

# EL DERECHO PENAL ANTE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: NUEVOS RETOS Y LÍMITES

**Prof.Dr.José Luis de la Cuesta Arzamendi\***  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco  
Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal

## I. INTRODUCCIÓN

Realidad muy extendida, con manifestaciones especiales en determinados países (mafias italianas, rusas, japonesas, chinas, italoamericanas, turcas, cárteles mejicanos, colombianos etc.)<sup>1</sup>, puede decirse hoy sin exageración que la criminalidad organizada alcanza una dimensión sin precedentes<sup>2</sup> y afecta a la práctica totalidad de los países<sup>3</sup>, produciendo una criminalidad grave y creciente que amenaza aspectos fundamentales de la vida económica, social e institucional<sup>4</sup> y que una amplia mayoría de la población considera que debe ser combatida con prioridad. Éste es el caso de la Unión Europea donde un 87% de la población entrevistada hace unos años se manifestó a favor de su colocación entre las prioridades de la acción de la Unión europea<sup>5</sup>.

No ha de extrañar, en consecuencia, la atención que recibe en el plano legislativo penal, comparado y hasta internacional<sup>6</sup>, una atención intensificada si cabe en los últimos años debido al "cambio cualitativo"<sup>7</sup> en

---

\* El presente trabajo se integra en el marco del Proyecto investigador dirigido por el autor y que cuenta con la ayuda de Kutxa. Caja Gipuzkoa-San Sebastián, en aplicación de la "1ª Convocatoria UPV/EHU Cajas BBK, Kutxa y Vital de Ayudas para la Realización de Estudios y Proyectos de Investigación en el Proyecto de Investigación" (2000).

<sup>1</sup> V. GARRIDO, P. STANGELAND, S. REDONDO, *Principios de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 647 y ss.

<sup>2</sup> M. Ch. BASSIOUNI, E. VETERE, "Towards Understanding Organized Crime and its Transnational Manifestations", en M. Ch. Bassiouni y E. Vetere (comps), *Organized Crime, A Compilation of U. N. Documents 1975-1998*, New York, 1998, p. xxxiii.

<sup>3</sup> J. PRADEL, "Relación General. Los sistemas penales frente el reto del crimen organizado", en *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. Section III. Procès pénal. Colloque Préparatoire de Guadalajara (México)*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 70, 3-4, 1988, p.701 (trad. J. L. de la Cuesta).

<sup>4</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Problemas y peligros que plantea la delincuencia transnacional organizada en las distintas regiones del mundo*, E/CONF. 88/2, 18 agosto 1994, pp. 23 y ss.

<sup>5</sup> Ch. VAN DEN WYNGAERT, "Relación general. Las transformaciones del Derecho Penal Internacional en respuesta al reto del crimen organizado", en *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. Section IV. Droit Pénal International. Colloque Préparatoire. Utrecht (Pays Bas) 13-16 mai 1998*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 70, 1-2, 1999, p. 235 (trad. J. L. de la Cuesta).

<sup>6</sup> Para un repaso, los cuatro volúmenes de los Coloquios preparatorios del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vols 68 (3-4) -1997- a 70 (1-2) -1999. Ver también, además de la crónica iberoamericana de la

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

ella producido por la creciente globalización<sup>8</sup> y que, más allá de la "armonización" de los mecanismos de cooperación penal internacional, acaba buscando indefectiblemente la "homogeneización"<sup>9</sup> del sistema penal sobre la base de los modelos ensayados por los EE.UU. de América<sup>10</sup> en su particular guerra contra determinadas modalidades del crimen organizado, algo que no deja de plantear múltiples problemas.

## II. El fenómeno de la criminalidad organizada. Concepto.

La criminalidad organizada se mueve como fenómeno en "una "nebulosa poco clara"<sup>11</sup> y se presenta "particularmente complejo"<sup>12</sup>, mal estudiado<sup>13</sup> y con problemas de abordaje<sup>14</sup> por nuestro conocimiento incompleto –y cargado de "alarmismo(s)"<sup>15</sup> - acerca de la "naturaleza" y del verdadero alcance del peligro que

---

*Revista Penal*, 2, 1998, pp. 81 y ss., S. ADAMOLI y OTROS, *Organized Crime Around the World* (HEUNI Publ. Series, núm. 31), 1998; M. Ch. BASSIOUNI, E. VETERE (comps.), *Organized Crime*, cit.; I. BLANCO CORDERO, I. SÁNCHEZ GARCÍA, "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio", en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria de XVI Congreso de la AIDP en Budapest, Almagro, mayo de 1999*, Cuenca, 1999, pp. 17 y ss.; F. BUENO ARÚS, "Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada", en J. C. Ferré Olivé y E. Anarte Borrallo, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 59 y ss. Ver también, en el mismo volumen, la contribución de F. MORENO MONENO, "La criminalidad organizada internacional", pp. 375 y ss.

<sup>7</sup> E. FABIÁN CAPARRÓS, "Criminalidad organizada", en Gutiérrez Francés & Sánchez López (coords.), *El nuevo Código penal: primeros problemas de aplicación*, Salamanca, 1997, p. 173.

<sup>8</sup> E. ANARTE BORRALLO, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en J. C. Ferré Olivé, E. Anarte Borrallo (eds.), *Delincuencia organizada*, cit., pp. 17 y s. Ver también, J.RYAN, G.E.RUSH, *Understanding Organized Crime in Global Perspective. A Reader*, Thousand Oaks, London New Delhi, 1997

<sup>9</sup> E. ANARTE BORRALLO, "Conjeturas", cit., p. 56. Ver también J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en la sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pp. 63 y ss.

<sup>10</sup> Ch. VAN DEN WYNGAERT, "Relación general", cit., p. 232.

<sup>11</sup> M. A. IGLESIAS RÍO, "Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad" (separata), *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Burgos, 1999, p. 99.

<sup>12</sup> J. PRADEL, "Relación General", cit., p. 702.

<sup>13</sup> E. ANARTE BORRALLO, "Conjeturas", cit., pp. 33 y ss. Ver también J. J. MEDINA ARIZA, "Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado", en J. C. Ferré Olivé, E. Anarte Borrallo, *Delincuencia económica*, cit., pp. 109 ss.; P. O. TRÄSKMAN, "General Report on organized crimes in the Baltic Sea Area. The Concept of Organized Crime and the Contents of the Answers to the Questionnaire Distributed", en *Organized Crime in the Baltic Sea Area. Pre Congress organized by the swedish national section of AIDP, Saltsjöbaden (Sweden) June, 6-8, 1997*, Toulouse, 1998, p. 45.

<sup>14</sup> V.A.VASILJEVIC, "Préalables à de meilleures prévention et represión du crime organisé", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 4, 1992, pp.486 y ss.

<sup>15</sup> E. ANARTE BORRALLO, "Conjeturas", cit., p. 44.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

supone para el orden social, político y económico<sup>16</sup>, y porque igualmente se desconocen qué medios pueden garantizar adecuadamente su control<sup>17</sup>.

Probablemente debido a su misma complejidad e insuficiente conocimiento, la aproximación conceptual a esta noción -principalmente criminológica<sup>18</sup> y de formulación terminológica "disputada"<sup>19</sup>, aunque "en boca de todos"<sup>20</sup> - suscita no pocos interrogantes de relevancia<sup>21</sup>. Por ello, y con independencia de las definiciones propuestas y de la necesidad de un serio enfoque analítico<sup>22</sup>, en la evolución de la teoría del crimen organizado<sup>23</sup> se tiende más bien a la "enumeración descriptiva de un conjunto de rasgos"<sup>24</sup>, muy variados y no siempre coincidentes.

Así, en el *plano policial*<sup>25</sup> suelen destacarse como propios de esta forma de criminalidad: la existencia de una asociación duradera, estable o persistente de varias personas en sociedad de intereses, dotada de una estructura organizada con base en criterios de disciplina y jerarquía y que actúa con arreglo a una programación ilícita y con división del trabajo, realizando de manera entrecruzada negocios lícitos e ilícitos, empleando técnicas y medios diversos -en particular, la violencia y/o intimidación, todo tipo de fraude, explotación,

---

<sup>16</sup> M.SABATIER, *Criminalité organisée et ordre dans la société*, *Annales Internationales de Criminologie*, 34 1-2, 1996, pp.115 y ss. Ver también, en particular respecto del orden político, F.PALAZZO, "Les rapports entre criminalité organisée et ordre politique", *ibidem*, pp. 103 y ss.

