

FUNCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA
DELINQUIR: DESDE EL DERECHO PENAL POLÍTICO HASTA LA LUCHA
CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

M^a Isabel Sánchez García de Paz

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

FUNCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR: DESDE EL DERECHO PENAL POLÍTICO HASTA LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

*M. Isabel Sánchez García de Paz
Profesora Titular de Derecho penal.
Universidad de Valladolid.*

I. Introducción

1. El delito de asociación para delinquir o asociación criminal es en la actualidad una figura común en los Códigos Penales de los países de nuestro entorno jurídico. Por asociación criminal se entiende generalmente un grupo de personas –por encima de dos o tres– dotadas de una cierta estructura u organización y concertadas durante al menos un tiempo para la comisión de delitos. El tipo penal correspondiente contempla por lo común como conductas punibles la fundación o pertenencia, y a veces también la cooperación y propaganda de la asociación. En ocasiones se prevén modalidades agravadas, relativas a las asociaciones dirigidas a la comisión de delitos especialmente graves, o las asociaciones de finalidad terrorista, o las asociaciones criminales dotadas de una estructura más compleja y guiadas por fines económicos, con métodos mafiosos, que responden al concepto criminológico de “crimen organizado”.

La represión agravada de la criminalidad de grupo frente a aquella de carácter individual se encuentra prevista ya en los primeros códigos penales en el contexto de los delitos contra la seguridad o la paz pública; esto es, en la Parte especial de los mismos, coexistiendo generalmente con otras disposiciones relativas a la concertación criminal en la Parte General, como

lo es, por ejemplo, en nuestro Código Penal, la conducta de conspiración para delinquir (art. 17. 1 y 3). La tipificación de la asociación criminal tiene lugar en nuestro Derecho en el artículo 515 del Código Penal, junto con otras asociaciones de carácter ilícito que también son declaradas delito, como las de carácter paramilitar, o las que promuevan la discriminación por razón de ideología, religión, raza etc.¹. La asociación de finalidad criminal forma parte, pues, de la figura más amplia del delito de asociación ilícita. Básicamente la figura de la asociación criminal se contiene en el número 1º del citado artículo, relativo a las asociaciones “que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”. Pero también otros números del precepto hacen referencia a formas específicas de asociaciones dirigidas a la comisión de delitos, como el número 2º, relativo a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas², castigadas más gravemente (art. 516). Se castigan expresamente además las conductas de favorecimiento (art. 518) y las de provocación, conspiración y proposición para cometer el delito (art. 518). Estos preceptos se sitúan hoy, retomando la tradición del Código de 1870, bajo la rúbrica de los delitos contra la Constitución (Tít. XXI; Cap. IV, Secc. 1ª: delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución)³. Finalmente, el fenómeno de la comisión de delitos a través de una organización es captado en nuestro ordenamiento penal también mediante la previsión de circunstancias agravantes especiales en delitos como el blanqueo de capitales (art. 302), el fraude fiscal o a la Seguridad Social (arts. 305. 1. b) y 307. 1. b), el tráfico de drogas (arts. 369. 6º, 370 y 371. 2) y el depósito de armas o

¹ Sobre los orígenes históricos y la evolución de la figura en el Derecho español cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona 1978, pgs.15 ss.; sobre la figura cfr. pgs.120 ss.; también del mismo “El bien jurídico protegido en los delitos de asociaciones ilícitas y, particularmente, en la llamada asociación criminal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº6 1976, pgs.563 ss.; y Asociaciones ilícitas y terroristas (arts.172 a 176 CPe), en COBO DEL ROSAL (ed.) *Comentarios a la legislación penal T.II*, 1983, pgs.109 ss.; SERRANO GÓMEZ, A. “Criminología de las asociaciones ilícitas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, pgs.53 ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J. “La reforma del Código Penal de 19.7.1976, en materia de asociaciones ilícitas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1977, pgs.661 ss.; LORENZO SALGADO, J.M. “Algunos aspectos de la reforma del Código penal en materia de asociaciones ilícitas”, en *Estudios penales I*, Santiago de Compostela 1977, pgs.273 ss.; y, en relación a la figura actual, cfr. GUZMÁN DALBORA, J.L. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1998-2, pgs.153 ss.; y QUINTERO OLIVARES, M. “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRE OLIVE, J.C./ANARTE BORRALLA, E. (Eds.) *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva 1999, pgs.177 ss.

² La interpretación de los diferentes números del precepto (especialmente de los nºs.3 y 5) resulta en muchos puntos controvertida, cfr. al respecto TAMARIT SUMALLA, J.M. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.), QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/VALLE MUÑIZ/PRATS CANUT/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALVERO *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, art.515, pgs.2092 ss.

³ Mientras en el Código anterior al vigente se situaban entre los “Delitos contra la seguridad interior del Estado” (Tít.II).

explosivos (art. 569). La distinción entre la conspiración y la asociación ilícita en nuestro Derecho suele establecerse en atención al carácter coyuntural de la primera frente a la continuidad y el carácter organizativo de la segunda⁴.

En esta contribución que presentamos como homenaje al Profesor Dr. D. Marino Barbero Santos pretendemos realizar un análisis de la funcionalidad político-criminal del delito de asociación criminal. Para ello pondremos de manifiesto los diferentes cometidos que la figura ha cumplido a lo largo de la historia. Reducido progresivamente el empleo del delito de asociación criminal para la represión del enemigo político, que caracterizó la figura en los siglos pasados, cobra actualidad recientemente como instrumento primario para la captación del fenómeno criminológico del crimen organizado, motivo de preocupación político-criminal creciente. En nuestro país la permanencia e intensidad de las actividades de organizaciones terroristas determina, sin embargo, que esta forma de criminalidad siga siendo la principal zona de aplicación de la figura.

Por otra parte, el delito de asociación ilegal presenta interesantes problemas dogmáticos, derivados de su particular naturaleza: estamos ante un claro delito de preparación, ante una elevación a la categoría de delito de, a lo sumo, meros actos preparatorios de futuros e incluso indefinidos delitos⁵. Y, en la mayoría de los ordenamientos, también en el nuestro, de cualquier delito, lo que sitúa esta figura a caballo entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal. No en vano objeto de protección del tipo penal de asociación para delinquir lo son, para un sector de la doctrina, los bienes jurídicos protegidos a través de las figuras de la Parte Especial⁶. Respecto de los mismos la figura

⁴ Más ampliamente sobre la cuestión cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pgs.234 ss.

⁵ Cfr. al respecto GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pgs.169 y 170 s. con abundantes referencias bibliográficas sobre el carácter dominante de esta apreciación en la doctrina española (nota 31) e italiana (nota 37), si bien él se muestra contrario a la tesis de la naturaleza preparatoria del delito, cfr. pgs.172 ss.; en el ámbito alemán cfr. LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (&&129, 129 a StGB)*, München 1987, pg.153; RUDOLPHI, H.J. en RUDOLPHI, H.J./HORN, E./SAMSOM, E./GÜNTHER, H.L., *Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, T.II, 5ª y 6ª ed.*, Neuwied 1994, &129, nº2; ARZT, G./WEBER, U., *Strafrecht. Besonderer Teil, Lehrheft 5*, nº48; y OSTENDORF, H. *Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)*, T. III, Neuwied 1986, &129. nº1; austriaco, TRIFFTERER, O. (Hrsg.) *Strafgesetzbuch- Kommentar. System und Praxis*, 4ª Lieferung, Wien 1996, &278 a, nº10. Sobre los denominados “delitos de preparación” y la criminalización de actos preparatorios en general cfr. nuestro estudio SANCHEZ GARCIA DE PAZ, M.I. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Univ. de Valladolid, Valladolid 1999, pgs.57 ss.

⁶ Esta es la posición defendida originalmente por H.J. Rudolphi en “Verteidigerhandeln als Unterstützung einer krimineller oder terroristischen Vereinigung i.S. der &&129 und 129 a StGB”, en *Festschrift für H.-J. Bruns*, Köln 1978, pgs.315 ss. (317 s.) y otras contribuciones después reseñadas, y, aunque minoritaria en la doctrina, cuenta con cada vez más adhesiones. Esta teoría se ha denominado, en el contexto del análisis de este delito, como *Vorverlagerungstheorie* (teoría de la anticipación o del adelantamiento). Cfr. más ampliamente infra nota 108.

se presenta como un delito de peligro abstracto⁷. De este modo, se sitúa en la zona problemática de la criminalización de conductas previas a las que constituyen el Derecho Penal nuclear –conductas de lesión y puesta en peligro concreto de bienes jurídicos–⁸. Cumple decididamente funciones preventivas, en particular de prevención general⁹. En primer lugar, éstas vienen de la mano de su naturaleza, en tanto se castigan actos preparatorios de futuros delitos; pero también porque, como después pondremos de relieve, a menudo a esta figura se conectan competencias excepcionales de investigación preliminar en el ámbito del proceso penal, que inciden en derechos fundamentales como la libertad y la intimidad. Como de lo expuesto en esta breve introducción se infiere, la figura presenta numerosos puntos de fricción desde la perspectiva de los principios que definen el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho.

II. Origen y evolución histórica de la figura

II. A. La represión del delito político

Es precisamente la lucha contra la criminalidad de grupos y de masas, de particular peligrosidad frente a aquella individual, la que se encuentra en la raíz del nacimiento de la pena estatal, que deja atrás la venganza privada. Así ya en la Roma antigua el nacimiento del Derecho Penal como Derecho Público aparece unido a la reacción frente a este tipo de comportamientos en los que se aprecia su peligrosidad para el interés público y estatal¹⁰. Con el nacimiento del Estado moderno comienza también la represión penal de la mera asociación para delinquir en aras de la protección de la autoridad pública, y también, como interés

⁷ Cfr. en este sentido OSTENDORF, H. “Verteidigung am Scheideweg. Anmerkungen zum Groenewold-Urteil”, en *Juristenzeitung* 1979, pgs.252 ss. (253), y, del mismo autor, *Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)* III, op. cit., &129. n°5; ARZT, G./WEBER, U., *Strafrecht. BT 5*, op. cit., n°48; LENCKNER, T. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª ed. (a cargo de LENCKNER/CRAMER/ESER/STREE), München 1997, &129.n°1; v. BUBNOFF, E. en JESCHECK/RUSS/WILLMS (Hrsg.) *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (T. I-VIII)*, 11ª ed., Berlin 1992, &129. n°2; CRESPI, A./STELLA, F./ZUCCALA, G. *Commentario breve al Codice Penale*, Milano 1986, art.416, V. n°3 y 4, señalando que es doctrina dominante. Sobre la cuestión cfr. asimismo SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht, Schriftenreihe der Juristischen Gessellschaft zu Berlin*, Berlin 1985, pgs.21 s.; y ampliamente LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.209 ss. A propósito de la figura del Código Penal español, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, cit., pg. 184; GUZMAN DALBORA, J.L. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, cit., pgs.175 ss.

⁸ Cfr. nuestra contribución SANCHEZ GARCIA DE PAZ, M.I. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, op. cit., pgs.11 ss., 15 ss., 16.

⁹ Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pg. 30.

¹⁰ Cfr. LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.42, 80 s. y 240; sobre los precedentes históricos del delito de asociación criminal en los Derechos antiguos, en particular en el Derecho romano y germánico, cfr. pgs. 34 ss.

vinculado al anterior, de la protección del monopolio de la violencia por parte del Estado¹¹. Las amenazas al Estado proceden habitualmente de comportamientos criminales generados por grupos más o menos organizados, operando en secreto, y no de individuos, en forma de sublevaciones, revueltas, rebeliones etc. En la época de la Ilustración, al interés en la protección del Estado o de su autoridad se sobrepone el interés de la generalidad de poder vivir en paz, o incluso la “confianza” o “tranquilidad” de la población; el delito de asociación ilícita suele aparecer así bajo la rúbrica de los delitos contra la “paz pública”¹².

Los siglos XVIII y XIX se caracterizan en el ámbito europeo por su inestabilidad política. El hundimiento del Antiguo Régimen o, más precisamente, el tránsito de las monarquías absolutas características del mismo al Estado liberal de Derecho se produce mediante revoluciones violentas. Con frecuencia se alternan en el poder también por medios violentos regímenes liberales y absolutistas. Asistimos a un periodo de especial relevancia del Derecho Penal político, orientado a la represión de las actividades políticas que puedan poner en peligro la seguridad interior y exterior del Estado, en especial en las etapas conservadoras. Prueba de ello es que este capítulo de delitos encabeza la Parte Especial de los primeros Códigos Penales ahora elaborados y que muestra una clara tendencia expansiva y represiva. De este modo, la figura encuentra su acomodo dentro del denominado Derecho Penal político, esto es, de protección del Estado en sentido amplio. Se sitúa en el ámbito previo de delitos de lesión como la alta traición y la rebelión, figuras centrales de los delitos contra el Estado y cometidos por grupos generalmente (y casi necesariamente).

En la práctica, el Derecho Penal es utilizado por el poder en el Estado Policial característico de los periodos absolutistas como arma de eliminación del adversario político. Y dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado, la criminalización de asociaciones criminales y de otro tipo de asociaciones de tinte político adquiere importancia capital a estos fines¹³.

¹¹ Cfr. LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pg.240.

¹² Cfr. LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.66 ss. y 240. Así, por ejemplo, en los Códigos Penales españoles de 1848 y 1850, las asociaciones ilícitas se sitúan en el Título III relativo a los delitos contra la tranquilidad, la paz y la seguridad públicas.

¹³ Sobre el uso de esta figura (§129 StGB) para la represión de la oposición política en Alemania cfr. FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§129, 129 a StGB: Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorfeldlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Göttingen 1989, pg.37; LAU, S./MISCAU, A. “Normgenese, Zielsetzung und Rechtswirklichkeit des §129 (R)StGB und des §129 a StGB”, en *Politisches Strafrecht und politische Kriminalität, Kriminologisches Journal* 1991, pgs.65 ss. (66 s.) El §129 sirvió durante el periodo imperial para abrir procedimientos contra movimientos de trabajadores organizados y contra el entonces ilegal Partido Socialdemócrata (SPD); posteriormente, durante la República de Weimar, para criminalizar el trabajo solidario de la “ayuda roja”.

