parte de la organización ni tiene un lugar en la misma [...]. Puede decirse que el integrante en toda organización criminal colabora al fin de la misma por lo que es integrante como un aliud a su condición de coautor, ahora bien, el argumento expuesto no es reversible, es decir, todo coautor, por serlo no es necesariamente un miembro de la organización».* Es decir, una persona que integra la organización, en el momento de cometer un delito en el seno de la misma, ya actúa a título de coautor. Sin embargo, no todo coautor es integrante necesariamente, porque puede tratarse de una ayuda externa. En el caso concreto, se determinó la existencia de organización y no de mera codelincuencia porque la Sala consideró que hubo un aprovechamiento de las distintas energías para el desarrollo y logro de un fin común.

La Fiscalía General del Estado ha determinado que si se dan los siguientes criterios no puede hablarse de un supuesto de mera codelincuencia, sino que estamos ante un colectivo más complejo⁴⁶:

⁴⁶ Circular 2/2011, cit., p.25.

- 1- El acuerdo de voluntades dirigido al desarrollo de un plan delictivo, con anticipación temporal, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la ocasional consorciabilidad para el delito.
- 2- La trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan.
- 3- La distribución de tareas a desarrollar.
- 4- La existencia de una mínima estructura criminal, coordinada perfectamente para el desarrollo de la actividad criminal programada.
- 5- El empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

6. DIFERENCIACIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE LA PARTICIPACIÓN ACTIVA Y LA MERA INTEGRACIÓN EN UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

6.1. CONCEPTO DE PERTENENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

En Derecho penal comparado, las legislaciones contemplan la simple pertenencia a una organización criminal, o bien como una circunstancia agravante, o bien, como una figura delictiva específica⁴⁷.

La opción más extendida en los diferentes Derechos positivos ha sido la segunda, la cual ha supuesto por sí misma la revitalización de la figura de las asociaciones ilícitas⁴⁸. De forma asidua se discute el contenido del concepto de pertenencia o integración, y la respuesta más generalizada considera que estamos ante un «tipo de adhesión informal o de mero apoyo»⁴⁹.

⁴⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites, cit., pp. 85-123.

⁴⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites, cit., pp. 85-123.

En el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, se determinó que la pertenencia a la asociación requiere, al menos, la financiación o la adhesión a una estructura estable, corroborada por algún hecho material, y remitiendo al concepto de participación activa los comportamientos de apoyo externo a la asociación⁵⁰. Este punto es relevante ya que la financiación en sí misma constituye una conducta activa y este Congreso la consideró constitutiva de un delito de integración, cuando en nuestro precepto se castiga de forma separada a quien “formare parte” y a quien “cooperare económicamente” con la misma.

6.2. DOCTRINA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ¿SE CASTIGA REALMENTE LA MERA INTEGRACIÓN?

En Derecho Penal español, las bandas y organizaciones criminales constituyen subtipos de las asociaciones ilícitas recogidas por el artículo 515 CP. Estas comprenden, entre muchas otras: las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, etc.

Es por ello, que a pesar de que el análisis parece centrarse exclusivamente en las organizaciones y grupos criminales, las respuestas ofrecidas por la jurisprudencia en torno a las organizaciones terroristas, asociaciones ilícitas y similares fenómenos organizativos, son plenamente extrapolables a los arts.570 bis y ter CP.

A continuación, trataremos de realizar un análisis jurisprudencial sobre la punibilidad material de la mera integración. En palabras del profesor Boldova: «lo que se pretende es, a través de una investigación en la opinión jurisprudencial, determinar si realmente la voluntad de la ley, que era en principio castigar a los integrantes pasivos, se ha colmado en la jurisprudencia española: cuál es el tratamiento que la jurisprudencia da a esa voluntad».

Quizás, la voluntad del legislador ha sido la tipificación de estas conductas para lograr, según Jakobs, una «optimización de los intereses de protección de bienes a costa de la libertad individual, que redundaría en que en realidad se castigara a autores peligrosos y no hechos peligrosos»⁵¹.