<sup>17</sup> Th. WEIGEND, "Relación General. Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", en *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. Section I. Droit Pénal General, Colloque Préparatoire. Naples 18-20 septembre 1997, Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 68, 3-4, 1997, p. 548. (trad. J. I. de la Cuesta Arzamendi).

<sup>18</sup> G. QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", en J. C. Ferré Olivé, E. Anarte Borrillo, *Delincuencia económica, cit.*, p. 177. Ver también, R. OTTENHOF, "Le crime organisé: de la notion criminologique à la notion juridique", en *Criminalité organisée et ordre dans la société, Colloque d'Aix-en-Provence, 5, 6, 7 juin 1996, Aix-Marseille*, 1997, pp. 45 y ss.

<sup>19</sup> E. ANARTE BORRILLO, "Conjeturas", *cit.*, p. 21 (n. 29).

<sup>20</sup> H. OSTENDORF, "Organisierte Kriminalität -eine Herausforderung für die Justiz", *Juristen Zeitung*, 1991, p. 63.

<sup>21</sup> Destaca, incluso, BOLLE que esforzarse en una definición del crimen organizado es un esfuerzo inútil, pues dados sus rasgos multiformes acabará convirtiéndose en una visión reduccionista y estratificante de un fenómeno en plena evolución. "De quelques aspects de la criminalité organisée et de la lutte contre icelle", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 11, 1997, p. 234. Ver también, E. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, p. 35.

<sup>22</sup> R. CERVINI, en L. F. Gomes, R.Cervini, *Crime Organizado, Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9. 034/95) e político criminal*, 2ª ed., São Paulo, 1997, pp. 240 y ss.

<sup>23</sup> G. KELLENS, "L'évolution de la théorie du crime organisé", en J. L. de la Cuesta, I. Dendaluz, E. Echeburua (comps.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 281 y ss.

<sup>24</sup> M. A. IGLESIAS RÍO, "Panorámica comparativa", *cit.*, p. 101.

<sup>25</sup> En este sentido, los criterios propuestos por el *Bundeskriminalamt*, G. KAISER, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Heidelberg, 1996, p. 410. También E. ANARTE BORRILLO, "Conjeturas", *cit.*, p. 23. Ver igualmente, para el concepto que manejan INTERPOL, el Grupo de Trabajo de Drogas y Delincuencia Organizada del III Pilar de la Unión Europea y para el "Cuestionario sobre Delincuencia Organizada" del Cuerpo Nacional de Policía, A. DE MIGUEL BARTOLOMÉ, "Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada", en F. Gutiérrez-Alviz Conradi (dir.), *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Sevilla, 1996, pp. 135 ss.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

coacción y terror y hasta la corrupción-, sirviéndose de las infraestructuras de comunicación más modernas y con gran movilidad y alcance internacional.

Desde el *prisma criminológico*<sup>26</sup> se insiste en primer término también en el carácter organizado del grupo, aun cuando se discuta acerca del nivel de organización requerido: número de integrantes, la permanencia, el secretismo y el grado de rigidez o de jerarquización<sup>27</sup>. Otras líneas criminológicas se fijan en la finalidad perseguida, distinguiendo entre aquellos grupos animados por la "hipertrofia"<sup>28</sup> del móvil lucrativo o las impulsadas por móviles políticos; con todo, y sin perjuicio de reconocer sus interrelaciones mutuas<sup>29</sup>, es preferible separar la criminalidad organizada lucrativa de la terrorista políticamente impulsada<sup>30</sup>, aunque como recuerda PRADEL<sup>31</sup>, muchas veces las soluciones ensayadas frente al terrorismo acaban integrándose en la política criminal contra las organizaciones criminales de tipo lucrativo. También se destacan los medios empleados, donde el entrecruzamiento entre actividades lícitas e ilícitas es ya la tónica. La vía de los medios permite, en todo caso, distinguir la criminalidad organizada de otras formas de delincuencia económica no caracterizadas por el empleo de la violencia física o la intimidación, frecuentemente mezcladas con la corrupción. Finalmente, resaltan los estudiosos aspectos de orden más antropológico, como el tipo de las relaciones en el seno del grupo y con el entorno, o los rasgos propios de sus integrantes en algunas de sus manifestaciones.

En realidad, la pluralidad de caracterizaciones y la diversidad de criterios definitorios pone de manifiesto que todavía hoy "la criminalidad organizada no deja de ser sino una imagen, una expresión aplicada a

---

<sup>26</sup> Por todos, J. J. MEDINA ARIZA, "Una introducción", *cit.*, pp. 111 ss. También, F.FERRACUTI, F.BRUNO, "La criminalità organizzata nella prospettiva criminologica", en F.Ferracuti, *Trattato di Criminologia, Medicina criminologica e Psichiatria Forense*, 9, *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, Milano, 1988, pp. 63 y ss.

<sup>27</sup> Desde el prisma internacional se destaca que deberían tratarse de organizaciones suficientemente poderosas como para poner en jaque a las fuerzas del orden, pero las legislaciones internas operan con un concepto mucho más amplio. M. Ch. BASSIOUNI, "Effective National and International Action Against Organized Crime and Terrorist Criminal Activities", *Emory International Law Review*, 4, 1990, pp. 9 y ss.

<sup>28</sup> E. ANARTE BORRALLA, "Conjeturas", *cit.*, p. 24.

<sup>29</sup> M. Ch. BASSIOUNI, E. VETERE, "Towards", *cit.*, pp. xl y ss.; E.CASTILLO BARRANTES, G.PICCA, A.BERISTAIN, "Criminalidad organizada", *Cuadernos de Política Criminal*, 50, 1993, pp. 493 y ss.; A. VANDOREN, "Cooperation between criminal organisations and terrorists", en B. Szamota-Saeki, D. Wójcik, *Impact of political, economic and social change on crime and its image in society. 51st International Course of Criminology. 12-16 September, 1995, Warsaw, Poland*, Warsaw, 1996, pp. 183 y ss.

<sup>30</sup> Por todos, M. Ch. BASSIOUNI, "Criminalité organisée et terrorisme: pour une stratégie d'interventions efficaces", *Indice Penale*, 1990, pp. 5-6 y 9; N. GARCÍA RIVAS, "Criminalidad organizada y tráfico de drogas", *Revista Penal*, 2, 1998, p. 23. Con todo, F. PALAZZO, "La législation italienne contre la criminalité organisée", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1995, p. 711. Ver también J. J. MEDINA ARIZA, "Una introducción", *cit.*, p. 112.

<sup>31</sup> "Relación general", *cit.*, p. 702.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

diversas realidades que se producen en diferentes momentos y lugares"<sup>32</sup>. Esta problemática delimitación, debido a sus múltiples facetas, no contribuye a facilitar el diseño de "estrategias eficaces para combatirla"<sup>33</sup>.

Las dificultades definitorias no han impedido una progresiva delimitación "social y jurídica"<sup>34</sup> y un intenso desarrollo legislativo dirigido a establecer las bases de la cooperación penal en el plano internacional y de determinadas medidas específicas aplicables en el derecho interno. Puntos candentes de estas aproximaciones son, junto a la determinación del número mínimo de personas (normalmente, tres), la opción, bien por una descripción de las características elementales del crimen organizado –estructura jerarquizada con cierta división del trabajo y continuidad o permanencia en el tiempo, empleo de violencia e intimidación, objetivo primordialmente lucrativo y/o de influir en los medios y estructuras políticas<sup>35</sup>-, o por el establecimiento de un listado de figuras delictivas típicas<sup>36</sup>.

En el ámbito internacional, el documento más importante en la actualidad en la materia es la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, de 15 de noviembre de 2000<sup>37</sup>, texto aprobado con el acompañamiento de dos Protocolos adicionales: el relativo a la trata de personas, en particular mujeres y niños, el relativo al tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire. La Convención<sup>38</sup> define al "grupo criminal organizado" (art.2 a) como

"un grupo estructurado<sup>39</sup> de tres o más personas que exista durante un período de tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves<sup>40</sup> o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

---

<sup>32</sup> Th. WEIGEND, "Relación general", *cit.*, p. 548. También, H. J. SCHNEIDER, "Recientes investigaciones sobre la criminalidad organizada", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1993, p. 725.

<sup>33</sup> Th. WEIGEND, "Relación general", *cit.*, p. 548.

<sup>34</sup> F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, "Introducción" al volumen *La Criminalidad Organizada*, *cit.*, p. 9.