En el Código Penal español de 1822 aparecen ya distintas formas de asociación ilícita dentro de los Delitos contra la seguridad del Estado y contra la tranquilidad y el orden público (Tít. III). Los Códigos decimonónicos suelen referirse también a formas de asociación como las “facciones”, “sociedades secretas”¹⁴ etc.; en ocasiones normas especiales captan asociaciones de un determinado signo político, como las anarquistas, “colectivistas”, separatistas, masónicas o comunistas¹⁵. Junto a la represión de estas asociaciones orientadas a la acción política permanece siempre la que afecta a aquellas dedicadas a la criminalidad común, como las cuadrillas, bandas o asociaciones de malhechores (arts. 265 ss. del CPe francés de 1810; arts. 338 a 349 del CPe español de 1822)¹⁶; en realidad estas figuras constituyen el precedente de la específica forma de asociación ilícita que estudiamos, la asociación para delinquir¹⁷.

Esta orientación expansiva de la asociación punible hacia el ámbito de la actividad política continúa en décadas posteriores y en coyunturas diferentes. Es utilizada como medio de eliminación de la oposición política en los regímenes totalitarios europeos de entreguerras, así como en la dictadura franquista en nuestro país¹⁸. En el Código Penal español de 1944 se criminalizan, entre otras asociaciones declaradas ilícitas –como aquellas contrarias a la “moral pública” (art. 172)–, “los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional”, o que tengan por fin “atacar en cualquier forma la unidad de la nación española” o “promover y difundir actividades separatistas”, o “los partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley”, o “las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase” etc., junto a la figura tradicional de la asociación para delinquir (art. 173)¹⁹. Pero este uso del tipo penal como arma política también aparece profusamente en

¹⁴ Cfr., por ejemplo, el art.202 del Código Penal español de 1848 (y de 1850) (Dentro del Tít.III, relativo a los “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, se castigan las conspiraciones políticas, sociedades secretas y asociaciones ilícitas).

¹⁵ Con respecto al Derecho español cfr. ampliamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pgs. 18 ss. y 21 ss, 37, 42.

¹⁶ Con respecto al Derecho español cfr. ampliamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pgs.17 s., 23 s., donde califica al fenómeno de las bandas y cuadrillas de malhechores de “mal endémico de la época”; ofrece además amplias referencias a la legislación decimonónica sobre la materia. Cfr. asimismo BARBERO SANTOS, M. *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960*, Salamanca 1971.

¹⁷ Así JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Buenos Aires 1970, pg. 371. La figura de la “cuadrilla de malhechores” está presente ya en el Derecho Penal del Antiguo Régimen, de donde pasa a los primeros Códigos Penales.

¹⁸ Sobre el uso de tipo penal en este periodo cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Buenos Aires 1970, pg.372, donde se refiere a su empleo para prohibir las asociaciones nacionalistas, los partidos políticos y los sindicatos.

¹⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pgs. 46 ss.

los regímenes de los países occidentales democráticos posteriores a la segunda guerra mundial, en el contexto de la “guerra fría”, en particular en los años 50, para reprimir actividades de grupos comunistas²⁰.

II. B. La asociación terrorista

El auge de la actividad terrorista en Europa a finales de los años 60 y 70, generalmente ligada a grupos políticos de extrema izquierda, pero también en ocasiones de la extrema derecha, proporciona una nueva utilidad a la figura²¹. Aparece a partir de entonces por lo general complementada por tipos cualificados orientados particularmente a la organización terrorista. En nuestro país, la intensa violencia y la continuidad hasta el presente del terrorismo van acompañadas de sucesivas reformas legislativas en esta materia en los años 70 y 80, que se extienden también en el ámbito procesal penal²². En la actualidad, la pertenencia a una asociación terrorista aparece como tipo agravado de la asociación ilícita (junto con la banda armada) (cfr. el art. 516 en relación con el 515 CPe) y se complementa con el grupo de los delitos de terrorismo de la Sección 2ª (arts. 511 ss.) del Capítulo V del Título XXII (*Delitos contra el orden público*)²³. Tanto los delitos de terrorismo como las competencias excepcionales de investigación policial a ellos ligadas –el artículo 55. 2 de nuestra Constitución abre la puerta a la limitación excepcional de determinados derechos fundamentales por motivo de terrorismo²⁴– constituyen en muchos puntos materia sensible desde la perspectiva de los derechos fundamentales, lo que se traduce en ocasiones en fricciones con las normas constitucionales.

La figura agravada de la asociación terrorista –así como otras figuras típicas conectadas al fenómeno– suele permanecer en los Códigos contempo-

²⁰ Como describe FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129 a StGB...*, op. cit., pgs.29 ss.

²¹ Cfr. FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129 a StGB...*, op. cit., pg.37; y LAU, S./MISCAU, A. “Normgenese, Zielsetzung und Rechtswirklichkeit des § 129 (R)StGB und des § 129 a StGB”, op. cit., pgs.69 ss.

²² Como legislación antiterrorista previa a la citada época se califican, sucesivamente, las siguientes: en el periodo de la Restauración monárquica de Alfonso XII, la Ley 10.7.1894, de explosivos y la Ley 2.9.1896, de represión del anarquismo; durante la II República, la Ley 11.10.1934, sobre delitos cometidos por medio de explosivos; durante la dictadura franquista, el Decreto-Ley 18.4.1947 sobre bandidaje y terrorismo y el Decreto 21.9.1960 de rebelión militar y bandidaje y terrorismo. Durante el periodo indicado tienen el carácter de legislación antiterrorista las siguientes normas: el Decreto-ley 10/1975, de 26.8 sobre prevención del terrorismo (revisado por el Decreto-Ley 2/1976, de 18.2); ya en la etapa democrática, el Decreto-Ley 3/1977, 4.1 sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo, la Ley 56/1978, 28.12, la Ley 82/1978, 28.12 de reforma del Código Penal, el Real Decreto-Ley 26.1.79 sobre protección de la seguridad ciudadana, la Ley Orgánica 11/1980, 1.12, la Ley Orgánica 2/1981, 4.5 (llamada de Defensa de la Constitución), la Ley Orgánica 8/1984- Ley 9/1984, 26.12 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art.55.2 CE y las Leyes Orgánicas 3/1988 y 4/1988, ambas de 25.5, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respectivamente.

²³ Sobre el concepto de asociación terrorista en nuestro Derecho cfr. PRATS CANUT, M. en QUINTERO OLIVARES, M. (Dir.), *AA.VV. Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., art.571, pgs.2225 ss.

²⁴ Cfr. más ampliamente sobre estas posibilidades infra Apdo.VI.1 y nota 97.

ráneos con una utilidad ligada bien a movimientos nacionalistas secesionistas –como en España– o, más frecuentemente, a la actividad de grupos terroristas de procedencia extranjera, como el terrorismo de ideología islámica fundamentalista. También en países como Alemania o Estados Unidos a asociaciones de corte neonazi y ultraconservador. Encontramos este tipo cualificado, además de en nuestro Derecho, en el Derecho alemán (& 129 a StGB) y portugués (art. 288 CPe).

Pero es sobre todo el auge de la criminalidad organizada, desprovista ya de cualquier ideología política y guiada únicamente por criterios de maximización del beneficio económico, la que parece destinada a revitalizar el interés por el delito que estudiamos en los próximos años.

II. C. La lucha contra la criminalidad organizada

El crimen organizado, sin constituir un fenómeno nuevo, si experimenta un importante empuje en las sociedades actuales, donde presenta además generalmente un carácter internacional. En el ámbito penal sustantivo la reacción frente al crimen como empresa pasa por el tipo penal de la asociación para delinquir, preferentemente por tipos adaptados a sus peculiares características, que aparecen ya en algunos ordenamientos como Suiza, Austria y Estados Unidos, así como por la represión del blanqueo de ganancias procedentes de la comisión de delitos por el grupo²⁵.

La importancia relativa de la figura en la lucha contra el crimen organizado queda confirmada cuando observamos que Suiza, el único país de nuestro entorno que nunca había conocido este tipo penal, acaba de introducir el delito de organización criminal precisamente dentro del denominado “*Segundo paquete –de medidas legislativas– contra el crimen organizado*”²⁶. Importancia que acabamos de calificar de relativa, porque lo verdaderamente significativo desde un punto de vista penal material en las organizaciones criminales no lo es la mera fundación, pertenencia o sostenimiento de la asociación criminal, sino los delitos particulares cometidos a través de ella. Sin embargo, la prueba de éstos resulta en la práctica muy difícil, precisamente por la propia idiosincrasia de las organizaciones a través de las cuales son cometidos. Especialmente difícil es la verificación de la participación en los concretos delitos de los denominados “hombres de atrás”, que deciden y planifican pero no ejecutan

²⁵ Sobre el alcance del fenómeno de la criminalidad organizada en nuestro país cfr. MIGUEL BARTOLOMÉ, A. de “Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. (Dir.) *La criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla 1996, pgs.135 ss.; y MEDINA ARIZA, J.J. “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en FERRE OLIVE, J.C/ ANARTE BORRALLA, E. (Eds.) *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva 1999, pgs.109 ss. Sobre la relación entre criminalidad organizada y blanqueo de capitales cfr. BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona 1997, pgs.37 ss.

²⁶ Cfr. infra Apdo.III.6.

directamente la actividad delictiva. De modo que el tipo de la asociación ilegal resulta con frecuencia el único cuyos elementos pueden ser objeto de prueba en el proceso, cumpliendo así una función de “tipo de recogida”²⁷. En las páginas siguientes examinaremos todos los aspectos que acabamos de apuntar, que hoy son considerados en el contexto de la discusión sobre la legitimidad del mantenimiento del tipo penal de asociación criminal (Apdo. VIII). En particular la caracterización de la organización criminal frente a otras formas de asociación para delinquir es efectuada en el Apdo. IV.

III. La asociación para delinquir en el derecho comparado

1. En el Derecho europeo continental la figura de la asociación para delinquir es tradicional en los códigos penales, con la excepción de Suiza, que la introdujo muy recientemente. Procede del Código Penal napoleónico de 1810 (arts. 265 s., que se refiere primero a la “banda organizada” y después de la revisión de 1893 a la “asociación de malhechores” (*association de malfaiteurs*), dentro de los “Delitos contra la paz pública”). Pero a partir de ahí los Derechos nacionales han ido evolucionando en este campo para adaptarse a las formas más preocupantes en cada uno de ellos de asociación criminal: por ejemplo, la asociación terrorista en España, y también en Italia y Alemania, la asociación mafiosa en Italia, y el crimen organizado en Austria y Suiza.

Por otra parte, la mayoría de los ordenamientos ofrece una regulación claramente diferenciada de la asociación ilícita orientada por fines políticos o, más precisamente, dirigida a la comisión de delitos contra el Estado, y la asociación criminal o para delinquir característica de la delincuencia común. No así el español que, como expusimos, contempla en los arts. 515 ss. todas las modalidades de asociación ilícita, siguiendo la línea marcada inicialmente por el Código Penal de 1870.

2. La figura se dirige en el Derecho francés originariamente contra bandas de malhechores organizadas jerárquicamente, castigando la participación en las mismas cuando se dirigen a la comisión de delitos contra las personas o la propiedad, y, hacia finales de siglo, también contra las asociaciones anarquistas²⁸. En el Código francés actual, de 1992 y en vigor desde 1994, la figura de la asociación de malhechores pervive en el art. 450. 1, dentro de los

²⁷ Así lo califica (de *Auffangtatbestand*) SCHULTZ, H. en “Die Kriminelle Vereinigung”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, pgs.15 ss. (21); también FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§129, 129 a StGB...*, op. cit., pgs.259 y 261; y BASTEN, T. *Von der Reform des politischen Strafrecht bis zu den Anti-Terror-Gesetzen*, Köln 1983, pg.226.

²⁸ Cfr. SCHULTZ, H. “Die Kriminelle Vereinigung”, op. cit., pgs.16 s.

“Delitos contra la nación, el Estado y la paz pública” (Libro IV, Tít. V), si bien limitada por la exigencia de que el grupo o entente se haya establecido con vistas a la preparación, caracterizada en uno o varios hechos exteriores, de uno o más delitos castigados con más de 10 años de prisión. Este precepto establece además una excusa absolutoria para las hipótesis de arrepentimiento activo: cuando el autor antes del inicio de la persecución penal revela el grupo a las autoridades competentes y permite la identificación de otros partícipes (art. 450. 2). Adicionalmente se contempla como circunstancia agravante de un cierto número de delitos (como el robo, el tráfico de drogas, el secuestro, el proxenetismo, la estafa y el blanqueo de capitales, entre otros) la comisión de los mismos mediante banda organizada (*bande organisée*) (cfr. art. 132. 71)²⁹.

Recientemente por Ley 96- 647 de 22 de julio de 1996 se ha incluido en el Código Penal un tipo específico para calificar de terrorismo la participación en una asociación para la comisión de actos de terrorismo (art. 421- 2- 1)³⁰, al que se conectan, como a otros delitos de terrorismo, normas procesales especiales³¹.

3. El Derecho italiano presenta la particularidad de contemplar como modalidades particulares de la asociación para delinquir, además de la asociación terrorista, la asociación mafiosa, con el fin de hacer frente a este fenómeno criminal endémico en este país y particularmente peligroso³².

Entre los “Delitos contra la personalidad del Estado” (Tít. I) encontramos un extenso abanico de tipos penales en los que es característico la concertación de un grupo de personas: se sancionan las asociaciones subversivas (art. 270), las asociaciones de finalidad terrorista o subversiva del orden democrático (art. 270. bis), las asociaciones “antinacionales” (art. 271), la “conspiración política mediante asociación” (conspiración para cometer un delito contra la personalidad nacional o internacional del Estado) (art. 305), la formación y participación en banda armada para cometer un delito contra la personalidad del Estado (art. 306) y la asistencia a los partícipes de conspiración o de banda armada (art. 307). Tanto para la conspiración como para la banda armada se contemplan causas personales de exclusión de la pena en los arts. 308 y 309 del Código Penal respectivamente. El contenido de ambas normas es similar y se refiere a hipótesis de arrepentimiento activo: (a) disolución de la asociación, (b) separación del acuerdo o de la asociación –ésta no es aplicable a los jefes o

²⁹ Sobre el mismo cfr. ROUJOU DE BOUBÉE, G./FRANCILLÓN, J./BOULOC, B./MAYAUD, Y. *Code Pénal commenté*, Paris 1996, pgs.865 ss.