Nos encontramos ante tipos penales que sancionan “la participación pasiva” de una organización criminal, en paralelo a la sanción de los llamados “delitos fin”. En concreto, para las organizaciones se prevé la posibilidad de imputar al sujeto que: «[...] *participare activamente en la organización, formare parte de ella* [...]»⁵². En relación con los grupos, se castiga a «quienes integren»⁵³ el mismo. En estos preceptos del CP no se tipifica una conducta activa, sino que lo que se pretende es castigar una participación pasiva en la organización o grupo, en definitiva, una conducta omisiva. El legislador lo que pretende en este sentido es imputar un delito del 570 bis o ter simplemente por ostentar una condición de miembro, sin haber adoptado una conducta activa en el seno de la misma que podamos enmarcar en el plano de la antijuridicidad.

Lo que se castiga es la integración, siempre que el sujeto sea consciente de que dicha organización o grupo tiene por finalidad y objeto la comisión de delitos⁵⁴. A pesar de esa tipificación, Silva Sánchez adopta una posición más crítica, siendo, partidario de que la participación pasiva no dé lugar a responsabilidad. Considera que sólo mediante la realización de algún tipo de aportación activa y no mediante la mera adhesión a la organización, el miembro de la organización pone en cuestión la paz pública.

Silva Sánchez categoriza estas conductas como un delito de status, los cuales no consisten en conducta alguna, sino en «la posesión de un determinado status social»⁵⁵.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: ¿Pertenencia o intervención? del delito de "*pertenencia a una organización criminal*" a la figura de la "*participación a través de delito*", cit., p.1088.

⁵² Art.570 bis 2 CP.

⁵³ Art.570 ter 1 CP.

⁵⁴ FARALDO CABANA, P., Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p.271.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: ¿Pertenencia o intervención? del delito de "*pertenencia a una organización criminal*" a la figura de la "*participación a través de delito*", cit., p.1088.

Respecto a esta cuestión, Luzón Cánovas, señaló que estos delitos tienen un carácter permanente, lo cual indica que el delito subsistirá siempre que la voluntad del autor consienta dicha adscripción, siendo innecesario que el tipo exija una actividad determinada. Adopta por tanto una postura contraria, aunque matiza que, no obstante, no es suficiente con esa voluntad de pertenencia o integración a la organización o grupo, sino que, como requisito de esa pertenencia a una organización o grupo criminal, es necesario un elemento material u objetivo consistente en la realización o posibilidad de llevar a cabo actividades para la misma que contribuyan a alcanzar la finalidad que persigue⁵⁶. Bajo su punto de vista, la intención, el elemento volitivo, o, en síntesis, sentirse uno más de la organización o grupo no es suficiente. Y digo que no es suficiente porque no colma las exigencias, ya que sería necesario realizar una conducta con significado delictivo en el seno de la misma, o al menos que exista la mera posibilidad fáctica de llevarla a cabo, estando dispuesto a cometer las conductas delictivas por mor de la organización. Esto es un matiz importante porque para ella basta con que exista esa “disposición a” para que se dé ese “formar parte”. A su favor, Méndez Rodríguez mantiene la opinión de que ser miembro requiere «estar integrado en su estructura y contribuir, aunque sea de forma contingente a su mantenimiento compartiendo su objetivo y finalidad»⁵⁷. Algo contingente es aquello que puede o no suceder, y por lo tanto ella considera que basta con estar a disposición para actuar. Bajo esta perspectiva, se castiga a quien ha adoptado una convicción de ponerse al servicio de la organización, pero sin haberse llegado a materializar ese deseo.

La Fiscalía General del Estado, en la Circular 2/2011 considera que es posible la aplicación de la doctrina elaborada para las organizaciones terroristas al delito de pertenencia a organización o grupo. Así, determina que: «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»⁵⁸. La Fiscalía adopta una postura

⁵⁶ LUZÓN CANOVAS, M.: *La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales*, cit.

⁵⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva*, cit., p.527.

⁵⁸ Circular 2/2011, cit., p.15.

distinta a la de María Luzón Cánovas, ya que, desde esta perspectiva, no se reúne la condición de integrante con ese mero “estar a disposición” sino que se hace necesaria una conducta activa del miembro.

Me parece relevante señalar que, desde la introducción de estos tipos en el año 2010, son numerosos los casos en que la jurisprudencia española confunde los términos “integrante” y “miembro activo”, hasta tal punto que los considera sinónimos, y se hace bastante complejo encontrar sentencias que castiguen a un mero integrante. Muchas veces nos encontramos con que, aunque este término en realidad tenga connotaciones pasivas, se le imputa como tal por sus conductas activas.