<sup>35</sup> Ver también la lista de "elementos estructurales básicos" que recoge M. A. IGLESIAS RÍO, "Panorámica comparativa", *cit.*, pp. 101 y ss. (y la bibliografía por él citada); igualmente, M. Ch. BASSIOUNI, E. VETERE, "Towards", *cit.*, pp. xxvii ss.; E. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito*, *cit.*, pp. 37 y ss.

<sup>36</sup> A. NUNZI, *The elaboration of the United Nations Convention against transnational organized crime* (paper), presentado al XVI Congreso Internacional de Derecho Penal. Asociación Internacional de Derecho Penal, Budapest, Hungary 5-11 September 1999, p. 7.

<sup>37</sup> Doc. A/55/383 ; J.P.LABORDE, « Chronique des Nations Unies », en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 71, ¾, 2000, pp. 460 y ss.

<sup>38</sup> *Revue Internationale de Droit Pénal*, 71, ¾, 2000, pp. 508 y ss.

<sup>39</sup> "Grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada" (art. 2 c).

<sup>40</sup> Conductas que constituyan delitos punibles "con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave" (art. 2 b).

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

También en el plano europeo existe una definición legal de crimen organizado<sup>41</sup>. Basada en el art. 31(e) del Tratado de Ámsterdam, que propugna la progresiva adopción de reglas mínimas relativas a los elementos constitutivos de actos criminales y de las penas en el campo del crimen organizado, del terrorismo y del tráfico de drogas, la *Acción común para convertir en una infracción criminal en los estados miembros de la Unión Europea la participación en una organización delictiva*<sup>42</sup> define ésta (art. 1) como

“una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

Por su parte, el párrafo segundo se remite a los delitos recogidos por el art.2 del Convenio de Europol: terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes “y otras formas graves de delincuencia internacional en la medida en que existan indicios concretos de una estructura delictiva organizada y que dos o más estados miembros se vean afectados”<sup>43</sup>.

En el campo internacional se tiende en consecuencia al seguimiento de un criterio mixto, en la línea de los tratados de extradición, consistente en la combinación del “método de eliminación” (mediante la exigencia de concurrencia de ciertas características específicas integradas en una “definición general”) con el “método de enumeración” de delitos<sup>44</sup>, que han de alcanzar además una determinada gravedad (proporcionalidad) manifestada en el hecho de que merezcan una pena de al menos cuatro años de privación de libertad.

Por lo que respecta al *Derecho español*, aun cuando el Código Penal recoge como cualificación específica de ciertos delitos la pertenencia a una organización, previéndose hasta intervenciones específicas para sus jefes, administradores o encargados, la determinación de lo que deba entenderse por organización ha sido tarea jurisprudencial, ante la ausencia de toda interpretación auténtica del concepto. La jurisprudencia en materia de drogas<sup>45</sup>, la más desarrollada en este punto, ha aplicado hasta *tres conceptos de organización*<sup>46</sup>:

---

<sup>41</sup> Ver, además, F. BUENO ARÚS, “Política judicial común”, *cit.*, pp. 59 y s.

<sup>42</sup> Acción común de 21 de diciembre de 1998, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº L, 351/1, de 29 diciembre 1998.

<sup>43</sup> Convenio de 26 de julio de 1995 [...] por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 316/1, de 27 noviembre 1995.

<sup>44</sup> Ch. VAN DEN WYNGAERT, “Relación general”, *cit.*, p. 245.

<sup>45</sup> “O asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional” (art. 369, 6º)g. También se agrava el delito de tráfico de drogas si “el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas” (art. 369, 7º).

- 1) En un *sentido propio*, la jurisprudencia ha entendido por organización aquella en la que concurre una estructura jerárquica, en torno a un centro de decisiones conocido y sin perjuicio de la fungibilidad de sus miembros; incluso, para la aplicación de la agravante, algunas sentencias han exigido una intensa organización y cierto volumen de medios materiales y apoyo logístico<sup>47</sup>.
- 2) Por su parte, una línea jurisprudencial minoritaria ha asimilado la organización a la coautoría<sup>48</sup>;
- 3) También ha seguido la jurisprudencia una *concepto intermedio* de organización, "orientado a las consecuencias político criminales"<sup>49</sup>; desde esta perspectiva, se considera suficiente para aplicar la agravación a cualquier sujeto que mantenga relaciones con la organización, la presencia de cierta organización y distribución de funciones acompañada de la concurrencia de una pluralidad de personas en torno a un plan criminal, sin que se requiera conocer los mandos ordenantes (basta *presuponer* su existencia).

Fuera del Código Penal, también la legislación penitenciaria, en el marco de las variables y criterios de clasificación en primer grado -art. 102, 5 c) del Reglamento, en relación con art. 10 LOGP-, hace referencia a la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas (dotadas de disciplina interna). Es, con todo, únicamente en el plano procesal donde cabe hallar una descripción del concepto de "delincuencia organizada". En efecto, el art. 282 bis, 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma intervenida por la Ley Orgánica 5/1999, de 14 de enero, sobre el llamado "agente encubierto", considera "delincuencia organizada"

"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..."

Como indica ANARTE BORRALLO<sup>50</sup> los elementos sobre los que se construye la noción son: uno *estructural* (se trata de una "asociación" de personas); el otro *finalista*, puesto que la asociación ha de dirigirse a la realización (permanente o "reiterada", no meramente ocasional: elemento *temporal*) de ciertos delitos: secuestro bajo condición; delitos relativos a la prostitución; robo, hurto o robo de vehículos; estafas, blanqueo de capitales; delitos contra los derechos de los trabajadores; tráfico de especies de flora o fauna amenazada; tráfico de material nuclear y radiactivo; tráfico de drogas; falsificación de moneda; tráfico y depósito de armas,

---

<sup>46</sup> Por todos, J. I. GALLEGOS SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Barcelona, 1999, pp. 184 ss.

<sup>47</sup> Así, STS 18 diciembre 1996. Por su parte, las SSTS 6 septiembre 1999, 16 diciembre 1999 y 21 febrero 2000 aluden a: pluralidad de personas, programa de actuación, medios idóneos, cierta continuidad temporal o permanencia, solidez y estructura jerárquica con reparto vertical de las tareas, ánimo de lucro, realización del tráfico en un amplio espacio geográfico y hasta con conexiones internacionales.

<sup>48</sup> Incluso, con extensión a las organizaciones "ocasionales" (a partir de 1988) del tipo cualificado de pertenencia a una organización en los delitos de tráfico de drogas, excluyendo únicamente del supuesto los casos en que sólo se dio un único contacto con la organización "para la realización de un único delito". N. GARCÍA RIVAS, "Criminalidad organizada", *cit.*, p. 32.

<sup>49</sup> J. I. GALLEGOS SOLER, *Los delitos*, *cit.*, p. 185.

<sup>50</sup> "Conjeturas", *cit.*, pp. 31 y ss.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcce López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

municiones o explosivos; delitos de terrorismo y, fuera del Código Penal, delitos contra el patrimonio histórico contenidos en la Ley de represión del contrabando.

Ciertamente, el objetivo de la Ley no es ofrecer una definición dogmática de la delincuencia organizada, sino más bien establecer los casos que autorizan la intervención del agente encubierto conforme al régimen allí regulado. No obstante, y con independencia de lo acertado de la selección, hay que destacar la importancia de la opción por un *numerus clausus* de las figuras delictivas susceptibles de inclusión en la delincuencia organizada. Es ésta una línea más adecuada que permitir la integración del concepto de delincuencia organizada con cualquier tipo de figura delictiva.

Por lo demás, y de acuerdo con la *Resolución I.1*, aprobada por la Sección I del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal (Budapest, 1999), desde un prisma sustantivo, para el concepto de delincuencia organizada no debería bastar con la existencia de un grupo de personas dedicadas a la realización de determinados delitos con continuidad y permanencia. Por el contrario, y con objeto de distinguirla netamente de otras formas de intervención principal o accesoria en los hechos delictivos (y hasta de las simples asociaciones ilícitas), el concepto ha de construirse sobre la existencia de un aparato organizado de poder<sup>51</sup> de cierta entidad y permanencia, que actúa con base en una programación delictiva, dirigida a la obtención del poder y/o del máximo de ganancias, con estructura piramidal y jerárquica y con una división vertical del trabajo que permita distinguir de manera "claramente diferenciable"<sup>52</sup> entre los órganos ejecutivos (fungibles) y decisorios. Son, en efecto, tan sólo este tipo de organizaciones las que realmente plantean un fuerte desafío al Derecho penal contemporáneo, por su movilidad, por su capacidad organizativa y por su adaptabilidad a las nuevas circunstancias<sup>53</sup>, por sus técnicas de actuación y de penetración: en suma, por su peligrosidad criminal, que excede con mucho de la propia de las formas clásicas de criminalidad individual o de grupo.