³⁰ Sobre su contenido cfr. MAYAUD, Y., voz “Terrorisme” en DALLOZ, *Répertoire de Droit Pénal et de procédure pénale*, 1997, n°s. 54 ss.

³¹ Cfr. los arts.706-16 ss. del Código de Procedimiento Penal.

³² Sobre este fenómeno cfr. PALAZZO, F. “La mafia hoy: evolución criminológica y legislativa”, en FERRE OLIVÉ, J.C./ANARTE BORRALLÓ, E. (Eds.) *Delincuencia organizada*, op. cit., pgs.161 ss.

promotores— y (c) impedimento del delito planificado³³. Por último debe tenerse en cuenta la existencia de una agravación de la pena de todo delito cuando es cometido con fines terroristas o de destrucción del orden democrático, introducida por el Decreto-ley 625/ 1979, convertido con modificaciones en la Ley 15/ 1980 (art. 1)³⁴. En los arts. 4 y 5 del Decreto, y respecto de la asociación terrorista, se recogen causas de exclusión de la punibilidad ligadas al arrepentimiento activo eficaz (eficaz respecto del delito proyectado)³⁵.

Por otro lado, dentro de los “Delitos contra el orden público” (Tít. V) se contempla en art. 416 del Código Penal la “*associazione per delinquere*”, que comprende la asociación de tres o más personas para la comisión de varios delitos; la pena prevista es diferente según sean meros participantes o promotores, jefes, organizadores o fundadores; también se agrava si el número de asociados es de diez o más. Desde 1982³⁶ conoce una norma complementaria, el art. 416 bis (reformado en 1992) destinado a reprimir la criminalidad mafiosa (“*associazione di tipo mafioso*”). Así califica aquellas en las que sus miembros se valen de la fuerza e intimidación “derivadas” del vínculo asociativo y de la ley del silencio (*omertá*) que se deriva del mismo, para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o de cualquier modo el control de la actividad económica, de licencias, de autorizaciones, concesiones, y servicios públicos o para obtener beneficios injustos para sí o para otros o con el fin de impedir el libre ejercicio del voto o de procurarse votos a sí mismos o a otros con ocasión de consultas electorales; se añade que la disposición se aplica también a la camorra y otras asociaciones localmente denominadas de cualquier otro modo que valiéndose de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo persigan fines que se corresponden con aquellos de las asociaciones de tipo mafioso³⁷. A este precepto se conectan importantes competencias de carácter excepcional en el ámbito del proceso

³³ Cfr. BRICOLA, F./ZAGREBELSKY, V. *Codice Penale. Parte Speciale*, Tomo IV, 2ª ed., Torino 1996, pgs.109 ss.; PATALANO, V. *L'associazione per delinquere*, Napoli 1971; INSOLERA *L'associazione per delinquere*, Padova 1983; DE FRANCESCO, G. “Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso”, en *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo I, 4ª ed., Torino 1987, pgs.289 ss.

³⁴ Sobre esta legislación de emergencia cfr. BRICOLA, F./ZAGREBELSKY, V. *Codice Penale. Parte Speciale*, T.IV, op. cit., pgs.153 ss.

³⁵ Sobre las mismas cfr. BRICOLA, F./ZAGREBELSKY, V. *Codice Penale. Parte Speciale*, T.IV, op. cit., pgs.158 ss. y 162 ss.

³⁶ Ley de 13 de septiembre de 1982, nº646, art.1. Sobre la misma cfr. BRICOLA, F. Premessa al commento alla l.13 settembre 1982, nº646, en *Legislazione Penale* 1983, pgs.237 ss.; FIANDACA, G. Commento all'art.1 l.13 settembre 1982, nº646, en *Legislazione Penale* 1983, pgs.257 ss.

³⁷ Cfr. sobre las mismas cfr. FIANDACA, G./MUSCO, E. *Diritto Penale. Parte Speciale*, vol.I, Bologna 1988, pgs.357 ss., para quien el precepto tiene la función simbólica de evidenciar el particular desvalor de la asociación mafiosa (pg.358); BRICOLA, F./ZAGREBELSKY, V. *Codice Penale. Parte Speciale*, T.IV, op. cit., pgs.556 ss.; DE FRANCESCO, G. “Associazione per delinquere...”, op. cit., pgs.309 ss.; SPAGNOLO, A. *L'associazione di tipo mafioso*, Padova 1984; TURONE *L'associazione di tipo mafioso*, Milano 1984.

penal (en materia de intervención de las comunicaciones telefónicas, registros domiciliarios, duración de la prisión provisional etc.)³⁸.

4. El Derecho alemán ha conocido tradicionalmente un delito de asociación ilícita especialmente orientado a la represión de la criminalidad política. Aún dentro de los delitos que ponen en peligro el Estado democrático de Derecho (Sección I), esto es, dentro del Derecho Penal político, se castiga la participación o sostenimiento de partidos declarados anticonstitucionales (& 84) y las infracciones de la prohibición de asociación (& 85) (cfr. asimismo las conductas relacionadas de los && 86 s.: difusión de propaganda de organizaciones anticonstitucionales y uso o difusión de signos distintivos de organizaciones anticonstitucionales).

Por otra parte, la asociación para delinquir se sanciona en los && 129 y 129 a, dentro de los “Delitos contra el orden público” (Sección 7), junto con la fundación o pertenencia a banda armada en el & 127. El precedente del & 129 actual se encuentra en el & 99 del StGB prusiano de 1851³⁹, que contemplaba la asociación enemiga del Estado (“*staatsfeindliche Verbindung*”). Se trata de una figura impregnada del carácter absolutista y policial del régimen. En la actualidad se castiga de modo general toda asociación para delinquir en el & 129, y de modo agravado la asociación terrorista en el & 129 a. Esta última figura, introducida en 1976, se enmarca dentro de la legislación especial penal y procesal antiterrorista surgida como reacción a la intensa actividad terrorista en los años 70 en este país⁴⁰. A ella se conectan importantes competencias de investigación preliminar procesal penal de carácter excepcional⁴¹.

³⁸ Cfr. en CRESPI, A./STELLA, F./ZUCCALA, G. *Commentario breve al Codice Penale*, op. cit., art.416 bis, VII. n.º3, que citan los arts.224, 225 bis, 226 sexies, 448 y 253 del Código de Procedimiento Penal, así como otras competencias previstas en la Ley de 13.9.1982, n.º646.

³⁹ Que a su vez tenía su origen en el Edicto prusiano de 20.10.1798, orientado sobre todo en ese régimen absolutista y Estado policial a luchar contra las asociaciones secretas de carácter gremial y estudiantil entre otras. Cfr. GRÄSSLE- MÜNSCHER, J. *Der Tatbestand der kriminelle Vereinigung aus historischer und systematischer Sicht*, München 1982, pgs.3 ss.

⁴⁰ Fue introducido concretamente por la “Primera Ley antiterrorista” de 1976 (Art.8 de la *Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der BRAO und des StrafvollzugsG.* vom 18.8.1976 (1. *Anti-Terrorismus-Gesetz*), siendo modificado en sentido agravatorio en 1986 (*Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus* de 19.12.1986). Cfr. sobre su introducción y evolución posterior LANGER-STEIN, R. *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pg.1 y FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der &&129, 129 a StGB...*, op. cit., pgs.40 ss. El precepto fue después completado por el art.4 de la *Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO u.s.w. und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten* de 9.6.1989 (cfr. FÜRST, M., op. cit., pgs.48 ss.).

⁴¹ Cfr. al respecto LENCKNER, T. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., &129 a. n.º1; y OSTENDORF, H. *Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)* III, op. cit., &129 a. n.º5. Estos autores se refieren a los &&103.1.2, 111, 112.III, 138 a.II y V, 148.II, 163 d I.1 de la Ley de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung/StPO*) y 120.I.6, 142 a I de la Ley del Tribunal Constitucional (*Gerichtsverfassungsgesetz/GVG*).

Previsiones significativas en torno a la figura son las del & 129. n° 6 y 129 a. n° 5, que para las hipótesis de arrepentimiento activo del delito consumado permiten atenuar o prescindir de la pena en función de que el arrepentimiento sea eficaz o no (en el sentido de impedir el delito proyectado)⁴². Para la asociación terrorista se contempla una regla de consecuencias similares pero de carácter procesal, y que ha suscitado vivas controversias, se trata de la denominada *Kronzeugenregelung* (Regla del testigo principal)⁴³. Según ésta, puede atenuarse o prescindirse de la pena para autores que aporten datos importantes para la investigación. Finalmente el & 129. 3 declara punible la tentativa de fundación de una asociación criminal.

Disminuida la presión terrorista, los esfuerzos legislativos en los últimos años se dirigen al campo del crimen organizado, si bien no se han traducido en la creación de una figura típica *ad hoc* en el Derecho Penal material que refuerce o complemente el tipo de asociación para delinquir. Se han dirigido en cambio a la represión del blanqueo de capitales (& 261 StGB y *Geldwäschegesetz – Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten*– de 1993, que regula el procedimiento de investigación del delito) y la adopción de medidas excepcionales de investigación en materia de crimen organizado. Esto último mediante la *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität* (OrgKG) de 1992 primero y después mediante la denominada *Verbrechensbekämpfungsgesetz* (Ley de reforma del Código penal, el Código Procesal Penal y otras leyes) de 28 de octubre de 1994 (que también amplía el precepto sobre el blanqueo de capitales) (art. 5)⁴⁴. Los costes de para el procedimiento penal característicos de un Estado de Derecho se han introducido han sido objeto de duras críticas⁴⁵.

5. Después de las reformas de 1993 y 1996 el Derecho austríaco posee una de las regulaciones más precisas de los denominados “delitos de

⁴² El &129. 5 permite al Tribunal prescindir de la pena en los casos del &129. 1 y 3 cuando la culpabilidad es pequeña y la colaboración de poco significado; de acuerdo con el &129. 6 el Tribunal puede disminuir la pena a su juicio en casos de arrepentimiento activo, en caso de ser eficaz no se impone pena; y el &129 a. 5 (asociaciones terroristas) indica que rige lo dispuesto en el &129. 6.

⁴³ Prevista en la *Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO u.s.w. und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten* de 9.6.1989. La *Kronzeugenregelung* ha visto prorrogada su vigencia por leyes posteriores de 1991 y 1998.

⁴⁴ Sobre el desarrollo del crimen organizado en Alemania y el contenido de las normas citadas cfr. GROPP, W. “Initiativen des deutschen Strafgesetzbüchers zur rechtlichen Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität”, en MAYEHOFER, C./JEHLE, J.-M. *Organisierte Kriminalität*, Heidelberg 1996, pgs.241 ss.; SIEBER, U. “Die Logistik der Organisierten Kriminalität. Erkenntnisse eines interdisziplinären Forschungsansatzes”, en Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität*, Wiesbaden 1997, pgs.229 ss. (231 ss.); y ALBRECHT, H.-J. “Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland”, en *Festschrift für N. Nishihara*, Baden-Baden 1998, pgs.311 ss.

⁴⁵ Cfr. HASSEMER, W. “Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauchgifts handeln und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKO)”, en *Kritische Justiz* 1992, pgs.64 ss. (66 ss.).

organización” (*Organisationsdelikte*), dentro de los “Delitos contra la paz pública” de la Sección 20⁴⁶. Conoce cuatro tipos penales diferenciados, el complot criminal (*Verbrecherisches Komplott*) en el & 277, que criminaliza el concierto para cometer un número de delitos graves limitado mediante una enumeración taxativa; la creación de bandas (*Bandenbildung*) para la comisión de una serie también prefijada de delitos graves y medio graves en el & 278; la creación y participación en una organización criminal (*Kriminelle Organisation*) en el & 278 a, que cuenta con un tipo agravado aplicable a las organizaciones dedicadas al blanqueo de capitales; y, finalmente, en el & 279 la creación o pertenencia a bandas armadas (*bewaffnete Verbindung*).

La figura más reciente es la relativa a la organización criminal (& 278 a, *Kriminelle Organisation*), introducida en 1993 y reformada en 1996 con el propósito de servir a la lucha contra el crimen organizado. Los caracteres que la definen y diferencian del mero complot criminal o de la banda criminal son tres (a) la presencia de una coalición o asociación (*Verbindung*) de estructura similar a la de una empresa, (b) concertada por largo tiempo, (c) de un número elevado de personas. Además exige el tipo la concurrencia de una de las siguientes circunstancias (se trata, en opinión de la doctrina, de un tipo mixto cumulativo)⁴⁷: 1. que se halle orientada a la comisión de delitos particularmente graves que amenacen a la vida, la integridad física, la libertad o la propiedad, la explotación sexual, el tráfico de inmigrantes ilegales o el tráfico ilícito de armas, material nuclear o radioactivo, desechos peligrosos, dinero falso o estupefacientes; 2. y que mediante ello persiga un enorme enriquecimiento o una importante influencia en la política o la economía; y 3. que busque corromper a los otros o intimidarlos o de modo particular blindar contra las medidas de persecución penal. Todas las figuras prevén una excusa absolutoria para los casos de arrepentimiento activo eficaz (cfr. los && 277. 2, 278. 2, 278 a. 1 *in fine* y 279. 2).

El esquema de las asociaciones declaradas punibles se completa dentro del Derecho Penal político (Sección 14, “Delitos contra el Estado”) con la

⁴⁶ Cfr. al respecto BERTEL, C./SCHWAIHOFER, K. *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (&&169 bis 312 StGB)*, 3ª ed. Wien 1997, &&277 ss.; TRIFFTERER, O. en TRIFFTERER, O. (Hrsg.) *Strafgesetzbuch-Kommentar. System und Praxis*, op. cit., &&277 a 279; KIENAPFEL, D. “Bildung einer kriminellen Organisation (&278 a Abs.1 StGB). Zugleich ein Beitrag zum Begriff und zur Dogmatik der Organisationsdelikte”, en *Juristische Blätter* 1995, pgs.613 ss. Sobre la realidad del crimen organizado en Austria cfr. SIKE, M. “Situation für Österreich” y MIKAU, R. “Zur Rechtlichen Bewältigung der Erscheinungsformen organisierte Kriminalität in Österreich”, ambos en MAYEHOFER, C./JEHLE, J.-M. *Organisierte Kriminalität*, op. cit., pgs.3 ss. y 231 ss. respectivamente.