Así lo explica la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2011 al citar la STS 209/2010 de 31 de marzo, que, en relación con la doctrina de las organizaciones terroristas, señala: «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».

Esta confusión se ve reflejada en la STS 157/2012 de 7 de marzo: *«en principio, obtenida la calificación como terrorista de la organización de referencia, lo acertado es la atribución automática de integrante para todos aquellos que, cumpliendo las exigencias de conocimiento de los fines, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que sea su cometido personal concreto con un designio terrorista, merecería, evidentemente, la denominación de "integrante" y la sanción penal*

correspondiente por ello». La Sala exige una conducta activa para atribuir a una persona la condición de miembro.

Centrándonos en la punibilidad de los integrantes pasivos, la línea jurisprudencial es un tanto turbia al respecto. La cuestión a estudiar es, en palabras del profesor Boldova, «si realmente se castiga en la práctica la integración simbólica y de la que quepa esperar en abstracto una aportación en el futuro, más allá de las teorías hipotéticas planteadas por la doctrina». ¿Realmente responden penalmente aquellas personas que, sin llegar a realizar una aportación personal y activa, favoreciendo la peligrosidad criminal y la perturbación de la paz pública, están afiliados a la misma o han realizado simplemente un rito de integración en la organización?

No vamos a centrarnos en si la jurisprudencia expuesta se llegó a castigar al mero integrante por el hecho de serlo, ya que analizadas las sentencias no ha sido posible encontrar a un sujeto que llevara a cabo una mera conducta pasiva. Lo que se va a analizar es, cuál es la orientación seguida en cada caso por la jurisprudencia. Es decir, teniendo en cuenta la opinión de los tribunales concretos, cómo se hubiera orientado el fallo dada la hipotética existencia de un mero integrante.

La primera respuesta jurisprudencial a analizar es la que encontramos en la STS 977/2012 de 30 de octubre: «*quien se integra en la organización y es aceptado como tal y muestra su disposición a asumir cualquier tarea que le sea encomendada relacionada con esos fines terroristas, colma las exigencias típicas, aunque su detención se produzca antes de que haya llevado a cabo actuación alguna. La conducta típica es la militancia activa. Las aportaciones concretas a la organización no forman parte de la tipicidad, aunque sí son la manifestación, la prueba, de que esa pertenencia no se detenía en una afiliación pasiva*». Se observa una negativa a castigar a aquellas personas que, perteneciendo a la organización, hayan tenido una posición pasiva. Hace falta algo más que el hecho de haberse integrado con la finalidad de delinquir. El TS matiza: «*El delito consiste en la pertenencia activa, militante, en la organización SEGI. La simple pertenencia no es delictiva; sí, la adscripción activa. Cuando las acusaciones atribuyen a los acusados esa pertenencia activa (lo que expresan también con la afirmación de su implicación en actos de lucha callejera); y al desarrollarse la prueba en el acto del juicio oral aparecen elementos fácticos aportados por la acusación que vienen a dar contenido a esa condición (militancia y no mera afiliación)*». La peligrosidad hipotética no se

castiga en esta sentencia. Y, por tanto, la mera integración no se castigaría siguiendo esta línea. Aquí el Tribunal Supremo exige una conducta de hacer, no basta pertenecer de forma simbólica, teniendo una conducta omisiva. Debe quedar constatado su aportación a la organización con hechos para que se dé el tipo.

A continuación, la STS 230/2013 del 27 de febrero mantiene la misma postura. Se trata de una sentencia en la que se castiga por un delito de pertenencia a asociación ilícita: *«Si en relación a una banda armada u organización terrorista no enmascarada, no es concebible una "integración inactiva", en otras organizaciones que pueden merecer igual catalogación, sí que cabría imaginar una suerte de militancia "pasiva". Eso es lo que late detrás de la distinción efectuada en el art. 517.2º. Convencionalmente podría denominarse a los primeros "militantes" y a los segundos simples "afiliados". En el caso de organizaciones terroristas no efectúa el Código esa diferenciación [...]. Si, la pertenencia inactiva es impensable en una banda armada, sí que es factible en las organizaciones a que se está aludiendo. Una exégesis correcta impone introducir ese criterio interpretativo que excluya de la sanción penal la mera adscripción "formal", un simple "estar" sin "actuar" ni "empujar". Eso ha llevado a la Sala de instancia con toda corrección a absolver a algunos de los procesados cuya pertenencia a SEGI se declara probada, pero sin aditamentos de acciones de colaboración más allá de la mera integración»*. En esta sentencia se recuerda el fallo relativo a la organización terrorista SEGI, la cual ha sido tratada en la anterior sentencia. En definitiva, los meros integrantes no son castigados en las organizaciones terroristas.