### **III. Retos que plantea al sistema penal la criminalidad organizada**

---

<sup>51</sup> U. JOSHI JUBERT, "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pp. 664 y ss. Ver también J.I.GALLEGO SOLER, *Los delitos*, cit., pp. 197 y s.

<sup>52</sup> N. GARCÍA RIVAS, "Criminalidad organizada", cit., p. 33.

<sup>53</sup> J.P.BRODEUR, "Organized crime: trends in the literature", *Annales Internationales de Criminologie*, 35 ½, 1997, pp.89 y ss.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcce López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

El problema de su apropiada delimitación conceptual no es sino el primero de los variados retos que plantea la intervención penal sobre esa "realidad en busca de una disciplina jurídica"<sup>54</sup> que denominamos criminalidad organizada. Éstos se extienden tanto al plano sustantivo y procesal de las legislaciones internas de los Estados, como al ámbito internacional, y traen causa en las propias características de la criminalidad organizada, que se distingue claramente del crimen tradicional "normal"<sup>55</sup>; una criminalidad:

- de grupo, en la que quien da la orden no asume su ejecución, mientras que quien la ejecuta tiene que asegurar la producción o consecución de lo ordenado (muchas veces con un gran margen de libertad de actuación y en la elección de los medios...), todo lo cual pone en cuestión criterios tradicionales en materia de atribución de la responsabilidad individual de los intervinientes; esto es, en cuanto a la autoría y participación;

- altamente peligrosa, de naturaleza depredadora, que emplea con profusión la intimidación, la violencia, el terror y la corrupción, y que cuenta con medios para poder alcanzar un gran impacto económico y social, nacional o internacional;

- que tiene lugar en el seno de una organización poderosa (y, por lo común, influyente) altamente estructurada y regida por la división del trabajo, lo que permite:

- utilizar velos corporativos para dotar de apariencia de legitimidad a las actividades,
- ocultar y aislar a los miembros,
- trocear la ejecución delictiva, dificultando la prueba de las infracciones particulares;
- dotarse, además, de sistemas de logísticos y de apoyo, erigiendo barreras contra el desistimiento y la disociación.

Ante un fenómeno de esta suerte, descrito por lo general de manera alarmante, las legislaciones internas y los instrumentos internacionales tienden a la adopción de estrategias de "emergencia"<sup>56</sup>, postulando la derogación de ciertas reglas y principios tradicionales del derecho penal y procesal con objeto de facilitar la intervención y asegurar la prevención y el control. Aún más, se propugna hasta un "cambio de enfoque del sistema penal"<sup>57</sup>, que no ha de limitarse a la persecución y castigo de los delincuentes individuales; se espera, en efecto, del propio derecho penal que se empeñe plenamente en la desarticulación de las organizaciones

---

<sup>54</sup> L. F. GOMES, en *Crime Organizado*, cit., pp. 116 y s.

<sup>55</sup> Ch. L. BLAKESLEY, "Informe general. El sistema penal frente al reto del crimen organizado", en *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. Section II. Droit Pénal Spécial. Colloque Préparatoire. Alexandrie, 8-12 novembre 1997, Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 69, 1-2, 1998, pp. 102 y s. (trad. I. Blanco Cordero); Th. WEIGEND, "Relación general", cit., pp. 549 y s.

<sup>56</sup> Ch. VAN DEN WYNGAERT, "Relación general", cit., p. 230. También E. ANARTE BORRALLÓ, "Conjeturas", cit., pp. 48 ss.; M. A. IGLESIAS RÍO, "Panorámica Comparativa", cit., p. 124.

<sup>57</sup> Ch. VAN DEN WYNGAERT, "Relación general", cit., p. 228.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcce López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

criminales y hasta en el control de los productos derivados del delito, impidiendo a los delincuentes todo enriquecimiento procedente de la actividad criminal.

Las transformaciones que se propugnan alcanzan a todos los niveles de la intervención penal, tanto al plano sustantivo como procesal y a la cooperación internacional.

Desde el *prisma sustantivo*, las dificultades a las que se enfrenta la exigencia de responsabilidad de los intervinientes en el crimen organizado, lleva a sectores diversos a destacar la necesidad de construcción de nuevos instrumentos conceptuales y dogmáticos que permitan afirmar la responsabilidad en calidad de autores de quienes dirigen la organización criminal, aun cuando no ejecuten directamente los hechos delictivos particulares. Igualmente se reclama la superación del dogma tradicional de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y la ampliación de figuras preparatorias, como la conspiración, en ocasiones erigidas en tipos penales independientes.

En la misma línea de extensión de los instrumentos penales que permitan una mejor intervención contra el crimen organizado, en la parte especial se baraja en la actualidad una revisión de los delitos de asociación ilícita, dirigida a incriminar de manera específica la participación en grupos criminales organizados. La lucha contra el crimen organizado se plasma, además, en la demanda de creación de nuevas figuras que atiendan a su modo particular de actuación, entre las que sobresale el blanqueo de capitales, sin el cual "no merecería la pena la criminalidad organizada"<sup>58</sup>.

También en el plano de las consecuencias jurídico-penales aplicables al crimen organizado son múltiples las cuestiones que se suscitan: no sólo porque para quienes postulan la responsabilidad de las personas jurídicas resulta preciso introducir nuevas respuestas apropiadas para las mismas, sino porque, al margen de las sanciones penales tradicionales, se insiste en fomentar aquellas formas sancionatorias que persiguen frustrar el objetivo central de la delincuencia organizada: el enriquecimiento ilícito de sus artífices. La confiscación de las ganancias y de los productos (con inclusión de los productos derivados) se reputan, así, instrumentos capitales en la reacción penal frente a la criminalidad organizada, aunque su empleo levante objeciones en no pocas ocasiones desde las perspectivas dogmática y política criminal o hasta desde la protección de la víctima.

---

<sup>58</sup> W. BOTTKE, "Mercado", *cit.*, p. 3.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

A caballo entre lo sustantivo y lo *procesal* se encuentra la cuestión de las concesiones legal o judicialmente ofertadas a los miembros de organizaciones criminales por su colaboración con las autoridades. Junto a ello, razones de eficacia llevan a proyectar nuevas modalidades procesales, cuya compatibilización con las reglas del estado de derecho se presenta muchas veces como muy cuestionable. Son ejemplos de lo indicado la inversión de la carga de la prueba, las presunciones de culpabilidad, las nuevas técnicas de investigación proactiva, las intervenciones contrarias a la intimidad, el recurso a los testigos anónimos, la creación y el desarrollo de servicios especializados -policiales, judiciales o administrativos- en la lucha contra el crimen organizado...

Gran parte de las transformaciones que se demandan en el Derecho interno provienen de modelos que van abriéndose paso en los instrumentos internacionales, donde se extienden las propuestas de definiciones unitarias de las figuras delictivas y la introducción de nuevas reglas de competencia extraterritorial, dirigidas a expandir la jurisdicción y a permitir la persecución de los hechos delictivos más allá de los lugares en que se han producido, a pesar de los problemas teóricos y prácticos (p.e. concurrencia de jurisdicción) que suscitan y que todavía no han encontrado una adecuada resolución. También a través de los instrumentos internacionales se trata de ensayar toda suerte de mecanismos dirigidos a asegurar una mejor cooperación policial y judicial. Los esfuerzos por facilitar el auxilio policial y judicial y el empleo de nuevas tecnologías no siempre se ven acompañados por una simultánea preocupación por la garantía de la posición jurídica de los individuos afectados por los procedimientos penales internacionales u objeto de la cooperación, que ven a menudo negados ( en todo o en parte) derechos como el de ser informados de la acusación o de las medidas solicitadas, a ser oído y a poder alegar contra las medidas de cooperación internacional, al examen y cuestionamiento de pruebas ilícitamente practicadas, a la asistencia jurídica gratuita, a un proceso expedito...