⁴⁷ Cfr. en este sentido, y con un amplio estudio de cada una de las alternativas TRIFFTERER, O. en TRIFFTERER, O. (Hrsg.) *Strafgesetzbuch-Kommentar. System und Praxis*, op. cit., &278 a, n°s.30 ss., para quien debe concurrir al menos una variante de las los tres números del 278 a (1); así también FOREGGER, E./KODEK, G., *Strafgesetzbuch*, 6ª ed., Wien 1997, &278 a; y HINTERHOFER, H. *Strafrecht. Besonderer Teil, II*, Wien 1999, &278 a, pg.189.

sanción de las asociaciones “enemigas del Estado” (& 246), para las cuales se establece igualmente la exclusión de la pena en hipótesis de arrepentimiento activo (& 247).

6. La creación de un tipo de asociación criminal ha sido discutida vivamente en Suiza desde los años 70. Finalmente, con el “*Segundo paquete contra el crimen organizado*”⁴⁸ se introduce por ley de 18 de marzo de 1994 el tipo de organización criminal (art. 260 ter StGB)⁴⁹. Se caracteriza como un delito contra la “paz pública” (Tít. XII). El auge de la criminalidad terrorista en los años 70 y la utilización del territorio suizo como base y punto de encuentro de organizaciones criminales están detrás de la reforma⁵⁰. Una organización es calificada de criminal cuando se mantiene en secreto su estructura interna y composición personal y persigue el fin de cometer crímenes violentos o enriquecerse mediante medios criminales⁵¹. En caso de arrepentimiento activo del autor (cuando éste se esfuerza por impedir la continuación de la actividad criminal de la organización) puede el juez, según su criterio, atenuar la pena (art. 260 ter. 2). Expresamente se establece además en el art. 260 ter. 3 la aplicabilidad extraterritorial del precepto, concretamente cuando las actividades de participación en la organización o sostenimiento de la misma se desenvuelven en el extranjero, siempre que la organización realice o proyecte realizar su actividad criminal todo o en parte en Suiza.

Sí contaba precedentemente el Derecho suizo con la sanción penal de las asociaciones orientadas a la comisión de ciertos delitos contra el Estado y

⁴⁸ Un primer intento, representado por un Proyecto de 1979, fracasa por el temor a que el tipo penal se convierta en una criminalización de la oposición política. Acerca de la discusión suiza sobre el posterior Proyecto de 1991 de introducción del delito de organización criminal y de apoyo a una organización criminal (260 ter) dentro del denominado “2º paquete contra el crimen organizado”, cfr. PIETH, M. “Die Bekämpfung des organisierten Verbrechen in der Schweiz”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, pgs.257 ss. (257). El denominado “primer paquete” es de 1.8.1990 e introduce la legislación contra el blanqueo de capitales (art.305 bis y 305 ter StGB).

⁴⁹ Sobre el mismo cfr. STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, T.I-II, 4ª ed., Bern 1995, &40, nºs. 17 ss.

⁵⁰ Sobre las razones que apoyaron la introducción de la figura cfr. SCHULTZ, H. “Die Kriminelle Vereinigung”, op. cit., pgs.19 s., donde menciona básicamente los cambios en la criminalidad desde 1945, la criminalidad violenta contra la propiedad en Suiza, y a fines de los años 60 y principios de los 70, la intensificación de los actos terroristas, secuestros de aviones y otras tomas de rehenes. En particular para el ámbito suizo debe destacarse la existencia de ramificaciones de la delincuencia internacional en los años de bonanza económica tras la segunda guerra mundial, y en los años 80 la mafia y el terrorismo internacional aumentan su presencia en Suiza, adoptada como base logística, indica PONTE, C. del en “L’organisation criminelle”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, pgs.240 ss. (240 s.). Cfr. asimismo sobre el significado del crimen organizado en Suiza PIETH/FREIBURGHAUS *Die Bedeutung des Organisierten Verbrechen in der Schweiz*, Bern 1993; WEDER, U. “Rechtliche Bewältigung der Erscheinungsformen Organisierte Kriminlität in der Schweiz”, en MAYEHOFER, C./JEHLE, J.-M. *Organisierte Kriminalität*, op. cit., pgs.281 ss.

⁵¹ Cfr. al respecto PIETH, M. “Das zweite Paket gegen das organisierte Verbrechen. Die Überlegungen des Gesetzgebers”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, pgs.225 ss.

el orden constitucional (art. 275. ter, “*Rechtswidrige Vereinigung*”), dentro de los “Delitos contra el Estado” (Tít. XIII)⁵².

6. La fundación, pertenencia o colaboración con un grupo, organización o asociación que desarrolla una actividad dirigida a la comisión de delitos define la figura típica de las “*asociación criminal*” del Código Penal portugués (art. 287). Junto a ella diferenciadamente se castiga a la “organización terrorista” (art. 288). Ambas se incluyen dentro de los crímenes contra la paz pública (Secc. 2ª del Cap. V). En las hipótesis de arrepentimiento activo, cuando se impide la continuidad del grupo o informa a las autoridades de su existencia a tiempo de evitar la práctica de crímenes, la pena puede ser libremente atenuada o incluso no aplicarse (art. 287. 4 y 288. 7 para las organizaciones terroristas)⁵³.

7. El Derecho anglosajón conoce la figura de la “*conspiracy*”, que requiere la intención exteriorizada y conjunta de dos o más personas de cometer un delito, no precisa de la realización ni de actos preparatorios ni de tentativa⁵⁴. Se trata de una figura más próxima a la conspiración para delinquir de nuestro Derecho que a la asociación criminal. Aparece en los tratados situada dentro de los que denominan “*Inchoate offences*” o “delitos aún incompletos”, junto con la tentativa (*attempt*) y la incitación (*incitement*). La *conspiracy* ya está presente en el viejo Derecho Común inglés como “*misdeemeanor*” (delito leve)⁵⁵. En Gran Bretaña los amplios contornos de la figura han sido progresivamente limitados por la jurisprudencia y la *Law Commission*⁵⁶. En la actualidad la *conspiracy* del *Common Law* ha sido derogada por la definición estatutaria que proporciona la *Criminal Law Act* de 1977 en la Sección 1(1), excepto para algunos delitos⁵⁷.

8. En el Derecho norteamericano, además de la figura de la *conspiracy*, se han diseñado recientemente instrumentos dirigidos a una lucha más eficaz contra la delincuencia organizada⁵⁸. Se trata de los previstos en la *Rac-*

⁵² Cfr. STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, op. cit., &45, nº16 s.

⁵³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, J. de “As associações criminosas no Código Penal de 1982 (arts.287 e 288), en Revista de Legislação e de Jurisprudência, año 119, nº3751, pgs.289 ss. y año 120, nº3760, pgs.199 ss.

⁵⁴ Cfr. SMITH, J.C./HOGAN, B. *Criminal Law*, 8ª ed., Londres 1996, cap.11.2, pgs.277 s.; CARD/CROSS/JONES *Criminal Law*, 13ª ed., Londres 1995, Cap.22.11; WILSON, W. *Criminal Law*, London 1998, pgs.550 s.

⁵⁵ Como más antigua manifestación se cita una “Ordinance de Conspirators” de Eduardo I, en 1305. Cfr. BÖGEL, M. *Strukturen und Systemanalyse der Organisierten Kriminalität in Deutschland*, Berlin 1994.

⁵⁶ Particularmente mediante el *The Law Commission Report on Conspiracy and Criminal Law Reform* de 1976, nº76.

⁵⁷ Redacción actual procedente de la *Criminal Attempts Act* 1981, secc.5 (1). Cfr. SMITH, J.C./HOGAN, B. *Criminal Law*, op. cit., cap.11.2, pgs.277 ss.; WILLIAMS, G. *Textbook of Criminal Law*, 2ª ed., Londres 1983, &18.1; CARD/CROSS/JONES *Criminal Law*, 13ª ed., Londres 1995, Cap.22.15 ss.; y WILSON, W. *Criminal Law*, op. cit., pgs.553 ss. Quedan exceptuadas inicialmente la conspiración para defraudar –también regulada en la Secc.12 de la *Criminal Justice Act* de 1987–, y la conspiración para corromper la moralidad pública o ultrajar la decencia pública.

⁵⁸ Sobre el fenómeno del crimen organizado en Estados Unidos cfr. PASSAS, N. (Ed.) *Organized crime*, Brookfield 1193.

keteer Influenced and Corrupt Organisations Act (Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras⁵⁹), conocida como RICO, que constituye una parte de la *Organized Crime Control Act* de 1970 (OCCA)⁶⁰; su contenido fue ampliado por la *Comprehensive Crime Control Act* de 1984. Se trata de una ley comprensiva de normas procesales (&& 1965 ss.) y penales (las fundamentales son los && 1961 –concepto de “*racketeering activity*”–, 1962 –conductas punibles– y 1963 –sanciones–). Su intervención se orienta no sólo contra el individuo que trabaja o apoya una organización criminal, sino principalmente hacia la empresa criminal como tal, hacia la estructura de la organización, como muestran las especialidades procesales previstas y las sanciones de carácter penal y civil contempladas⁶¹.

En cuanto a la figura de la “*criminal conspiracy*”, más bien dirigida a personas individuales concertadas en un momento dado para la comisión de un delito, la encontramos regulada en el & 5. 03 del *Model Penal Code* que sirve de modelo para las legislaciones particulares de los Estados⁶².

IV. Caracterización del crimen organizado frente a otras formas de asociación para delinquir.

Antes de proseguir con el estudio de la funcionalidad del delito de asociación para delinquir en la represión de la criminalidad organizada es preciso caracterizar de modo más preciso este fenómeno. En efecto, la expresión crimen organizado aparece utilizada en la actualidad de modo inflacionista y expansivo en la literatura, de modo que sus contornos parecen coincidir con el de cualquier asociación criminal, eso sí, orientada por fines de carácter económico y no político. Falta, pues, claridad y unidad en la delimitación de estos conceptos, los de asociación criminal y organización criminal⁶³.

⁵⁹ Literalmente “*racketeering*” puede traducirse como chantaje o extorsión sistematizada, y también es utilizado para designar el crimen organizado en general.

⁶⁰ Cfr. *Organized Crime Control Act* de 1970 (OCCA), Tit.IX, &&1961-1968.

⁶¹ Cfr. sobre su contenido ROBINSON, P.H. *Fundamentals of Criminal Law*, 2ª ed., Boston 1995, pgs.655 ss.; BÖGEL, M. *Strukturen und Systemanalyse der Organisierten Kriminalität...*, op. cit., pgs.69 ss. y 75.

⁶² Cfr. esta disposición, así como un amplio comentario a la misma en AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)* (1962), Part I (&&3.01 to 5.07), Philadelphia 1962, pgs.382 ss., con ulteriores referencias bibliográficas en la nota 2 de la pg.386. Sobre la “*conspiracy*” en el Derecho estadounidense cfr. ROBINSON, P.H. *Fundamentals of Criminal Law*, op. cit., pgs.298 ss. y *Criminal Law*, New York 1997, &12.1 y 2; y, críticamente JOHNSON, P. The unnecessary crime of conspiracy”, 1973, en *California Law Review* nº61, 1973, pgs.1137 s.

⁶³ Con respecto a los conceptos aportados en el ámbito de la criminología cfr. ANARTE BORRALLLO, E. “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en FERRE OLIVE, J.C/ANARTE BORRALLLO, E. (Eds.) *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva 1999, pgs.13 ss. (20 ss.) y MEDINA ARIZA, J.J. “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, op. cit., pgs.109 ss. Entre otros estudios interesantes sobre el crimen organizado, muchos aportando una perspectiva

De entre las diferentes definiciones doctrinales y legales del crimen organizado tiene interés destacar, en primer término, las ofrecidas en el ámbito internacional, en particular el seno de las Naciones Unidas y la Unión Europea. Respecto de la primera encontramos una definición de “grupo criminal organizado” en un “*Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada*”, en el que actualmente se trabaja (el último texto revisado es de marzo de 1999)⁶⁴. La expresión “grupo criminal organizado” designa, de acuerdo con el artículo 2 bis a) “a un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo”. Por infracción grave se entiende aquel comportamiento punible con una pena privativa de libertad superior a una determinada cuantía sobre la que aún no hay acuerdo (art. 2 bis b)). Se indican asimismo los crímenes que, entre otros, debe englobar la expresión “infracción grave”; son 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, determinados comportamientos relativos a materias nucleares, terrorismo, fabricación y tráfico ilícito de armas y explosivos o sus piezas, tráfico ilícito o robo de automóviles o sus piezas y corrupción –de acuerdo con la definición que de la mayoría de estos crímenes se proporciona en diferentes convenciones de la ONU– (cfr. el artículo 2. 3).

En el seno de la Unión Europea el Consejo ha adoptado recientemente una Acción Común sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea “*relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea*”⁶⁵ (de 21 de diciembre de 1998)⁶⁶. La organización delictiva se encuentra definida en el artículo 1

comparada, cabe citar, además de los anteriores, DÖRMANN, U./KOCH, K./FRISCH, H./VAHLENKAMP, W. *Organisierte Kriminalität- wie gross ist die Gefahr?*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden 1990; SIEBER, U. *Logistik der Organisierten Kriminalität*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden 1993; MAYEHOFER, C./JEHLE, J.-M. *Organisierte Kriminalität. Lagebilder und Erscheinungsformen. Bekämpfung und rechtliche Bewältigung*, Heidelberg 1996; Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität*, op. cit.; SIEBER, U. (Hrsg) *Internationale Organisierte Kriminalität (Herausforderungen und Lösungen für ein Europa offener Grenzen)*, Köln 1997.

⁶⁴ Sobre el mismo cfr. BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y de los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, en *Criminalidad Organizada*, Univ. de Castilla-La Mancha, 1999, pgs.17 ss. (Apdo.III) también en *Revista Penal* nº 6, 2000 pgs. 3 y ss.