Y sigue diciendo: *«Basta un "estar a disposición", un alistamiento con voluntad de colaborar activamente» en relación con la asociación ilícita. A pesar de la inicial negativa a castigar una pertenencia pasiva que quede extramuros del tipo penal, la sala del TS aporta la siguiente idea: «Pero idealmente sería sancionable penalmente la adscripción a SEGI por alguien que, conociendo su naturaleza terrorista, se pone a disposición para ejecutar las acciones que puedan encomendársele tendentes a alcanzar sus fines., la probanza discurrirá por deducción de las aportaciones realizadas»*. Considero que aquí el TS se cuestiona el por qué se ve tan fácil una militancia inactiva como forma de participación punible en las asociaciones ilícitas y en cambio para las bandas y grupos esa posibilidad parece desechada cuando estamos hablando de un mismo injusto específico: pertenencia sin más. Esta es, quizás, de las pocas sentencias en las que se castigaría la mera integración simbólica.

La siguiente vertiente jurisprudencial a la que aludiremos es la STS 290/2010 de 31 de marzo: «*En definitiva la pertenencia, dice la STS. 541/2007 de 14.6, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma [...]. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista*».

En este caso la jurisprudencia no confunde el término integrante con miembro activo, otorgándole una conducta omisiva. Pero esta conducta omisiva exige ese característico estar a disposición de la organización. La mera integración puede ser castigada como tal, como injusto aislado según el TS. A pesar de que en esta sentencia la Sala aboga por un castigo del mero formar parte, en la misma no se castiga a ninguno de los acusados por ser simplemente integrantes, sino que todos ellos realizan concretas atribuciones (acudir a reuniones, realización de llamadas telefónicas para organizarse entre ellos). Es decir, son participantes activos porque su responsabilidad individual va más allá de una integración simbólica.

Aun manteniendo esta postura, la Sala recuerda: «*[...]deben matizar ese concepto de "integrante", a fin de huir de ilógicas e injustas exacerbaciones, restringiéndolo a quienes, bien por ocupar ciertas posiciones dentro de la organización instrumentada o por la constancia de su conocimiento de la contribución y sometimiento a los dirigentes de la plural actividad terrorista, así como la participación en la obediente ejecución y control de las instrucciones recibidas, permita atribuirles tan grave responsabilidad con el protagonismo criminal de verdaderos miembros integrantes del "movimiento" terrorista (vid. art. 2 Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de Junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo)*». En este punto la sala parece asemejar la mera integración con una conducta un tanto activa, al señalar hacer referencia al concepto de ejecución de las instrucciones recibidas, lo que ya no sería simplemente una conducta omisiva.

Aunque a pesar de existir una dicotomía sobre esta cuestión, lo más generalizado es pensar que si no se da una militancia activa, algún tipo de intervención fáctica, no podemos hablar de pertenencia, hemos encontrado que en la STS 5204/2014 del 2 de diciembre: *«Un aspirante obtiene la pertenencia a la Red Ansar Al Mujahideen Tras mostrar su compromiso con la yihad y la organización, a propuesta de uno de los miembros más veteranos (también llamados "pioneros") que lo avale. La admisión se decide en un Consejo Consultivo de los miembros de la Red. El aspirante se convierte en miembro tras formalizar un juramento de fidelidad a la yihad y a la red a la que quiere pertenecer»*. En este caso, no se requiere llevar a cabo la comisión de una conducta antijurídica para ser integrante de una organización, sino que basta con someterse a un rito de iniciación a la misma. A partir de ese momento el sujeto ya se considera integrante. Otra cosa es que en este caso se castigue o no esa militancia pasiva o mera integración, cuestión que desconocemos ya que los acusados no se limitaron a realizar ese acto de iniciación, yendo más allá, luchando por lograr los fines últimos de la organización, perpetrando para ello conductas activas.