Ante el crimen organizado caben múltiples opciones de política legislativa: desde cerrar los ojos e ignorar sus peculiaridades, continuando como si se tratara de una forma más de criminalidad tradicional, hasta la actitud opuesta, consistente en colocar como pilar fundamental la eficacia a toda costa, a costa incluso de la violación de los principios y garantías fundamentales del Derecho penal y procesal. Si la primera opción peca de "angelismo"<sup>59</sup> y deja inerme a la sociedad frente a los nuevos fenómenos criminales, los riesgos inherentes a la segunda alternativa son muy graves: perfectamente conocida es la tendencia del sistema penal a asimilar con rapidez e integrar de manera normalizada los instrumentos y excepciones adoptados para hacer frente a

---

<sup>59</sup> J. PRADEL, "Relación General", *cit.*, p.704.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcce López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

situaciones especiales, que acaban aplicándose "también -y probablemente con mayor frecuencia- en la vida penal cotidiana"<sup>60</sup>, sin ninguna garantía de que con ello se acabe con el crimen organizado.

Lo razonable es, por todo lo anterior, buscar vías intermedias que, respetando los principios y garantías acuñados (principio de legalidad, principio del hecho, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, *in dubio pro reo*...), faciliten el éxito de la intervención, adaptando si se quiere los principios a la nueva situación, pero sin merma de su contenido sustancial<sup>61</sup>.

#### **IV. La respuesta del Derecho Penal sustantivo**

Desde el prisma del Derecho Penal sustantivo, el carácter "conceptualmente escurridizo"<sup>62</sup> de la criminalidad organizada se traduce, como se ha dicho, en múltiples dificultades tanto desde el prisma de la teoría general del delito, como en la parte especial (figuras delictivas específicas) y en materia de sanciones.

##### **1. Teoría general del delito**

###### **A) Autoría y participación**

La teoría general del delito se ocupa de construir los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad comunes a todo hecho punible o a ciertos grupos delictivos<sup>63</sup>, a través de la "elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito"<sup>64</sup>. Categoría central del delito en su actual configuración dogmática es el tipo de lo injusto, que recoge los presupuestos que fundamentan la antijuridicidad de un hecho. Dos son las clases de tipos penales por la forma de intervención de los sujetos: los tipos de autoría y los tipos de participación<sup>65</sup>. Los primeros engloban a quienes, por sí solos o con otros (coautores), realizan el hecho directamente (autor directo) o por medio de otra persona que actúa como un simple instrumento (autor mediato); los tipos de participación recogen las contribuciones a hechos de otros, bien mediante inducción o por cooperación.

---

<sup>60</sup> Th. WEIGEND, "Relación General", *cit.*, p. 548.

<sup>61</sup> Ver, en esta línea, las resoluciones de las cuatro secciones del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal (Budapest, septiembre 1999), *Revue Internationale de Droit Pénal*, *cit.*, pp. 915 ss.

<sup>62</sup> Th. WEIGEND, "Relación General", *cit.*, p. 547. También, Ch. L. BLAKESLEY, "Informe general", *cit.*, p. 101.

<sup>63</sup> H. H. JESCHECK, Th. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996, p. 194.

<sup>64</sup> S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 108.

Como en otros supuestos de estricta división del trabajo en el seno de una organización, también respecto de la criminalidad organizada, la exigencia a los dirigentes de una plena responsabilidad penal (como autores) por los crímenes particulares cometidos por los ejecutores directos queda insatisfecha conforme al entendimiento tradicional de las categorías de autoría y participación. Éstas emplean unas "descripciones fenomenológicas relativamente estrechas de los roles de autores y partícipes"<sup>66</sup> que tienden a calificar de autores a los ejecutores directos y de partícipes a los dirigentes de la organización y se acomodan mal a las características de "grupos amorfos"<sup>67</sup>, en los que no es fácil probar que la cúpula decida sobre cada hecho particular, y donde la responsabilidad se difumina.

Con el fin de superar estas dificultades son varios los medios de reacción que se proponen: desde la aproximación y/o eliminación de diferencias entre la autoría y participación, hasta la revisión de la autoría mediata (y la coautoría e inducción) para facilitar el tratamiento de las intervenciones de los dirigentes a través de estas categorías.

1) Hace tiempo que, con objeto de eliminar lagunas de punibilidad, determinados sectores de la doctrina defienden en Derecho Penal un *concepto extensivo o unitario de autor*. Éste elimina las diferencias conceptuales entre autoría y participación, al calificar de autor a todo interviniente en el hecho delictivo: todo aquel que presta una contribución causal (incluso moral o intelectual)<sup>68</sup> a la realización típica es considerado autor, remitiendo a la determinación de la pena la adecuación de la sanción a la importancia de la contribución respectiva (y a la culpabilidad individual).

Ciertamente, un concepto extensivo o unitario de autor permitiría tratar como autores a los dirigentes de la organización, siempre que se pruebe su contribución causal a la realización típica. Múltiples son, con todo, las objeciones que suscita: junto a la dificultad de su aplicación a ciertas categorías delictivas (p.e. delitos de propia mano y especiales), la asimilación de todos los intervinientes en el plano de lo típico lleva a la confusión y pérdida de matices respecto de lo injusto específico de cada intervención y a una cierta difuminación de los límites del tipo, lo que no parece razonable, de aquí que sea preferible un concepto estricto de autor, que distinga la autoría de las formas de participación.

---

<sup>65</sup> S. MIR PUIG, *ibidem*, p. 207.

<sup>66</sup> Th. WEIGEND, "Relación General", *cit.*, p. 551.

<sup>67</sup> Th. WEIGEND, *ibidem*, p. 551.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

2) En una línea parecida se inscriben las tendencias a la independización o suavización de las relación de dependencia entre autoría y participación; así, por ejemplo, con la rebaja de *la exigencia de accesoriadad* para la participación, la sanción penal por inducción, cooperación o complicidad no dependería de la aprehensión y condena del autor principal, de su actuación dolosa, de su culpabilidad o de la concurrencia en el mismo de las condiciones, relaciones o calidades requeridas por el tipo<sup>69</sup>.

3) Mayor importancia alcanzan, en cualquier caso, las soluciones propuestas para, sin alterar la clasificación tradicional, lograr mediante una "prudente modernización de estas categorías a partir del principio de la responsabilidad organizativa"<sup>70</sup> que los dirigentes de las organizaciones acaben recibiendo el mismo tratamiento que los ejecutores directos de los hechos delictivos.

Ejemplo de ello es, en primer lugar, junto a la responsabilidad por asesoramiento criminal<sup>71</sup>, el concepto de "*responsabilidad vicarial*"<sup>72</sup>. A través de la responsabilidad vicarial se hace responsable penalmente a los dirigentes de la organización o empresa de los hechos cometidos por los empleados o subordinados, bien directamente o previa constatación de la vulneración del deber de vigilancia<sup>73</sup>. Dejando al margen el hecho de la exigencia de una relación de subordinación probada, lo que no siempre será fácil, la adopción de este criterio levanta una objeción fundamental, pues la responsabilidad penal ha de ser personal y exige un comportamiento individual probado que en los delitos impropios de omisión incluye la infracción de la posición de garantía y la asimilación de la omisión a la acción.

También se inscriben en esta línea las propuestas de ampliación del concepto de *autoría mediata* no sólo a los casos de instrumentos cualificados o con intención sino, sobre todo, en los delitos cometidos por medio de aparatos de poder, una cuestión para cuyo tratamiento "se han utilizado casi todas las categorías de la

---

<sup>68</sup> J. DE FIGUEIREDO DIAS, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el 'dominio de la organización'", en J. C. Ferré Olivé, E. Anarte Borrillo, *Delincuencia organizada*, cit., p. 100.

<sup>69</sup> Th. WEIGEND, "Relación General", cit., pp. 551 y s.

<sup>70</sup> Resolución II, I (Sección I), XVI Congreso Internacional de Derecho Penal. *Revue Internationale de Droit Pénal*, cit., p. 922.

<sup>71</sup> En Canadá (art. 22 C. Cr.) quien asesora a otro para la comisión de un delito es responsable como autor de cualquier delito cometido por esa otra persona, siempre que sea consecuencia previsible (pero no necesariamente prevista) de su actuación. J. L. BAUDOUIN, "Canada. Le système de justice pénale à l'épreuve du crime organisé", *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 68, 3-4, 1997, pp. 706 y s.

<sup>72</sup> Th. WEIGEND, "Relación General", cit., pp. 552 y s.