⁶⁵ Cfr. en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nºL 351/1 de 29 de diciembre de 1998. No queremos dejar de advertir, sin embargo, del carácter indeterminado que presenta la naturaleza jurídica y la vinculatoriedad de las acciones comunes previstas en el art.K.3 del Tratado de la Unión Europea, sustituido en el Tratado de Amsterdam por el art.31. Al respecto cfr. PALAZZO, F. “La legalidad penal en la Europa de Amsterdam”, en *Revista Penal*, nº3, 1999, pgs.36 ss. (39).

⁶⁶ Al respecto cfr. BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado...”, op. cit., Apdo. IV.

como “una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos 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 el ámbito alemán ha encontrado gran aceptación la definición aportada por un “Grupo de trabajo común de la Justicia y la policía para la persecución penal de la criminalidad organizada”. El resultado de su trabajo son las “*Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität*”, de 1990, conforme a las cuales “criminalidad organizada es la comisión planificada de delitos llevados por la aspiración de ganancias o poder, que de modo particular o en su totalidad son de un significado importante, cuando son cometidos por más de dos participantes que trabajan en común por un periodo de tiempo largo o indeterminado y dividiéndose el trabajo

- a) bajo el empleo de estructuras profesionales/industriales o similares a las comerciales
- b) bajo el uso de violencia o de otro medio idóneo para la intimidación.
- c) bajo la influencia en la política, medios de comunicación, administración pública, justicia o economía⁶⁷.

Dos características del crimen organizado le distinguen del resto de las asociaciones criminales, como se desprende de las definiciones ofrecidas.

1. En primer lugar, la pretensión de maximización del beneficio económico a través del control del poder económico y político utilizando medios ilícitos⁶⁸. Propio de la definición criminológica del crimen organizado es la formación de estructuras mafiosas. Se persigue la infiltración en la economía mediante la monopolización de sectores económicos para alterar la libre competencia⁶⁹. Arma decisiva lo es también la infiltración en el poder político en todas sus esferas de decisión, local, regional y nacional; en el ámbito ejecutivo y policial,

⁶⁷ Cfr. en DÖRMANN, U./KOCH, K./FRISCH, H./VAHLENKAMP, W. *Organisierte Kriminalität...*, op. cit., pgs.5 ss.; la definición sigue aún hoy vigente, indica SIEBER, U. “Die Logistik der Organisierten Kriminalität...”, op. cit., pg.235.

⁶⁸ Cfr. PIETH, M. “Die Bekämpfung des organisierten Verbrechens...”, op. cit., pgs.259 ss., en resumen 262; Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht (W. Hassemer, K. Lüdersen, y otros autores) “Organisierte Kriminalität”, en *Strafverteidiger* 12/94, pgs.693 ss. (693).

⁶⁹ Acerca de la influencia del crimen organizado en la economía, cfr. ampliamente en DÖRMANN, U./KOCH, K.F./FRISCH, H./VAHLENKAMP, W. *Organisierte Kriminalität...*, op. cit., pgs.86 ss.; y PIETH, M. “Die Bekämpfung des organisierten Verbrechens...”, op. cit., pg.262.

e incluso legislativo y judicial. Y todo ello con los medios de la violencia, la amenaza y la corrupción en sentido amplio⁷⁰. De este modo, el tipo de la asociación ilegal sigue encontrando su acomodo natural entre los delitos contra el Estado, en cuanto su principal campo de aplicación en la actualidad, junto al terrorismo, el crimen organizado, amenaza en último término intereses de rango estatal como la libre competencia en el mercado y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho⁷¹. En el ámbito italiano, el delito de asociación mafiosa del art. 416 bis del CPe es contemplado en la doctrina como un delito pluriofensivo, en el que no sólo se ataca el orden público, sino también la libre competencia en el mercado económico⁷², el orden democrático y el correcto funcionamiento de la Administración pública⁷³.

2. Y, en segundo lugar, característico del crimen organizado es la adopción, a los fines antes indicados, de una estructura similar a la de las empresas comerciales, en particular en lo que respecta a la configuración de diferentes esferas logísticas y niveles de jerarquía, generalmente separadas en compartimentos estancos⁷⁴.

En nuestro país una reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *en materia de perfeccionamiento de la actividad investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves*, efectuada por Ley Orgánica 5/ 1999, de 13 de enero, proporciona por primera vez una definición de delincuencia organizada (en el art. 282 bis LECr). Esta definición rige únicamente a los efectos del Apdo. 1 del citado precepto, de modo que no se configura en absoluto un tipo penal sustantivo especial relativo a esta forma de asociación ilícita. Considera como tal “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del CPe; b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del CPe; c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243,

⁷⁰ Con respecto a la influencia del crimen organizado en la vida política, sus modos, métodos planes y fines, cfr. ampliamente en DÖRMANN, U./KOCH, K./FRISCH, H./VAHLENKAMP, W. *Organisierte Kriminalität...*, op. cit., pgs.65 ss.; y PIETH, M. “Die Bekämpfung des organisierten Verbrechens...”, op. cit., pgs.262.

⁷¹ Cfr. PIETH, M. “Die Bekämpfung des organisierten Verbrechens...”, op. cit., pg.262; y, del mismo autor, “Situationsbericht für die Schweiz”, en MAYEHOFER, C./JEHLE, J.-M. *Organisierte Kriminalität...*, op. cit., pgs.33 ss. (35).

⁷² Cfr. FIANDACA, G./MUSCO, E. *Diritto Penale. Parte Speciale*, vol.I, op. cit., pgs.358; del mismo autor, *Commento all’art.1 l.13 settembre 1982*, op. cit., pg.266.

⁷³ Cfr. TURONE *L’associazione di tipo mafioso*, op. cit. pg.157.

⁷⁴ e Como describe SIEBER, U. “Gefahren und Präventionsmöglichkeiten im Bereich der internationalen Organisierten Kriminalität”, en SIEBER, U. (Hrgs.) *Internationale Organisierte Kriminalität...*, op. cit., pgs.269 s. (271), indicando que, por lo demás, las estructuras de los grupos criminales son muy diferentes en atención a datos como la etnia y el tipo de crimen organizado (jerárquica, estructura de red etc.).

244, 248 y 301 del CPe; d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 CPe; e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 CPe; f) Delito de tráfico de material nuclear y radioactivo previsto en el art. 345 del CPe; g) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del CPe; h) Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 368 del CPe; i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del CPe; j) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 578 del CPe; k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/ 1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando⁷⁵. El legislador español parece haberse fijado como nota distintiva del crimen organizado en la orientación a la comisión de determinados delitos que enumera de forma cerrada, donde se incluyen algunos de los más graves; si bien no están todos (no comprende, por ejemplo, a la asociación criminal dedicada a la comisión de asesinatos por encargo), ni todos los que se incluyen son particularmente graves (como los delitos contra la flora o la fauna). Otras notas características requeridas, como la permanencia o reiteración de la actividad delictiva, así como el dato de estar integrada por 3 o más personas, son, sin embargo, propiedades exigidas por lo común para caracterizar cualquier asociación criminal. De este modo, la definición de crimen organizado introducida en la LECr no está sintonía con el concepto criminológico dominante de crimen organizado.

V. la internacionalización de las asociaciones criminales.

La eficacia del tipo penal en la lucha contra el crimen organizado resulta condicionada de modo importante por su ámbito de aplicación espacial. Característica destacada de esta forma de delincuencia en los momentos actuales es su carácter internacional⁷⁶. La organización se extiende por varios países, o bien tiene su sede y centro de decisión en un país diferente a aquel en el que ejecuta sus acciones delictivas. La compleja estructura de estas organizaciones y su característica división del trabajo favorece la comisión de delitos a “distancia”. El tratamiento penal de la asociación criminal, y particularmente

⁷⁵ Cfr. sobre este concepto ANARTE BORRALLA, E. “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, op. cit., pgs.31 ss.

⁷⁶ Cfr. PERRON, W. “Strafrechtsvereinheitlichung in Europa”, en DIETER DÖRR/MEINRAD DREHER (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, Baden-Baden 1997, pgs.135 ss. (146 s.); RUPPRECHT, R. “Rechtstaatsachen als Basis der Organisierte Kriminalität-Gesetzgebung”, en Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität*, Wiesbaden 1997, pgs.67 ss. (74); BLANCO CORDERO, I. “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, en *Eguzkilore*, nº 11, 1997, pgs. 213 ss. (214 ss.); además de nuestro estudio BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado...”, op. cit., Apdo.II, con posteriores referencias bibliográficas.

de la organización criminal no puede dejar de captar esta realidad si quiere ser verdaderamente eficaz. En el ámbito alemán, por ejemplo, se ha puesto de manifiesto reiteradamente cómo la exigencia del Tribunal Supremo Federal alemán de que la organización tenga al menos una parte de su sede en territorio alemán ha impedido en numerosos casos la aplicación del tipo penal⁷⁷. Hemos visto también ya como el Código penal suizo ha previsto la aplicación extraterritorial del tipo penal⁷⁸.

La internacionalización de los grupos criminales se ha visto ampliamente favorecida por diversos factores en la última década, como el desarrollo tecnológico en el ámbito de las comunicaciones y la creación de zonas de libre comercio. Y en particular en el ámbito europeo por dos factores. En primer término, por la creación del espacio económico sin fronteras nacionales de la Unión Europea, que contempla la libre circulación de personas y capitales y camina hacia la moneda única. En segundo lugar, por la entrada en escena de grupos mafiosos procedentes de los países de la Europa del este a partir de la caída de los regímenes comunistas en los primeros años noventa de este siglo. Estos han florecido extraordinariamente al calor de la inestabilidad y falta de control que caracteriza el periodo de transición política y económica en la mayoría de estos Estados.

Desde hace años se observa cómo los Estados han tomado conciencia de la necesidad de cooperación internacional en materia de crimen organizado, que se ha canalizado a través de diferentes foros internacionales, entre otros las Naciones Unidas y la Unión Europea⁷⁹. La eficacia en este ámbito pasa por una extensión de las reglas de competencia extraterritorial, generalmente mediante la adopción del principio de jurisdicción universal en la materia (frente al de territorialidad que rige de modo general), además de por la articulación de instrumentos adecuados de cooperación tanto a nivel policial como judicial⁸⁰.

Los esfuerzos internacionales en los ámbitos indicados se dirigen a la adopción de compromisos de tipificación penal de conductas relativas a la organización criminal, como la fundación, participación y sostenimiento, así como a la extensión de la competencia extraterritorial en la materia y la adopción de una política de cooperación entre las autoridades policiales

⁷⁷ Cfr. SCHAEFER, H.C. “Organisierte Kriminalität aus der Sicht der Justiz”, en Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität*, Wiesbaden 1997, pgs.107 ss. (116).

⁷⁸ Cfr. supra Apdo.III.5.

⁷⁹ Cfr. BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado...*”, op. cit., Apdos.III y IV; BUENO ARUS, F. *Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada y MORENO MORENO, F. La criminalidad organizada internacional*, ambos en FERRE OLIVE, J.C/ ANARTE BORRALLA, E. (Eds.) *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. de Huelva 1999, pgs.59 ss. y 375 ss. respectivamente.

⁸⁰ Cfr. BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado...””, op. cit., Apdo.V.

y judiciales mediante medidas que facilitan las extradiciones, la recogida e intercambio de información, la protección de testigos y víctimas etc.

En el ámbito de las Naciones Unidas los esfuerzos se concentran, como hemos mencionado ya, en un “*Proyecto de Convención de Naciones unidas contra la criminalidad transnacional organizada*”, cuyo último texto revisado es de marzo de 1999⁸¹. La ratificación de la Convención obligaría a los Estados a la tipificación penal de las conductas de “participación en una organización criminal” (concepto definido en el art. 2 bis, antes comentado⁸²), en particular, de acuerdo con el artículo 3, de los comportamientos siguientes:

- a) “El comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o más personas para ejercer una actividad que de realizarse derivaría en la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad de al menos (cuantía no fijada) años; o
- b) “El comportamiento de toda persona que participa en una organización criminal cuando esta participación es deliberada y se dirija a facilitar la actividad criminal general del grupo o servirle en sus fines, o se haga con pleno conocimiento de la intención del grupo de cometer las infracciones.

Además de las obligaciones de tipificación, en el Proyecto de Convenio se contemplan otras medidas en materia de extradición (art. 10), cooperación judicial (art. 14), técnicas de investigación especial (art. 15), protección de testigos y víctimas (art. 18), cooperación de los órganos encargados de la aplicación de la ley (art. 19), recogida e intercambio de información (art. 20), formación y asistencia técnica (art. 21) etc.

En el ámbito de la Unión Europea uno de los instrumentos más importantes sobre crimen organizado es la reciente “*Acción común de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea*”⁸³.

⁸¹ Cfr. supra nota 64. La Unión Europea ha apoyado recientemente la elaboración de la futura Convención y sus Protocolos a través de la *Posición común definida por el Consejo sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea*, de 29 de marzo de 1999, *relativa a la Propuesta de Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada* (art.1).

⁸² Cfr. supra Apdo.IV.

⁸³ Cfr. en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nºL 351/1 de 29 de diciembre de 1998. Sobre la misma y otras actividades e instrumentos adoptados por los países comunitarios en materia de crimen organizado cfr. BLANCO CORDERO, I./SANCHEZ GARCIA DE PAZ, M.I. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado...”, op. cit., Apdo.IV y V. Sobre la internacionalización del crimen organizado como motor de la unificación europea en materia penal, con propuestas político-criminales en la materia cfr. PERRON, W. “Strafrechtsvereinheitlichung in Europa”, op. cit., pgs.146 ss. Acerca de la incidencia del crimen organizado en la Unión Europea cfr. también FIJNAUT, C. “Organisierte Kriminalität: eine wirkliche Bedrohung für die Europäische Union”, en *Festschrift für G. Kaiser*, Berlin 1998, pgs.509 ss.