Como aportación personal, junto con la colaboración del profesor Boldova, se plantea un caso hipotético que pretende ejemplificar qué tipo de conducta puede materializarse la mera integración. Teniendo en cuenta las cuestiones analizadas, podría tratarse del siguiente supuesto: un sujeto coopera económicamente, en el año 2010 con la organización X, aportando un capital de 5.000. Únicamente realiza dicha acción, pero el tipo sólo exige una “cooperación económica” para apreciar el delito de pertenencia a una organización. Así las cosas, transcurren 20 años, y dicha persona no vuelve a realizar ninguna conducta activa en la organización, prescribiendo su delito, aunque él se sigue considerando miembro de la misma, porque comparte sus ideales. Entonces, si pasados 20 años se desmantela la organización ¿dicho sujeto sería castigado como mero integrante de la misma? Si tomamos en consideración la opinión de la Fiscalía General del Estado respecto a la doctrina de las organizaciones terroristas, la respuesta sería que no porque se debe apreciar una participación activa para darse esa condición de miembro. Recalco aquí la confusión de los términos que se produce en la práctica. Esta es la opinión que comparte también Silva Sánchez. Visto desde la perspectiva de Méndez Rodríguez y Luzón Cánovas, la conducta de este sujeto sería punible pero siempre que apreciáramos una aportación contingente. Es decir, tendría que probarse que, pese a su inactividad, el sujeto permanece a disposición de la organización para recibir órdenes y acatarlas.

Como conclusión a este apartado tan complejo, y poniendo en relación lo expuesto en epígrafes anteriores, la postura ofrecida por Silva Sánchez, y la que más se asemeja con la opinión jurisprudencial, se adapta al modelo de responsabilidad por el hecho propio, el cual excluye la punibilidad de conductas pasivas.

En cambio, Méndez Rodríguez y Luzón Cánovas, apostarían más por un modelo de transferencia, en el que basta una simple conducta pasiva, eso sí, que muestre un estar a disposición por parte del integrante, para incriminar aisladamente, por esa contribución, a un miembro que solo lo es a nivel formal.

6.3. LA CONDUCTA NEUTRAL EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN

No debemos confundir la mera integración con aquella persona que adopta una conducta neutral en el seno de una organización. Véase por ejemplo aquel cocinero que se dedica a preparar sus menús en un local donde se reúnen un grupo de personas, las cuales se dedican a planificar la exportación de drogas.

Si bien el cocinero es integrante de la misma dada su permanencia en ella, su conducta será neutral, en relación a la orientación delictiva de los demás integrantes que se dedican a concertar planes de tráfico de estupefacientes.

En este sentido, la STS. 823/2012 de 30 de octubre, considera que por actos neutrales pueden entenderse actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo. No son actos típicos de ningún delito. En general la opinión mayoritaria se inclina por el criterio objetivo para diferenciar los actos neutrales de los que no lo son, entendiendo que no son actos neutrales los que conducen inequívocamente a la consecución de un delito.

Un ejemplo de este tipo de conductas se da en la STS 487/2014 de 9 de junio en la que uno de los integrantes de la organización trata de recurrir su imputación alegando que su conducta era neutral, ya que se ceñía simplemente a realizar su profesión como banquero, careciendo de atipicidad su comportamiento: *«[...] La defensa entiende que la conducta del recurrente ha de calificarse de acción neutral y, por tanto, atípica. Sin*

embargo, la sala mantiene que la forma en que desempeñó el recurrente su profesión de empleado de banca, y dentro de ella su labor de asesoramiento financiero, es claro que no tenía las connotaciones de un ejercicio de una acción neutral, sino que todos los factores que la rodeaban le otorgaban las condiciones prototípicas de una conducta delictiva».

En dicho supuesto de hecho, el procedimiento seguido por el acusado en su trabajo profesional estaba impregnado de todas las connotaciones de opacidad y oscurantismo propias de una conducta ilegal, presentando así un áurea de ilicitud que poco tiene que ver con el ejercicio neutral de una profesión, pues todo apunta de forma patente en la línea de una conducta con un sentido punible que excluía de plano la adecuación social de su proceder por ajustarse al desempeño legítimo de la labor bancaria. La alegación de la atipicidad de la conducta del recurrente por su supuesta naturaleza neutral está totalmente fuera de lugar, tanto por el contexto en que se realizó, como por el conocimiento que tenía del mismo, como, en definitiva, por la forma en que la llevó a cabo.