<sup>73</sup> A. I. PÉREZ CEPEDA, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, 1997, pp. 67 y ss.; L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en J. C. Ferré Olivé, E. Anarte Borrillo, *Delincuencia organizada*, cit., pp. 216 y ss.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

codelinuencia<sup>74</sup>. Aun cuando tradicionalmente la autoría mediata requiere la irresponsabilidad de quien realiza directamente el hecho punible, hace tiempo propuso ROXIN<sup>75</sup>, respecto de los hechos criminales de genocidio y contra la humanidad cometidos en la Alemania nazi (caso *Eichmann* y otros), que la responsabilidad de los dirigentes podía exigirse a título de autoría mediata (autoría en cadena) por "dominio de la organización", al haberse aprovechado del aparato organizado de poder estatal que controlaban; un aparato -caracterizado por la intensa relación de jerarquía y la intercambiabilidad, fungibilidad y nula relevancia de los autores directos, fácilmente sustituibles en caso de negarse a ejecutar las órdenes recibidas- que funcionaba como una máquina, casi de manera automática, lo que permitía declarar el "dominio de la voluntad"<sup>76</sup> por parte de los hombres de atrás y asimilar técnicamente a los ejecutores a meros instrumentos. La propuesta de ROXIN es muy sugestiva - en particular, para los aparatos de poder estatal organizados y aquellos que con una fuerte estructuración interna funcionan al margen del Derecho<sup>77</sup>- y, ciertamente, permite abordar los casos más graves de criminalidad organizada, separándolos de las "formas menores de agrupación criminal"<sup>78</sup> y evitando supuestos de escandalosa impunidad. Sin embargo, muchas veces no será realmente necesaria: p.e. cuando el dirigente realice ya por sí mismo la parte intelectual del delito<sup>79</sup> o si el ejecutor se encuentra sometido a una fuerte presión psíquica, situación de tensión o coactiva que viene a anular de hecho su voluntad, o se encuentra en estado de necesidad, miedo insuperable, etc.<sup>80</sup>. Además, no deja de sorprender que a través de esta teoría quien realiza directamente el delito, con dominio del hecho, acabe siendo considerado un mero instrumento, algo que por contradecir la esencia misma de la autoría mediata<sup>81</sup> lleva a un sector de la doctrina a su rechazo<sup>82</sup>. En cualquier caso, se trata de un planteamiento que ha recibido una buena acogida doctrinal<sup>83</sup> y respaldo jurisprudencial en Alemania, al

---

<sup>74</sup> J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, p. 258.

<sup>75</sup> "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp. 193 y ss. Ver también, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en J. C. Ferré Olivé, R. Anarte Borrallo, *Delincuencia organizada*, cit., pp. 191 y ss. (trad. E. Anarte Borrallo); *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (trad. de la 6ª ed. Alemana por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo), Madrid, 1998, pp. 270 y ss.; K.AMBOS, "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 3, 1999, pp. 133 y ss. (trad. M.Cancio Meliá).

<sup>76</sup> Críticamente, J. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 338.

<sup>77</sup> Con todo, K.AMBOS, "Dominio", cit., p.165. Ver también, al respecto, F.MUÑOZ CONDE, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones 'no desvinculadas del Derecho'?", *Revista Penal*, 6, 2000, pp.104 y ss.

<sup>78</sup> E. ANARTE BORRALLO, "Conjeturas", cit., p. 50.

<sup>79</sup> U. JOSHI JUBERT, "Sobre", cit., p. 678. Para esta autora, en los aparatos de poder organizados la calificación del jefe como autor o participe "no puede concretarse a priori y con carácter general", sino que ha de depender de la clase del delito ordenado y de las características del aparato de poder; propone, por ello, un concepto de autor intelectual, diferente a la inducción, y no sujeto al principio de accesoriedad limitada (*ibidem*, p. 678).

<sup>80</sup> J. C. FERRÉ OLIVÉ, "Blanqueo' de capitales y criminalidad organizada", en J. C. Ferré Olivé y E. Anarte Borrallo (eds.), *Delincuencia organizada*, cit., p. 95; ver también J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 175.

<sup>81</sup> F. MUÑOZ CONDE, en F. Muñoz Conde, M.García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 1998, p. 484.

<sup>82</sup> J. C. FERRÉ OLIVÉ, "Blanqueo", cit., p. 95.

<sup>83</sup> Una "acogida generalizada", para DE FIGUEIREDO DIAS, "Autoría", cit., p. 103. Ver en España, fundamentalmente, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 112

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

haberla aplicado el BGH<sup>84</sup> para la condena de oficiales del ejército de la RDA por los disparos que produjeron la muerte de personas que intentaban pasar la frontera entre las dos Alemanias. También en Argentina se ha seguido la teoría por la Corte Suprema en procesos contra generales del tiempo de Videla<sup>85</sup>.

Admitiendo que determinadas organizaciones criminales (las estructuradas "de modo jerárquico-linear" y con un número amplio de "ejecutores intercambiables")<sup>86</sup> pueden asimilarse a un aparato organizado de poder de los contemplados por ROXIN<sup>87</sup>, y a pesar de la eliminación de requisitos que se proponen desde algunas perspectivas<sup>88</sup>, lo cierto es que la vía de la autoría mediata quedará cerrada cuando no pueda probarse la intercambiabilidad o si la estructura real de la organización es todavía desconocida. Frente a la autoría mediata y a las propuestas de autoría paralela opina MUÑOZ CONDE<sup>89</sup> que es posible (y preferible a la autoría mediata) tratar estos casos a través de la *coautoría*, pues con ello se atiende mejor a la realidad del funcionamiento de la organización, en la que los hechos –integrados en una planificación y reparto de papeles asumidos por todos- se deciden a un determinado nivel y se ejecutan en otro. Para este autor, un entendimiento amplio del verbo realizar -empleado por el art. 28 para definir la calidad de autor (o coautor) y que engloba la ejecución, pero no se agota en ella<sup>90</sup>-, permite afirmar que el dirigente de la organización, al tomar la decisión, correaliza en un sentido material y no formal, por lo que debe ser considerado coautor aun cuando no sea coejecutor (esto es, aunque no ejecute directamente los hechos), si existe un plan común y un dominio funcional del hecho. Esta solución requiere calificar de actos ejecutivos los que, en principio, serían meramente preparatorios, algo que si no se quiere llegar a un adelantamiento excesivo del inicio de la tentativa, dependerá de la correspondiente descripción típica, y de las posibilidades que ofrezca de aplicación de un concepto extensivo de ejecución, basado en el grado de peligrosidad para el bien jurídico protegido.

---

y s.; y *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984, p. 131. También, J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Madrid, 1999, p. 293.

<sup>84</sup> BGHSt, 40,218, 237 (1994). Ver Th. WEIGEND, "Relación General", *cit.*, pp. 553 y s.

<sup>85</sup> F. MUÑOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en J. C. Ferré Olivé, E. Anarte Borralló, *Delincuencia organizada*, *cit.*, p. 154.

<sup>86</sup> Que, como indica K.AMBOS, responden al concepto de "aparato de poder formal". "Dominio", *cit.*, p.158.

<sup>87</sup> El Tribunal Federal Alemán ha avanzado ya, en *obiter dicta*, su posición favorable a la aplicación en supuestos de crimen organizado "tipo mafia". BGHSt, 40,218, 237 (1994). Cfr. Th. WEIGEND, "Relación General", *cit.*, pp. 553 y s.

<sup>88</sup> K. AMBOS, "Dominio", *cit.*, pp.148 y ss. Ver también J. DE FIGUEIREDO DIAS, "Autoría", *cit.*, pp. 104 y ss.

<sup>89</sup> "Problemas", *cit.*, pp. 151 y ss. Ver también, en la doctrina alemana, H. H. JESCHECK, Th. WEIGEND, *Lehrbuch*, *cit.*, p. 670 (y la doctrina allí citada). Para la posición de G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo), Madrid, 1995, pp. 783 y ss.

<sup>90</sup> En contra, J.L.DÍEZ RIPOLLÉS entiende que "el término realización del hecho (...) es equivalente al de ejecución del hecho", "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal", en CGPJ, *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, p.225.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

En ocasiones, la existencia del plan común o el dominio funcional del hecho no podrán probarse. La vía de exigencia de responsabilidad del jefe de la organización habrá de ser entonces la *participación*<sup>91</sup>: participación como inductor, si se demuestra que la orden determinó el nacimiento de la decisión criminal en el ejecutor directo, sin que baste a tal efecto la prueba de la condición de dirigente; participación como cooperador (necesario o no)<sup>92</sup> en los demás casos.