En ella los Estados se comprometen a tipificar las conductas siguientes (art. 2) en relación a la organización delictiva definida en el art. 1 (cfr. supra Apdo. IV): (a) el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente

- en las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aun cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho Penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución,
- en las demás actividades de la organización, teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contemplada en el artículo 1:

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

Es preciso destacar que los países comunitarios han marcado entre sus objetivos más recientes la creación de un espacio judicial único europeo en materias como el crimen organizado, propósito manifestado en el artículo 31 del reciente *Tratado de Amsterdam* de 2 de octubre de 1997 –en vigor desde el 1 de mayo de 1999–⁸⁴, en el que se amplían competencias en materia judicial, en el marco de lo que se conoce como el “Tercer Pilar” de la Unión Europea, con el fin de “adoptar progresivamente las medidas necesarias para establecer las reglas mínimas aplicables a los elementos constitutivos de la infracción penal y a las sanciones en lo referente al crimen organizado, al terrorismo y al tráfico de drogas”.

Las definiciones de organización criminal de las Naciones Unidas y la Unión Europea que antes tuvimos ocasión de exponer⁸⁵ son en general más restringidas que las ya existentes en la legislación interna, que suele extender el ámbito del tipo a cualquier “asociación” de finalidad criminal y no sólo a las “organizaciones” criminales, en las que es característico un grado mayor

⁸⁴ *Por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos*, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n°C 340/1, de 10 de noviembre de 1997. Este Tratado modifica el Tratado de Roma de 1957 que crea la Comunidad Europea (T.C.E.) y el Tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992 que crea la actual Unión Europea (T.U.E.). La ratificación por España del Tratado de Amsterdam se ha hecho por Ley orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, B.O.E. de 17 de diciembre de 1998.

⁸⁵ Cfr. supra Apdo.IV.

de estructuración y de permanencia en el tiempo que no está presentes, por ejemplo, en las meras “bandas criminales”. Por otra parte, se restringe el concepto a organizaciones destinadas a la comisión de crímenes particularmente graves, y no de cualquier delito, límite que no suele aparecer en las legislaciones nacionales. De modo que la mayoría de los países ya se encuentran acomodados a estos instrumentos internacionales en lo que respecta a las obligaciones de modificación de la legislación penal sustantiva; por ello serán más relevantes en la práctica las novedades que se introduzcan en materia de aplicación de la ley penal a delitos cometidos en el extranjero y de cooperación policial y judicial para la lucha contra el crimen organizado. Respecto de la primera cuestión tanto el instrumento de las Naciones Unidas como el de la Unión Europea prevén la aplicación extraterritorial del tipo penal mediante la adopción del principio de jurisdicción universal (cfr. arts. 6. 5 y 4 respectivamente)⁸⁶.

VI. Función preventivo-policial del delito de asociación criminal.

Que el tipo de asociación criminal cumple una función exclusivamente preventiva y no represiva es algo que viene dado por su naturaleza de delito de preparación⁸⁷. Se castigan conductas que a lo sumo podríamos calificar de preparatorias de un futuro delito⁸⁸, más bien cabría decir que son previas incluso a la preparación de un delito concreto. Dejando por el momento al

⁸⁶ Cfr. ampliamente sobre la cuestión BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado...”, op. cit., Apdo.V.I.a.

⁸⁷ Sobre el carácter preventivo de la figura en el Derecho Italiano cfr. FIANDACA, G./MUSCO, E. *Diritto Penale, Parte Speciale*, vol.I, op. cit., pg.354; en Alemania cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.28 s.; MAURACH, R. *Strafrecht. Besonderer Teil*, 5ª ed., 1969, pg.670; MAURACH, R./SCHROEDER, F.-C./MAIWALD, M., *Strafrecht. Besonderer Teil*, 7ª ed., T. II, Heidelberg 1991, &95.nº3, donde se refiere al bien jurídico “evitación de hechos punibles” como el protegido por la figura del 129 StGB; v. BUBNOFF, E. en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., &129.nº1; RUDOLPHI, H.J. en RUDOLPHI, H.J./HORN, E./SAMSOM, E./GÜNTHER, H.L., *Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar...*, BT.II, op. cit., &129. nº2 y en “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1979, pgs.214 ss. (215 s.): se trata de proteger los bienes jurídicos protegidos por los tipos de la Parte Especial excepcionalmente ya en el estadio de la preparación; BECK, W. *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung: zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit, -erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstabestände des politischen Strafrecht*, Berlin 1992, pgs.209 s.; MÜSSIG, B.J.A. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz: zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für &&129, 129 a und 324 StGB*, Frankfurt a. M. 1994, pgs.217 ss. y 241; en Suiza cfr. SCHULTZ, H. en “Die Kriminelle Vereinigung”, op. cit., pg.21.

⁸⁸ Sobre la caracterización de la figura como situada en el ámbito de la preparación cfr. FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der &&129, 129 a StGB...*, op. cit., pg.3; RUDOLPHI, H.J. en RUDOLPHI, H.J./HORN, E./SAMSOM, E./GÜNTHER, H.L., *Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar...*, BT.II, op. cit., &129, nº2 y 3; OSTENDORF, H. “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen”, &&129, 129 a StGB”, en *Juristischer Arbeitsblätter* 1980, pgs.499 ss. (500); y SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit.

margen los evidentes problemas de legitimación que desde el principio de protección de bienes jurídicos plantea la figura –y que examinaremos en el Apdo. VIII–, queremos ahora poner de relieve la importancia que en la práctica tiene esta función preventiva.

1. En primer término, cumple el tipo claramente una función de facilitación de la prueba de los delitos cometidos por la banda⁸⁹. En un Estado de Derecho, y en el ámbito procesal penal, el inicio de actividades de investigación de la policial judicial debe estar unido a la existencia de la sospecha de un concreto hecho delictivo. No están permitidas las investigaciones que carecen de ese fundamento, como las grabaciones telefónicas o de imágenes o las redadas indiscriminadas, no motivadas por la sospecha de un delito previo sino esperando tener conocimiento de alguno por azar. Si la mera pertenencia o sostenimiento de una asociación criminal ya son constitutivos de delito, la sospecha de estos comportamientos permite el inicio de la investigación criminal, pese a que se carezca de la sospecha de la comisión de un delito concreto por el grupo criminal, como, por ejemplo, el tráfico de drogas o la extorsión. La figura de la asociación criminal cumple en la práctica para la policía la significativa función de permitir una investigación en el ámbito previo de otros delitos, investigación que de otro modo sería imposible. Permite al juez autorizar medidas indagatorias que al final pueden posibilitar el descubrimiento de delitos de los que no existía sospecha inicial.

Cabe decir, hasta cierto punto, que la figura de la asociación ilegal permite “encubrir”, dar un “paraguas legal” formal a investigaciones delictivas no apoyadas en la sospecha de concretos delitos, incluso previas a la comisión de cualquier delito, luego de otro modo ilegales⁹⁰. La práctica judicial alemana muestra la existencia de un número elevado de aperturas de diligencias

⁸⁹ Cfr. BASTEN, T. *Von der Reform des politischen Strafrecht...*, op. cit., pg.226; FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§129, 129 a StGB...*, op. cit., pg.262; y ampliamente LANGER-STEIN, R. *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.160 ss.

⁹⁰ En este sentido es calificado en la doctrina alemana de “Ermittlungsparagraph”, cfr. FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§129, 129 a StGB...*, op. cit., pgs.263 ss.; COBLER, S. “Plädoyer für die Streichung der §§129, 129 a StGB. Zur Revision der “Anti-Terrorismus-Gesetze”, en *Kritische Justiz* 1984, pgs.407 ss. (417) lo califica de “*strafprozessualer Passpartout*” y GÖSSNER, R. de “*fungible Ausforschungsparagraph*” en “Widerstandbekämpfung, Zur Funktionalisierung des “Terrorismus- &129a als Ausforschungsnorm und Kristallisationskern eines politischen Sonderrechtssystem”, en GÖSSNER etc. (Hrsg.) *Restrisiko Mensch*, Bremen, 1987 pgs.59 ss. (61); PIETH, M. “Die Bekämpfung des organisierten Verbrechen...”, op. cit., pg.265, para quien el tipo de organización criminal sirve previamente a la extensión de las competencias policiales; también de “*Ermittlungsparagraphen*” los califica MÜSSIG, B.J.A. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz...*, op. cit., pg.22, y en particular respecto del §129 a entiendo que teniendo en cuenta las múltiples competencias de intervención procesal ligadas a esta norma, tiene una función de “*fungible Ausforschungsparagraph*”; y BÖGEL, M. *Strukturen und Systemanalyse der Organisierten Kriminalität in Deutschland*, op. cit., pg.63. También crítico al respecto, y en relación a las asociaciones dedicadas a la delincuencia económica HOHMANN, O. “Zur eingeschränkten Anwendbarkeit von §129 StGB auf Wirtschaftsdelikte”, *Wistra* 1991, pgs. 85 ss.

judiciales por delito de asociación ilegal, mientras que el número de condenas finales es escaso. Existe una clara desproporción entre ambos indicadores⁹¹. En el camino de la investigación han sido descubiertos y probados nuevos delitos que son los que finalmente serán objeto de juicio. Por eso un mero repaso de las estadísticas judiciales de condenas por la figura de asociación ilegal no proporciona en absoluto una imagen fiel de la importancia y virtualidad práctica de este delito.

El delito de asociación criminal, a juicio de Langer-Stein, es un ejemplo de lo que se ha caracterizado como “fuerza configuradora del Derecho Penal del Derecho de prueba”⁹².

Esta función de facilitación de la prueba es particularmente visible cuando se trata de asociaciones terroristas, porque en muchos países en conexión con este tipo de asociaciones criminales se permite el ejercicio de competencias de investigación excepcionales, o bien la adopción de medidas cautelares también particularmente invasivas⁹³. O incluso la entrada en juego de una jurisdicción especial. Así sucede en nuestro país en los planos mencionados. La competencia judicial en materia de terrorismo está reservada a los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional⁹⁴. El artículo 55.2 de la Constitución española permite la suspensión de varios derechos fundamentales en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de “bandas armadas o elementos terroristas”. En particular del derecho reconocido en el art. 17. 2 CE, relativo a la duración máxima de la prisión preventiva⁹⁵; del derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en

⁹¹ Como indica SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pg.25; OSTENDORF, H. *Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)* III, op. cit., &129 a. n°4; GÖSSNER, R. “Auf der Suche nach den verlorenen Maßstäben”, en *Demokratie und Recht* 1987, pgs.142 ss.; FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der &129, 129 a StGB...*, op. cit., pgs.264 ss.; LAU, S./MISCAU, A. “Normgenese, Zielsetzung und Rechtswirklichkeit des &129 (R)StGB und des &129 a StGB”, op. cit., pg.73 ss.; también BÖGEL, M. *Strukturen und Systemanalyse der Organisierten Kriminalität in Deutschland*, op. cit., pg.63.

⁹² Cfr. LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pg.165. Cfr. al respecto PETERS, K. *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, en *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart* 276/277, Tübingen 1963; ARZT, G. “Der Einfluss von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Recht”, en *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, Ottenstein 1980, pgs.77 s.; LÜDERSEN, K. “Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n°85 (1973), pgs.288 ss.; HILLENKAMP, T. “Beweisnot und materielles Recht”, en Broda, C./Deutsch, E./Schreiber, H.L./Vogel, H.J. (Hrsg.) *Festschrift für R. Wassermann*, Neuwied 1985, pgs.861 ss.

⁹³ Cfr. OSTENDORF, H. *Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)* III, op. cit., &129 a. n°5; LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pg.165; y MAURACH, R./SCHROEDER, F.-C./MAIWALD, M. *Strafrecht. BT*, op. cit., &95, n°2.

⁹⁴ Cfr. la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 8/1988, de 25.5.

⁹⁵ En este caso se amplía el plazo máximo previsto constitucionalmente en el art.17.2 CE (no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto en libertad

el art. 18. 2 CE⁹⁶; y del derecho al secreto de las comunicaciones, y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas reconocido en el art. 18. 3 CE⁹⁷. También respecto del derecho a la asistencia de abogado surgen especialidades en situaciones de terrorismo previstas en la legislación penitenciaria para las comunicaciones entre preso y abogado⁹⁸. En otros países, como Alemania, Francia o Italia, lo mismo sucede a propósito de los tipos especiales para la asociación terrorista, o en Italia para la asociación mafiosa, o Estados Unidos para el crimen organizado⁹⁹.

2. La importancia práctica del tipo de asociación criminal se revela además en un segundo aspecto: permite al menos la condena por este comportamiento de aquellos miembros respecto de los que no es posible probar la

o a disposición de la autoridad judicial) según dispone el art.520 bis LECr para los delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes: el plazo de 72 horas es ampliable 48 horas más, como máximo, si lo autoriza el juez.

⁹⁶ Cfr. el art.553 LECr que en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas permite a los agentes de policía la detención, entrada y registro “de propia autoridad” en casos de “excepcional y urgente necesidad”.

⁹⁷ Para los delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, de acuerdo con el art.579.4 LECr, la suspensión del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia privada postal y telegráfica y de las comunicaciones telefónicas puede ordenarla el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado (redacción procedente de la reforma de la LECr de 1988). En el ámbito penitenciario nos encontramos con un régimen especial: el art.50.1 y 3 del Reglamento Penitenciario (RP) regula el registro de paquetes recibidos y enviados en el ámbito penitenciario. Los arts. 51 ss. de la Ley General Penitenciaria (LGP) y los art.41 ss. del RP (especialmente 46 a 48) se ocupan del régimen de comunicaciones. Se regula en particular la intervención de las comunicaciones escritas (art.46 RP) y de las comunicaciones con Abogados y procuradores (art.48 RP). Estas son intervenibles por orden autoridad administrativa, salvo las de abogado y procurador, que precisan de la orden de la autoridad judicial competente (art.48.3 RP), salvo que se trate de supuestos de terrorismo (art.51.2, 3 y 5 RP). Las comunicaciones con las autoridades citadas en el art.49 RP siguen también un régimen especial. Las efectuadas con el Defensor del Pueblo o sus delegados -o instituciones afines en las Comunidades Autónomas-, autoridades judiciales y Ministerio Fiscal no pueden ser objeto de restricción o suspensión por autoridades administrativas. Con respecto a otros dos aspectos del derecho a la intimidad, como son el derecho al secreto de las comunicaciones orales y el derecho a la propia imagen (art.18.1 y 3 CE), en relación a los delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes se dispone que el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado pueden ordenar la modalidad de intervención consistente en observación de las comunicaciones, comunicándolo al juez que en el plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación revocará o ratificará la medida (art.579.4 LECr) (Fue objeto de desarrollo inicialmente en la Ley Orgánica 9/1984, de 26.12 *relativa a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas*, declarada parcialmente inconstitucional por la STC 199/1987 y derogada por las Leyes Orgánicas 3/1988, de 25.5 modificadora del CPe y 4/1988, de 25.5 modificadora de la LECr). Para las comunicaciones telefónicas en el ámbito penitenciario y en materia de terrorismo encontramos de nuevo un régimen especial: los arts.51.2 a 5 de la LOGP y los arts.41 ss. –en especial 46 a 49– del RP con respecto a la intervención de las comunicaciones telefónicas (art.47 RP), las comunicaciones con Abogados y procuradores (art.48 RP) y las comunicaciones con autoridades o profesionales (art.49 RP). En líneas generales puede decirse que son intervenibles por la administración penitenciaria, salvo las comunicaciones con abogado y procurador y las realizadas con Defensor del pueblo y Ministerio Fiscal, sometidas a las condiciones antes apuntadas que rigen las comunicaciones escritas.