7. CONCLUSIONES:

En síntesis, la problemática en torno a la delimitación del concepto de delincuencia organizada no es un tema menor.

En la actualidad, los márgenes de maniobra a nivel estatal para luchar contra la criminalidad organizada se están quedando obsoletos, y por ello hay una necesidad floreciente de adaptar medidas a nivel internacional. Ello es así porque hay un generalizado estado de crisis en todos los Estados. Las instituciones se han puesto a trabajar a todos los niveles, internacional, europeo y nacional, para lograr ofrecer una definición óptima de delincuencia organizada que permita que todos los Estados puedan reprimir estas conductas. El Estado español, concretamente, es más laxo en los requisitos, no siendo necesario que las conductas delictivas llevadas a cabo en el seno de una organización estén enmarcadas en la modalidad de delitos graves. Ello ofrece una protección más amplia.

Esto es lo que provocó que en el año 2010 el legislador introdujera nuevas reformas

orientadas sobre todo a la delincuencia organizada. La globalización ha provocado la aparición de organizaciones que son ingobernables, tratando de imponer su ley y sometiendo a la población. Sus formas de actuación son diversas, y, en conclusión, podemos encontrar dos tipos de miembros como somos los dirigentes y los meros partícipes, quedando fuera los meros colaboradores.

Además, independientemente del rol adoptado, podemos diferenciar entre una conducta activa o pasiva en el seno de la misma, aunque también podemos diferenciar una simple conducta neutral, que no posee un carácter delictivo pero que se enmarca dentro de la organización.

Respecto a los modelos de atribución de responsabilidad a los miembros, el modelo de responsabilidad por el hecho propio encajaría más con la respuesta ofrecida por la jurisprudencia, y es que se requiere una conducta mínimamente activa por parte del integrante, que vaya más allá del estar a disposición de la organización, para considerar que dicha conducta por sí misma supone una alteración de la paz pública.

Es la delimitación entre las conductas activas y pasivas la cuestión en la que más se ha pretendido centrar la exposición.

De hecho, ni siquiera la jurisprudencia se ha puesto de acuerdo con una posición unánime, aunque, si ha de resumirse esta cuestión en pocas palabras, podríamos decir que los participantes pasivos en una organización de tal calado no deberían responder penalmente. Para plantearse la punibilidad, doctrina y jurisprudencia se ponen de acuerdo en que hace falta un punto más, el cual va desde la mera disponibilidad a la realización de conductas activas para darse el tipo. Es en esto último donde más dicotomías se dan.

Cuando una persona pasa a ser miembro de una organización con ese tipo de finalidades, no es una afiliación meramente neutral, como la que pueda ser a un club deportivo. Esto es así porque dicha afiliación tiene una finalidad delictiva, la conducta no es antijurídica en sí misma, pero la ideología terrorista o criminal se materializa en la posibilidad de cometer en el futuro delitos acordes a sus propósitos. No es una cooperación psíquica. Es decir, un mero integrante pasa de ser un ciudadano de a pie, a pasar a ser un sujeto hipotéticamente peligroso. Es hipotético porque no se han llegado a materializar sus conductas, pero acorde con la opinión de que debe haber una disponibilidad por parte de dicho sujeto, pueden llegar a darse.

Esta es la única razón que resulta razonable para que el legislador haya decidido integrar en estos preceptos las conductas de mera participación de forma autónoma.

Sin embargo, siguiendo la opinión doctrinal de Silva Sánchez, considero que no debería castigarse una conducta meramente inactiva. El legislador ha tratado de tipificar todos los posibles supuestos de participación que pueden darse en estas estructuras para no dejar laguna alguna y asegurarse de que todos los participantes tengan la responsabilidad que les corresponda. Pero, a mi parecer, es una extralimitación en su actuar, ya que la simple integración pasiva en sí misma no demuestra una actuación clara de su pertenencia. El miembro pasivo en este sentido omite cualquier tipo de conducta antijurídica, y por tanto no se dan elementos mínimos de favorecimiento de los fines criminales. Pero por otro lado también pienso que es una respuesta a la necesidad internacional de fortalecer los mecanismos de represión de estas formas de delincuencia.