La insatisfacción que suscita castigar como partícipe (esto es, con responsabilidad accesoria) a quien realmente decide y tratar como autor a quien se limita a ejecutar la orden es grande y no ha dejado de tener reflejo a nivel legislativo, donde proliferan las fórmulas tendentes no sólo al adelantamiento de la intervención penal a los actos preparatorios en los hechos delictivos típicos del crimen organizado, sino igualmente a su extensión a toda clase de colaboradores externos que prestan (o prometen) su apoyo material o psicológico a sus actividades (hasta a conductas rutinarias de carácter socialmente adecuado)<sup>93</sup>. Aún más, en la Parte Especial surgen descripciones típicas abiertas que, en la línea del concepto unitario o extensivo de autor, acaban permitiendo calificar de realización de actos ejecutivos en calidad de autor toda una diversidad de conductas de alcance y de significación muy diferentes y las más de las veces muy alejadas de una elemental puesta en peligro del bien jurídico protegido. El delito de tráfico de drogas (arts. 369 y ss.) o la tipificación del blanqueo de capitales (art.301) constituyen ejemplos particularmente elocuentes de esta criticable tendencia legislativa.

## **B) La cuestión del agente provocador**

Íntimamente ligado con los problemas de participación se encuentra el tratamiento penal del llamado agente provocador, figura integrada entre las nuevas técnicas de investigación proactiva cuya potenciación en la lucha contra la criminalidad organizada, propugnada a nivel internacional, ha encontrado reflejo en múltiples legislaciones internas.

---

<sup>91</sup> Para GIMBERNAT ORDEIG autor es sólo el ejecutor material; los demás son partícipes. *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 180 y ss. Ver también, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991, p. 683 (si bien, con algunas dudas, pp. 647 y s.); J. J. GONZÁLEZ RUS, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría", en CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial XXXIX. Problemas de Autoría*, Madrid, 1994, p. 132; M.C.LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, p.404; E.J.PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, 1998, p.235 (aunque admite, "en casos extremos", la autoría mediata, *ibídem*, p.235). J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 276. Ver también (cooperación necesaria), M.T.FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T.FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Autoría y participación en la criminalidad organizada", en M.D.Diego Díaz-Santos, V.Sánchez López, *Hacia un Derecho Penal sin fronteras*, Madrid, 2000, pp. 36 y s.

<sup>92</sup> J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 276. Ver también (cooperación necesaria), M.T.FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Autoría", cit., pp. 36 y s.

Prescindiendo de los aspectos procesales, interesa aquí determinar el alcance de la posible responsabilidad del agente provocador por los hechos en que interviene con objeto de lograr la detención de los miembros y dirigentes de las organizaciones criminales, una cuestión largamente debatida en Derecho Penal. Se entiende, por lo general<sup>94</sup>, que en la actuación del agente provocador conviene distinguir dos técnicas: la simple y pura provocación de un hecho delictivo y la técnica de provocación policial. Mientras la primera, en la medida en que hace surgir un hecho delictivo nuevo, debe reputarse una actividad ilícita y dar lugar a la responsabilidad penal del agente provocador, se admite la licitud de la técnica de la provocación e infiltración policial<sup>95</sup>, que se considera lícita. Hay provocación policial cuando los agentes se limitan a permitir la manifestación de hechos delictivos no provocados por la actividad policial.

Reformas intervenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a lo largo de la última década han regulado en España la circulación o entrega vigilada de drogas (art. 263 bis)<sup>96</sup> y el agente encubierto (art. 282 bis)<sup>97</sup>. La circulación o entrega vigilada de drogas, sustancias, equipos, materiales, objetos, animales y vegetales se autoriza con el fin de descubrir o identificar a los partícipes en determinados tráficos ilícitos delictivos por decisión judicial o policial (inmediatamente comunicada al juez o fiscal) y fue ya considerada una posible vía de

---

<sup>93</sup> Th. WEIGEND, "Relación General", *cit.*, pp. 555 y s. A este respecto, I. BLANCO CORDERO, "El encubrimiento personal: contribución a la delimitación del tipo del artículo 451.3 del Código Penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, segunda época, 2, 1998, pp. 15 y ss.

<sup>94</sup> Así, también en el Derecho Comparado, J. PRADEL, "Relación general", *cit.*, pp., 715 y s.

<sup>95</sup> Así, en Derecho español STC 11/1983, de 21 de febrero. M. D. DELGADO GARCÍA, "El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada", en F. Gutiérrez-Alviz Conradi, *La criminalidad organizada*, *cit.*, pp. 69 y ss. y 75 y ss.; C. GARCÍA VALDÉS, "Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delito provocado y el blanqueo del dinero procedente del delito", en CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial XXI, Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1993, pp. 238 y ss.; J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Valencia, 1995, pp. 111 y ss.; L. F. RUIZ ANTÓN, "Del agente provocador y del delito provocado", en CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial XXXIX. Problemas de autoría*, Madrid, 1994, pp. 333 y ss.

<sup>96</sup> Introducido por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre (BOE núm. 308, 14 diciembre 1992) -conforme a lo dispuesto por el art. 73 del Convenio de Schengen y el art. 3,1 y 11 de la Convención de Viena- y que ha encontrado una nueva redacción a partir de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero (BOE núm. 12, 14 enero 1999).

<sup>97</sup> Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero (BOE núm. 12, 14 enero 1999). J. DELGADO MARTÍN, "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", *Actualidad Penal*, 1, 2000, pp. 1 y ss.; M. LIDÓN MONTÓN GARCÍA, "Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos", *La Ley*, 4826, 25 junio 1999, pp. 1 ss.; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El agente encubierto", *La Ley*, 4778, 20 abril 1999, pp. 1 ss.; V. MORENO CATENA, "Los agentes encubiertos en España", *La Tribuna*, 1999, 10, pp. 40 ss.; M. R. PÉREZ ARROYO, "La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal", *La Ley*, núms. 4987-9, 8, 9 y 10 febrero 2000, pp. 1 ss. (respectivamente); J. J. QUERALT JIMÉNEZ, "Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 enero", en *Criminalidad organizada*, *cit.*, pp. 125 ss.; R. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "El 'agente encubierto' y la 'entrega vigilada' (Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)", *ibidem*, pp. 91 ss.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

legitimación de formas oscuras de provocación por parte de los agentes policiales<sup>98</sup>. La figura del agente encubierto -de "frágil límite"<sup>99</sup> con el agente provocador- se introduce con la finalidad explícita de facilitar "las investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada" y permite que el Juez de Instrucción (o el Fiscal dando cuenta inmediata al Juez) autorice a los funcionarios de la Policía Judicial a que actúen "bajo identidad supuesta" y puedan "adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos". Los núms. 3 y 5 del nuevo art. 282 bis establecen ciertos límites: cuando la intervención pueda afectar a derechos fundamentales, el agente deberá solicitar autorización de los órganos judiciales competentes y sujetar su actuación a "las demás previsiones legales aplicables". De otra parte, si bien se declara la exención de responsabilidad del agente encubierto por los hechos "consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación", la exención ha de regirse por el principio de proporcionalidad<sup>100</sup> y no alcanzará a los supuestos constitutivos de "provocación al delito". Al margen de las "graves carencias técnicas"<sup>101</sup>, parece claro que continúa plenamente vigente la distinción entre provocación policial (impune) y provocación al delito (punible).

### **C) Arrepentimiento y responsabilidad penal**

Entre las cuestiones propias de la Parte general, a caballo entre la teoría del delito y de la sanción, merece por último atención el tema de los arrepentidos: personas que, al disociarse de la organización criminal y colaborar con la autoridad, permiten penetrar en ese mundo de "naturaleza conspiratoria y secreta"<sup>102</sup>, recibiendo por ello un tratamiento privilegiado y hasta, en ocasiones, la extinción de la persecución penal o la exención total o parcial de pena.

Múltiples son los debates suscitados en torno a la legitimidad o no de los llamados arrepentidos en el plano procesal y hasta a la luz del artículo 6 del Convenio de Roma, habiéndose adoptado en el marco europeo

---

<sup>98</sup> F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, 1999, pp.645 y s. En contra, sin embargo, G. GUINARTE CABADA, "La circulación o entrega vigilada de drogas", *Cuadernos de Política Criminal*, 55, 1995, pp. 29 y s y 32, para quien tampoco podía exonerar de responsabilidad en supuestos de "pago con droga a confidentes", perfectamente calificables de tráfico de drogas.