⁹⁸ Cfr. art.51.2 de la Ley Orgánica 1/1979 *General Penitenciaria* y art.48 del Reglamento Penitenciario de 1996.

⁹⁹ Cfr. supra las normas procesales citadas, Apdo.III.

participación en los concretos delitos cometidos por la organización. De este modo, cumple la función de “tipo de recogida”¹⁰⁰. Estas dificultades de prueba afectan sobre todo al denominado “hombre de atrás”, a la cúpula directiva de la organización, que no interviene materialmente en la ejecución del hecho¹⁰¹. Incluso en ocasiones las organizaciones criminales, también aquí imitando el proceder de las empresas legales, “subcontratan” la ejecución de determinadas tareas criminales. Las estadísticas nos muestran nuevamente en Alemania que la mayoría de las condenas por ese delito se refieren a este tipo de personas¹⁰². La dirección además no tiene contacto a menudo con el sector operativo del grupo. Es característica la incomunicación entre los diferentes niveles jerárquicos de la organización, de modo que los dirigentes no son conocidos por los que actúan en niveles inferiores, lo que dificulta la identificación. En muchos casos es conocida la participación pero no el grado y calidad de la misma, lo que impide la exigencia de responsabilidad penal.

VII. Problemas de legitimación político-criminal de la Asociación Criminal.

Un tipo penal situado tan al margen del denominado Derecho penal nuclear, en su ámbito previo¹⁰³, reclama una reflexión acerca de su legitimidad. Sólo razones de excepcional peligrosidad del comportamiento pueden legitimar una intervención penal tan anticipada respecto de la función característica del Derecho penal, la protección de los bienes jurídicos fundamentales frente a conductas de lesión o puesta efectiva en peligro. No parece que cualquier tipo penal de asociación criminal cumpla estas exigencias.

Lo cierto, sin embargo, es que la discusión sobre este delito, que hemos caracterizado como de preparación y de peligro abstracto¹⁰⁴, suele ser menos viva que la que afecta a normas de la Parte General del Código que criminalizan

¹⁰⁰ Cfr. BASTEN, T. *Von der Reform des politischen Strafrecht...*, op. cit., pg.226; y ampliamente FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§129, 129 a StGB...*, op. cit., pg.259. Críticamente sobre esta función de facilitación de la prueba desde la perspectiva del Estado de Derecho, SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.29 s.; y LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.160 ss., 164 ss.

¹⁰¹ Cfr. SIEBER, U. “Gefahren und Präventionsmöglichkeiten im Bereich der internationalen Organisierten Kriminalität”, op. cit., pg.271.

¹⁰² Cfr. al respecto LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.168 ss., que ofrece una imagen estadística de los casos juzgados en Alemania en los últimos 15 años.

¹⁰³ Sobre los conceptos de “Derecho Penal nuclear” y criminalización en el “ámbito previo” del mismo cfr. nuestra contribución SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, op. cit., pgs.11 ss., 15 ss.

¹⁰⁴ Cfr. supra Apdo.I.

actos preparatorios. Y ello a pesar de que por lo general estas normas intervienen en un momento más próximo al delito. Por ejemplo, en nuestro país, la literatura casi unánime ha criticado el castigo generalizado, esto es, en relación con cualquier figura de delito, de las conductas de proposición, conspiración y provocación al delito que aparecía en el Código Penal anterior (arts. 3 y 4). Y ha saludado positivamente la restricción de la punibilidad de estos comportamientos a los delitos más graves que guía al nuevo Código Penal¹⁰⁵. Parece que las normas que representan una criminalización en el ámbito previo de la Parte General (por ejemplo, las disposiciones sobre la tentativa inidónea o sobre actos preparatorios) suscitan más preocupación que aquellas de la Parte Especial. Pues las primeras tienen en principio un ámbito de aplicación más amplio (toda la Parte Especial, todos los bienes jurídicos) que las segundas.

Desde luego este proceder es comprensible para otros delitos de preparación de la Parte Especial, pero en modo alguno para el delito de asociación para delinquir. Si se castiga la asociación para cometer cualquier delito de la Parte Especial, estamos ante una norma que, pese a su ubicación, tiene el carácter de una norma de Parte General. Además se castiga la fundación y participación en una asociación con fines criminales no sólo antes de la comisión de ningún delito, sino de la mera planificación de un delito concreto. Es decir, que se interviene en fases previas a la preparación de un delito, en lo que podría denominarse la pre-preparación. O, por ejemplo, en fases previas a la conspiración para delinquir, figura que el Derecho español conoce como acto preparatorio punible sólo en relación a un número determinado de delitos que expresamente lo prevén en atención a su gravedad.

F.C. Schroeder en una contribución de 1984 relativa a los que denomina “*Die Straftaten gegen das Strafrecht*” (Delitos contra el Derecho Penal) vio con claridad la naturaleza de esta norma. Más que un delito contra el orden público, como suele aparecer caracterizado en la mayoría del los Códigos Penales, estamos ante un delito de los destinados a reprimir comportamientos crimi-nógenos¹⁰⁶. Pertenece a un grupo de delitos que no tienen un bien jurídico propio, sino que más bien protegen los bienes jurídicos que protegen el resto de los tipos de la Parte Especial –de ahí la denominación manejada por el autor, “delitos contra el Derecho Penal”^{107/108}. Dentro de este grupo incluye las

¹⁰⁵ Cfr. al respecto más ampliamente SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, op. cit., pgs.60 s., con ulteriores referencias bibliográficas sobre la cuestión; y “El sistema de penas en el Código penal de 1995” (II), en *La Ley*, nº4011, de 9.4.1996, pgs.1 ss. (nota 68 de la pg.2).

¹⁰⁶ Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.6 s., 9 s.

¹⁰⁷ Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.11 s.

¹⁰⁸ Principal valedor de esta tesis ha sido H.J. RUDOLPHI en “Verteidigerhandeln als Unterstützung einer krimineller oder terroristischen Vereinigung...”, op. cit., pgs.317 s.; “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, op. cit., pg. 216;

siguientes figuras del Código alemán, muchas de las cuales son habituales en el Derecho Comparado, así como en el Derecho español: §§ 111 (exhortación pública a la comisión de delitos), 257 s. (encubrimiento real y personal), 138 (omisión del deber de denunciar determinados delitos), 131 (demostración de violencia), 130a (instrucción –*Anleitung*– para la comisión de delitos), 323a *Vollrausch* (embriaguez dolosa o imprudente seguida de la comisión de un hecho antijurídico pero en estado de inimputabilidad por la causa anterior), 181 a (rufianismo), 140 (recompensa y público consentimiento de delitos); incluso los §§ 145d (simulación de delito), 120 (liberación de presos) y 121 (sublevación de presos)¹⁰⁹. De modo que surge inmediatamente la duda, ya planteada por Schroeder, de si no estamos ante normas que pertenecen a la Parte General¹¹⁰. Así lo parece si seguimos el criterio de que lo característico de las normas de la Parte General es precisamente su “generalidad”, el hecho de referirse a todos los tipos de la Parte Especial o al menos a un cierto número de ellos de distintas secciones; y también si seguimos el criterio de que las normas de la Parte General, a diferencia de aquellas de la Parte Especial, no protegen ningún bien jurídico concreto¹¹¹. Schroeder termina por caracterizar este tipo de normas como “causas de extensión de la tipicidad” (*Tatbestandausdehnungsgründen*), a través de las cuales la frontera de lo punible se ve ampliamente adelantada¹¹². Como pone de manifiesto Langer-Stein, no estamos (refiriéndose al § 129

y en RUDOLPHI, H.J./HORN, E./SAMSOM, E./GÜNTHER, H.L., *Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar...*, BT.II, op. cit., §129.nº2. Esta tesis, inicialmente minoritaria en Alemania frente a los que defendían la tesis del orden público, la paz pública o la confianza de la población como bien jurídico protegido, se impone progresivamente especialmente entre los jóvenes penalistas autores de varias Tesis Doctorales recientes sobre la materia (también con amplia información sobre la discusión en las obras monográficas en esta nota citadas de Fürst pgs.55 ss., Langer-Stein, pgs.24 ss. y Scheiff, pgs.17 ss.), cfr. en este sentido, entre otros, SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.11 y 28 s.; MAURACH, R./SCHROEDER, F.-C./MAIWALD, M. *Strafrecht. BT*, op. cit., §95, nº3; OSTENDORF, H. “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen”...”, op. cit., pg.500; el mismo, “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von Hausbesetzungen”, en *Juristische Schulung*, 1981, pgs.641 ss. (642); el mismo en *Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)* III, op. cit., §129. nº4 s.; BOTTKE, W. “Anmerkungen zu BGHSt 32, 243”, en *Juristische Rundschau*, 1985, pgs.122 ss. (123); FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§129, 129 a StGB*, op. cit., pgs.55 ss., 68 s.; LANGER-STEIN, R. *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, op. cit., pgs.134 s., 150 ss.; cfr. asimismo MÜSSIG, B.J.A. *Schutz abstrakter Rechtsgüter...*, op. cit., pgs.217 ss. y 221; SCHEIFF, B. *Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?*, Frankfurt a.M. 1997, pgs.25 ss., 28 s.

¹⁰⁹ Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.1 ss.

¹¹⁰ Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.20 ss.

¹¹¹ Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pg.21. Sobre las relaciones entre la Parte General y Especial del Derecho Penal cfr. FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975.

¹¹² Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pg.21; M.E. MAYER ya las calificó de “*Strafausdehnungsgründe*”, en *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1923, pgs.341 ss. (citado por Schroeder, op. cit., pgs.21 s.). Estos “delitos contra el Derecho Penal”, la mayoría de origen relativamente reciente, son, indica Schroeder, el programa político-criminal del siglo XX (pg. 23).

StGB alemán) ante una disposición excepcional, sino de una ampliación general de la punibilidad, comparable con aquellas de la Parte General¹¹³.

A todo ello viene a sumarse el dato de que, en cuanto el comportamiento se prevé como delito en la Parte Especial, le son en principio aplicables las normas de la Parte General que incriminan la tentativa y la participación de esos comportamientos pre-preparatorios¹¹⁴. Por otra parte, son muchos los ordenamientos que castigan como modalidades delictivas el sostenimiento y la propaganda de la asociación ilegal (esta última claramente pensada para las asociaciones políticas), es decir, que no estimando suficiente el castigo de las conductas de preparación a través de las normas generales construyen un específico delito de participación, respecto del que nuevamente cabe al menos teóricamente –y en algunos ordenamientos expresamente– la tentativa o la participación¹¹⁵. Nuestro país, por ejemplo, conoce una modalidad delictiva de esas características en los artículos 518 (favorecimiento) y 576 (colaboración con banda armada o grupo terrorista); y además, en el artículo 520 se castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita: esto es, actos preparatorios de los pre-preparatorios de un delito. En otros como Alemania se castiga expresamente la tentativa de fundación (& 129. 3). En Gran Bretaña se declara punible la conspiración también para la comisión de tentativas imposibles de delito (secc. 1. (1). b) de la Criminal Law Act de 1977)¹¹⁶.

VIII. Fundamento político-criminal de la figura: la especial peligrosidad del comportamiento criminal organizado.

La especial peligrosidad de toda asociación criminal –al margen de los peligros más característicos del crimen mafioso u organizado que ya hemos puesto de relieve y son bien conocidos– es indicado como el fundamento

¹¹³ Cfr. LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pg.165.

¹¹⁴ Sobre la admisibilidad de la tentativa respecto del delito de asociación ilícita cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pgs.324 ss., en particular en relación al Derecho español, pgs.342 ss.

¹¹⁵ Cfr. crítico respecto de la normativa alemana que castiga estos comportamientos RUDOLPHI, H.J. en RUDOLPHI, H.J./HORN, E./SAMSOM, E./GÜNTHER, H.L., *Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar, BT II*, op. cit., &129. n°4, indicando que el problema radica en que se castiga no sólo la creación de una asociación criminal y la participación como miembro en ella, sino también cualquier forma de sostenimiento, e incluso la propaganda de ella sin resultado, eso es, no sólo la autoría de ciertos actos preparatorios, sino incluso la inducción y la complicidad consumada y en tentativa a esos actos preparatorios, esto es, va más allá que la norma emparentada con ella que es el &30 StGB; y, del mismo autor, “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, op. cit., pgs.215 ss.; también como el anterior favorable a la supresión de las modalidades de “propaganda” y “sostenimiento”, LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.224 ss.

¹¹⁶ Cfr. CARD/CROSS/JONES *Criminal Law*, op. cit., Cap. 22. 18.

político-criminal de la figura¹¹⁷. De la asociación criminal se deriva una peligrosidad superior a la del individuo aislado. En ella se desarrolla un dinámica que facilita la comisión de delitos, debido a los siguientes factores¹¹⁸.

1. En primer lugar, porque en el grupo se reducen o excluyen los factores de inhibición de la comisión de delitos y los sentimientos de responsabilidad criminal que sí suelen actuar cuando se delinque individualmente¹¹⁹. El comportamiento criminal dentro de un colectivo ha sido objeto de estudio de la Psicología. Debe destacarse aquí al respecto el estudio de Jäger sobre el comportamiento criminal del individuo dentro de una masa o de un grupo, donde muestra como éste se ve influido por la dinámica colectiva¹²⁰.