En esencia, el legislador debería rechazar la incriminación de la pertenencia pasiva. Además, considero que el tipo tiene poca aplicación práctica, ya que todas las sentencias analizadas castigaban conductas activas, ya sean de inducción, de traslado de alijos de droga, o de transmisión de órdenes. Es decir, en la práctica, todos los procesados aportaban una mayor peligrosidad criminal a la organización con sus conductas activas. Nunca se daban meros afiliados, por distinguirlos de alguna manera.

Por otro lado, también considero que, dada esta situación de extralimitación por parte del legislador, no debería procederse a la eliminación del concepto de formar parte en las organizaciones y grupos y en organizaciones terroristas, ya que siempre puede tener una finalidad de cajón de sastre o cláusula de cierre, e intentar subsumir una conducta para lo que no se prevé punición en dicho concepto por analogía. Lo más razonable a mi juicio sería tener en cuenta el principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones de los participantes, de tal manera que una persona que simplemente forma parte debería obtener una sanción proporcional a su aportación en el grupo, sin tener en cuenta las actuaciones llevadas a cabo por la organización en general, sino simplemente apuntando a su culpabilidad particular. Dado que la culpabilidad de una persona que simplemente se limita a “estar” es mucho menor que el de una persona que lleva a cabo una repetición continuada de actos que constituyen una aportación institucionalizada en la organización, debería procederse a una rebaja de la pena prevista.

Ya que en la conducta del miembro pasivo o integrante no se dan elementos de favorecimiento de hechos concretos, el grado de peligrosidad no es el mismo, y por tanto la sanción prevista no debe ser de la misma magnitud que una persona que se ha dedicado a adquirir armamento militar para la organización durante años.

Como reflexión final, durante la investigación llevada a cabo he observado el esfuerzo que se está llevando a cabo por tratar de alcanzar las fronteras de entendimiento de la criminalidad organizada. Pero se debe seguir trabajando por tratar de encontrar la manera de imponer verdaderas barreras infranqueables que defiendan nuestra paz social. Hay que encontrar la forma en que estas organizaciones sean vulnerables, para terminar con esta racha de criminalidad con efectos colaterales a nivel mundial.

8. BIBLIOGRAFÍA:

Obras impresas:

- Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma el CP por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp.1-37.
- Código Penal.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites*, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (Dir.) et al., Universidad de Sevilla, 2001, pp.85-123.
- FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p.271.
- GALLEGO SOLER, J., *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Editor J.M BOSH, Barcelona, 1999, pp.184 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *¿Pertinencia o intervención? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de delito"* en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp.1069-1096.

Obras online:

- LUZÓN CANOVAS, M.: [En línea] *La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales*. Disponible en: «http://www.elderecho.com/tribuna/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html». (Fecha de consulta: 25 de abril de 2018).
- RUIZ BOSCH, S.: [En línea] *Organizaciones y grupos criminales*. Disponible en: «<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10446-organizaciones-y-grupos-criminales/>». (Fecha de consulta: 2 de mayo 2018).
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: [En línea] *Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial*, nº34, 2014, p.516.

Disponible en: www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2081/2205
(Fecha de consulta: 11 de mayo 2018).

- GARCÍA COLLANTES, A.: [En línea] Delimitación conceptual de la delincuencia organizada en Derecho y cambio social, nº37, 2014, pp.9-12. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4750893> (Fecha de consulta: 26 de abril).
- SANSÓ- RUBERT, D.: [En línea] *La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno*, nº 9, 2005. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76700905> (Fecha de consulta: 1 de mayo de 2018).

Jurisprudencia:

- STS 1182/2000, de 28 de junio.
- STS 808/2005, de 23 junio.
- STS 289/2011, de 11 abril.
- STS 337/2014, de 16 de abril.
- STS 1919/2001, de 26 de octubre.
- STS 437/2002, de 17 de junio.
- STS 576/2014, de 18 de julio.
- STS 371/2014, de 7 de mayo.
- STS 855/2013, de 11 de noviembre.
- STS 950/2013 de 5 de diciembre.
- STS 56/2014, de 6 de febrero.
- STS 157/2012, de 7 de marzo.
- STS 230/2013, de 27 de febrero.
- STS 290/2010, de 31 de marzo.
- STS 5204/2014, de 2 de diciembre.
- STS 823/2012 de 30 de octubre.
- STS 487/2014, de 9 de junio.