2. En segundo término, porque la organización permite la construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión del delito, así como ulteriormente al encubrimiento de sus miembros para evitar la persecución penal¹²¹. La suma de fuerzas y la planificación y división eficaz del trabajo fundamentan claramente un mayor peligro para los bienes jurídicos, aunque este comportamiento se encuentre alejado de ellos¹²². A ello contribuye asimismo la profesionalización de los miembros de la organización, favorecida por su carácter duradero y la organización racional.

Algunas de las formas más graves de comportamiento criminal, debido precisamente a su complejidad, están a cargo casi exclusivamente de grupos

¹¹⁷ Ofrece amplia información sobre los diferentes argumentos manejados en este campo LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.157 ss.; toma de posición en la pg.187 reconociendo la presencia de mayor peligrosidad en las asociaciones criminales que en los individuos y 212 ss.; en el ámbito anglosajón cfr. WILSON, W. *Criminal Law*, op. cit., pgs.552 s.

¹¹⁸ Cfr. RUDOLPHI, H.J. “Verteidigerhandeln als Unterstützung einer krimineller oder terroristischen Vereinigung...”, op. cit., pg.317; y en RUDOLPHI, H.J./HORN, E./SAMSOM, E./GÜNTHER, H.L., *Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar...*, BT II, op. cit., &129. n°3, cuyas conclusiones siguen la mayoría de los autores alemanes.

¹¹⁹ Cfr. RUDOLPHI, H.J. en “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, op. cit., pg.215, además de las obras citadas en la nota anterior; OSTENDORF, H. “Entwicklungen in der Rechtsprechung zur “Bildung krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen”...”, op. cit., pg.500; LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.177 ss. y crítica en pgs.180 ss.

¹²⁰ Cfr. JÄGER, H. *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhalten. Zur strafrechtlichen -kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*, Frankfurt a.M. 1985.; y, del mismo autor, en *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt*, Frankfurt a.M. 1989.

¹²¹ Cfr. RUDOLPHI, H.J. “Verteidigerhandeln als Unterstützung einer krimineller oder terroristischen Vereinigung...”, op. cit., pg.317; y “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, op. cit., pgs.214 ss.; v. BUBNOFF, E. en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., &129. n°1; LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.153 ss.; MAURACH, R./SCHROEDER, F.-C./MAIWALD, M., *Strafrecht. BT 2*, op. cit., &95, n°3; OSTENDORF, H. *Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare) III*, op. cit., &129. n°5 y, del mismo autor, “Verteidigung am Scheideweg...”, op. cit., pg.253.

¹²² Cfr. LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pgs.157 ss.

criminales: por ejemplo el tráfico de estupefacientes o de armas, o el terrorismo; también el blanqueo de dinero, el tráfico ilegal de mano de obra o de personas destinadas a la prostitución¹²³. En otros casos la peligrosidad se manifiesta por el alcance expansivo de la actividad delictiva de la organización: conductas de gravedad relativa cometidas por un individuo, como la corrupción, adquieren otras dimensiones cuando se multiplican sus efectos bajo la autoría de la organización. No es comparable el traficante individual de armas que la organización dedicada al tráfico ilegal a nivel internacional de armas. O el fraude de subvenciones a la Unión Europea cometido por un individuo aislado que el llevado a cabo por una organización. La fuerza logística de la organización terrorista la sitúa en un plano muy diferente del propio del terrorista individual. En manos de la asociación el delito deja ya de ser un hecho aislado y acostumbra a adquirir carácter masivo. En particular cuando se trata de fenómenos de crimen organizado o de terrorismo, el potencial lesivo del grupo es amplísimo.

IX. Reflexiones finales: hacia un nuevo tipo penal de la asociación para delinquir.

El que las razones indicadas puedan legitimar la existencia del tipo de asociación criminal no cierra la discusión en torno al mismo. Pues cabe la formulación de tipos de contornos más o menos precisos y más o menos amplios, y no todas las alternativas pueden estar justificadas político-criminalmente. La discusión sobre hasta qué punto es necesario y deseable un adelantamiento de la punibilidad mediante el tipo de asociación para delinquir se centra en diferentes cuestiones tratadas brevemente a continuación, y sobre las que ofrecemos una toma de postura de acuerdo con las reflexiones efectuadas a lo largo de este estudio.

1. En primer término, parece razonable la restricción de la punibilidad a las asociaciones dirigidas a la comisión de crímenes de cierta gravedad, frente a los tipos penales como el español que castigan la asociación para cometer cualquier delito¹²⁴. Volvemos a recordar que estamos ante conductas previas incluso a la preparación de un delito, y que respecto del castigo de los actos preparatorios del delito existe la convicción unánime de que nunca deben ser castigados de modo generalizado, sino excepcional. De otro modo, como indica Quintero Olivares, se deja sin sentido la pretensión del nuevo Código penal de limitar los actos preparatorios punibles a los casos expresamente

¹²³ Cfr. LANGER-STEIN, R. en *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pg.158.

¹²⁴ Cfr. en este sentido GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, cit., pg. 186; y QUINTERO OLIVARES, M. *La criminalidad organizada...*, op. cit., pgs.181, 187 s. y 190.

señalados en la ley¹²⁵. Esta línea sigue, como indicamos, el art. 450. 1 del Código penal francés¹²⁶. Una ulterior restricción contemplada por este precepto también resulta plausible: la exigencia de que la preparación de futuros delitos se haya manifestado en hechos exteriores, materiales.

2. Parece discutible que las necesidades de protección exijan la configuración de un tipo penal específico para las conductas de cooperación, o de propaganda, existiendo ya las normas generales de punibilidad de la participación¹²⁷. O que, como en nuestro Derecho, se castiguen actos preparatorios –como la proposición, provocación y conspiración– de lo que es ya un delito de preparación y peligro abstracto.

3. Del mismo modo resulta conveniente la distinción de diferentes niveles de tratamiento penal en función de la peligrosidad de la asociación criminal. Del modo que ha tenido lugar en Austria, por ejemplo, entre la formación de meras bandas criminales, por un lado, y, por otro, de organizaciones criminales. La legislación procesal penal parece caminar decididamente –si observamos las iniciativas legislativas aprobadas o en discusión en nuestro país y en varios países europeos– hacia la configuración de poderes especiales de intervención para la lucha contra el crimen organizado. Es viva la discusión en el ámbito europeo acerca del empleo de artificios técnicos de grabación de imágenes y sonido, de seguimiento de personas, de empleo de agentes encubiertos y provocadores de delitos, de la previsión de normas sobre protección de testigos etc. En el ámbito español recientes acontecimientos han puesto de relieve la necesidad de una cobertura legal de las actividades de los servicios secretos (CESID), y se preparan futuras leyes sobre el tema. Sería entonces deseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica que estas competencias aparecieran vinculadas a un tipo penal de contornos precisos. En nuestro país la reciente introducción por Ley Orgánica 5/ 1999, de 13 de enero, de figuras especiales en la investigación criminal como el agente encubierto (art. 282 bis LECr) no se ha vinculado a un tipo penal específico, pero sí a determinadas asociaciones criminales definidas en el art. 282 bis. 4 LECr antes comentado y que se califican de “delincuencia organizada”¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. en este sentido QUINTERO OLIVARES, M. “La criminalidad organizada...”, op. cit., pgs.187 s.

¹²⁶ Cfr. supra Apdo.III. 2.

¹²⁷ Así también GUZMÁN DALBORA, J.L. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, cit., pgs.175 ss. Favorables a la supresión en Alemania de las formas de propaganda y sostenimiento se manifiestan ARZT, G./WEBER, U., *Strafrecht. BT 5*, op. cit., nº52; LANGER-STEIN, R. *Legitimation und Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen...*, op. cit., pg.224 ss. y 243; CROISSIER, H. “Memorandum für die Streichung der Tatbestände der “Werbung” und “Unterstützung in den Paragraphen 129, 129 a StGB”, en *Demokratie und Recht* 1981, pgs.342 ss.; también crítico FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der &&129, 129 a StGB...*, op. cit., pg.281.

¹²⁸ Cfr. supra Apdo.IV.

4. La pena criminal señalada al tipo debe responder a las exigencias de proporcionalidad con la gravedad de un comportamiento ampliamente alejado de los bienes jurídicos protegidos (aquellos protegidos por los restantes tipos de la Parte Especial), que lo son respecto de comportamientos que representan sólo un peligro abstracto para ellos¹²⁹. Se trata de evitar que el tipo se convierta en un “delito de sospecha” respecto de delitos más graves. Una pena excesivamente elevada puede ser contraria a los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, en cuanto ponga de manifiesto la intención no manifiesta de castigar a través de ella supuestos delitos más graves cometidos por la asociación y de los que no es posible probar quienes son responsables de ellos¹³⁰. Cabe destacar en este sentido la excesiva gravedad de las penas previstas en el Código Español, que para la asociación terrorista o la banda armada son, en lo que respecta a la pena de prisión, de 8 a 14 años (promotores y directores) o de 6 a 12 años (integrantes) (art. 516) y, para el resto de las asociaciones criminales, de 2 a 4 años (fundadores y directores) o de 1 a 3 años (miembros activos) (art. 517). Hay que recordar que en nuestro Derecho se castiga la asociación para la comisión de cualquier delito, independientemente de su gravedad, de modo que en muchos casos la pena por la ejecución del delito proyectado será inferior a la que corresponde a la conducta de asociarse para cometerlo.

5. Necesitada de consideración está también la cuestión de la aplicabilidad de las normas generales de punición de actos preparatorios, tentativa y participación al delito de asociación criminal. Puesto que el tipo supone ya una irrupción del Derecho Penal en el ámbito previo incluso a la preparación de un delito concreto, resulta cuestionable proceder a un adelantamiento aún mayor de la punibilidad mediante la aplicación de tales normas¹³¹. Schroeder ha llamado también la atención críticamente sobre la combinación de este tipo de figuras de la Parte Especial con otras normas de adelantamiento de la punibilidad¹³². En este sentido, resulta censurable el castigo de las formas preparatorias de provocación, conspiración y proposición para la comisión del delito que efectúa el Código Penal español en el artículo 519. O la punición —expresa en algunos ordenamientos como el alemán— de conductas de tentativa¹³³.

¹²⁹ La previsión para la asociación terrorista de una pena de hasta 10 años en el §129 a del StGB alemán es calificada de contraria al sistema por SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pg.29.

¹³⁰ Han llamado la atención sobre el delito de asociación ilegal como ejemplo clásico de “*Verdachtstrafe*” (delito de sospecha) ARZT, G./WEBER, U., *Strafrecht. BT 5*, op. cit., nº35; también SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.29 s.; y FÜRST, M. *Grundlagen und Grenzen der §§129, 129 a StGB...*, op. cit., pgs.258 s.

¹³¹ Cfr. en este sentido, con referencias al tratamiento de la cuestión en nuestra doctrina GUZMAN DALBORA, J.L. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, cit., pgs.197 ss.

¹³² Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pg.33.

¹³³ Favorable a su admisión en nuestro Derecho GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, cit., pgs. 325 ss., 333, 342 ss., con ulteriores referencias doctrinales, aunque *de lege ferenda* con

6. Numerosos Códigos han introducido sabiamente normas especiales respecto del desistimiento y el arrepentimiento activo eficaz de las conductas de participación en una asociación criminal, que contemplan una causa personal de exclusión de la pena para el delito consumado: art. 450 del CPe francés; arts. 308, 309 del CPe italiano y 4 y 5 del Decreto-ley 625/ 1979; && 129. 6 y 129a. 5 del CPe alemán; && 277. 2, 278. 2, 278 a. 1 in fine y 279. 2 del CPe austríaco; art. 287. 4 del CPe portugués. En ocasiones el desistimiento y arrepentimiento no eficaces permiten una atenuación de la pena (&& 129. 6 y 129 a. 5 del CPe alemán; art. 260 ter. 2 del CPe suizo; y art. 287. 4 del CPe portugués)¹³⁴. A nuestro parecer disposiciones similares deberían incorporarse al Código Penal español, que para el delito consumado (no hablamos de la tentativa) sólo permite la opción de aplicar las atenuantes generales de los n.ºs. 4 y 5 del art. 21 (arrepentimiento espontáneo)¹³⁵.

7. Finalmente, han llamado algunos autores la atención sobre la necesidad de una consideración particular del concurso de este delito con otros delitos de la Parte Especial cometidos a través de la asociación. En opinión de Schroeder debería preverse la subsidiariedad de los tipos de asociación para delinquir respecto de los delitos efectivamente cometidos por el grupo, en lugar de apreciar como los Tribunales y la doctrina mayoritaria, unidad o pluralidad de hechos/concurso ideal o real de delitos¹³⁶. En relación a nuestro Derecho ha puesto de manifiesto Quintero Olivares la paradoja de que mientras la conspiración para delinquir deja de ser punible cuando es seguida de la ejecución del hecho (por aplicación del principio de subsidiariedad, entiende la doctrina española), no sucede así cuando estamos ante una figura próxima como es la asociación ilícita, supuesto en que se aprecia un concurso de delitos. En nuestra opinión la solución del concurso de delitos sólo puede mantenerse de reducirse sensiblemente el alcance de la figura en el sentido propuesto en los números anteriores.

restricciones; en contra GUZMÁN DALBORA, J.L. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, cit., pgs.184 ss., 186 ss. En el Derecho español se castigaron de modo expreso algunas conductas de tentativa hasta la reforma de 1976 (art.176.1, prr.2º y 4º).

¹³⁴ Cfr. supra Apdo.III.

¹³⁵ Así también GUZMÁN DALBORA, J.L. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, cit., pgs.190 ss.

¹³⁶ Cfr. SCHROEDER, F.C. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, op. cit., pgs.31 s. En relación a nuestro Derecho se muestra favorable a la solución del concurso de delitos GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, cit., pgs. 353 ss.; del mismo autor, “La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, pgs.87 ss.; cfr. también sobre la cuestión GUZMÁN DALBORA, J.L. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, cit., pgs.203 ss.