<sup>99</sup> F. BUENO ARÚS, "Política judicial común", *cit.*, p. 83.

<sup>100</sup> A interpretar en "sentido amplio". E. ANARTE BORRALLA, "Conjeturas", *cit.*, p. 32 (n. 52).

<sup>101</sup> E. ANARTE BORRALLA, *ibídem*, p. 53.

<sup>102</sup> J. J. MEDINA ARIZA, "Una introducción", *cit.*, p. 128.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

una Resolución por parte del Consejo de 20 de diciembre de 1996<sup>103</sup>, favorable a la utilización del mecanismo por parte de los Estados europeos.

Al igual que respecto del agente provocador nuestro interés se centra en el tratamiento penal de los arrepentidos: en particular, en el alcance y efectos de las exenciones ofrecidas, a veces extremadamente generosas<sup>104</sup>. El Derecho penal siempre ha otorgado un reconocimiento al desistimiento y al arrepentimiento espontáneo<sup>105</sup>. El primero exime, con carácter general, de responsabilidad penal en la tentativa. El arrepentimiento (y la confesión de los hechos) suele ser contemplado como una causa de atenuación de la responsabilidad penal, llegando a recibir un tratamiento específico en determinados hechos delictivos hasta como excusa absoluta. Importa, en cualquier caso, destacar que los efectos del desistimiento o arrepentimiento se aplican a los hechos respecto de los que se producen y no a cualquier otra responsabilidad penal en que haya podido incurrir el sujeto. Éste no es necesariamente el caso en la delincuencia organizada, que en determinados sistemas permite la impunidad total por cualquier hecho delictivo pendiente. En tal sentido, la Sección I del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal (1999) entendió que debía salir al paso de estas prácticas, rechazando toda "impunidad *de facto*" y la desproporción entre las "concesiones ofrecidas a los dirigentes" y las acordadas "a los miembros ordinarios", así como propugnando que la impunidad total por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades quede limitada "al delito de pertenencia a la asociación criminal y requerir el abandono voluntario de dicha asociación antes de que el autor del delito haya sido informado de la existencia de una investigación penal inminente o en curso"<sup>106</sup>. Por su parte, la Sección III<sup>107</sup> reafirmó la necesidad de respeto de los principios de legalidad, judicialidad y proporcionalidad, pronunciándose en contra del anonimato del arrepentido y de toda condena del inculcado basada sólo en el testimonio de arrepentidos.

Conviene destacar la importancia de estas resoluciones que aciertan en cuanto a la gravedad de determinados premios por arrepentimiento. En efecto, resulta difícil objetar la aplicación de atenuaciones específicas (y hasta de exenciones) respecto del delito de asociación. Ahora bien, extender sus efectos a otros hechos distintos de la asociación -incluso ya consumados- infringe los principios de igualdad y de proporcionalidad delito-pena, así como exigencias elementales del Derecho penal de un Estado de Derecho y

---

<sup>103</sup> *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 10/1, de 11 enero 1997. Ver, al respecto, E. MUSCO, "Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia: problemas y perspectivas", *Revista Penal*, 2, 1998, pp. 35 y ss. (trad. V. Sánchez López).

<sup>104</sup> Para un resumen de Derecho Comparado, Th. WEIGEND, "Relación general", *cit.*, pp. 561 y s.

<sup>105</sup> F. MUÑOZ CONDE, "Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada", en F. Gutiérrez-Alviz Conradi, *La Criminalidad Organizada*, *cit.*, pp. 143 y ss.

<sup>106</sup> *Res. III, 5, Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 70, 3-4, 1999, p. 923.

<sup>107</sup> *Res. 8, ibidem*, p. 930

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

llega a la aberración cuando la ayuda a las autoridades es la pura delación<sup>108</sup>, un mecanismo que, pese a su aparente eficacia (no desde el prisma procesal y constitucional)<sup>109</sup> - tiende a desnaturalizar la legitimidad del proceso acusatorio, transformándolo en inquisitivo y que, como se conoce a partir de su aplicación práctica, suele acabar favoreciendo el desarrollo de acciones policiales y penitenciarias dirigidas a lograr la confesión por medios nada admisibles. Por ello, si los Estados desean hacer uso de las mismas debería exigirse su canalización a través de las correspondientes medidas de gracia y sin interferir en el ámbito de actuación judicial<sup>110</sup>.

El Código Penal de 1995, rompiendo con la amplitud del art. 57 bis b) del anterior texto punitivo<sup>111</sup>, se ocupa de la disociación en los delitos relacionados con las drogas (art. 376) y de terrorismo (art.579)<sup>112</sup>, autorizando a los jueces y tribunales a imponer la pena inferior en uno o dos grados, a quienes, habiendo abandonado voluntariamente las actividades delictivas,

- se presenten a las autoridades, confesando los hechos en los que hayan participado, y
- colaboren activamente con las autoridades;
  - para impedir la producción del delito;
  - para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables; o
  - para impedir la actuación o el desarrollo de las bandas, organizaciones, asociaciones o grupos a que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

#### **D) ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?**

Para combatir la "intercomunicación entre organizaciones criminales y sociedades mercantiles"<sup>113</sup> - producto de la utilización por parte del crimen organizado de formas jurídicas asociativas y empresariales dotadas de personalidad jurídica para cubrir de aparente legalidad los negocios realizados y apoyar las actividades de lavado de productos y ganancias- y el hecho de que la personalidad jurídica se erija en ocasiones

---

<sup>108</sup> Sobre el valor de la prueba del coencusado, J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del 'arrepentido'", *La Ley*, 5, 1996, D 293, pp.1463 y ss.; E.MUSCO, "Los colaboradores", *cit.*, pp. 40 y ss.

<sup>109</sup> M. L. CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1995, pp. 561 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, "Los arrepentidos", *cit.*, pp. 153 y ss. Ver también E. MUSCO, "Los colaboradores", *cit.*, pp. 42 y ss.

<sup>110</sup> Por todos, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, pp. 578 y ss. y 601 y s. Ver también M. L. CUERDA ARNAU, *Atenuación*, *cit.*, pp. 561 y ss.

<sup>111</sup> J. M. VALLE MUÑIZ, E. FERNÁNDEZ PALMA, en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1665

<sup>112</sup> Ver también el contenido del art. 427 en relación con el cohecho. M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, Madrid, 1996.

<sup>113</sup> L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas", en *Criminalidad Organizada*, *cit.*, p. 60. También I. BLANCO CORDERO, "Criminalidad organizada y mercados ilegales", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 11, 1997, p. 217; E. FABIÁN CAPARRÓS, "Criminalidad organizada", *cit.*, p. 176; G. KAISER, *Kriminologie*, 9ª ed., Heidelberg, 1993, p. 235.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

en valladar prácticamente infranqueable para la exigencia de responsabilidad penal se reclama igualmente en este ámbito la revisión del principio tradicional del Derecho continental *societas delinquere non potest* o, cuanto menos, la previsión (por el propio Derecho penal) de una serie de medidas aplicables a las mismas.

El tema excede con mucho de la problemática específica de la criminalidad organizada y pertenece más bien al debate actual de la criminalidad económica y del tratamiento de los hechos delictivos cometidos por (y en el seno de) organizaciones empresariales. Baste por ello decir que al tiempo que se producen importantes reformas en el Derecho Comparado dirigidas al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>114</sup>, se constata en la doctrina una mayor apertura progresiva<sup>115</sup>, con propuestas de articulación de una intervención penal eficaz sobre las personas jurídicas mayoritariamente incardinada en una tercera vía, adaptada a las características de aquéllas pero, al mismo tiempo, respetuosa de los principios rectores del Derecho penal.

El nuevo Código Penal español, sin romper con el principio *societas delinquere non potest*, abre alguna posibilidad en este sentido a través de las consecuencias accesorias contempladas por el art. 129, a pesar de tratarse de una regulación oscura en cuanto a su naturaleza y presupuestos de aplicación de las mismas, y del todo insuficiente.

## 2. Figuras delictivas específicas

Es en la Parte Especial del Derecho Penal donde las reformas legislativas en materia de lucha contra la criminalidad organizada han encontrado un mayor desarrollo mediante la tipificación específica de actos preparatorios (en particular, la conspiración para delinquir), la configuración como delito-obstáculo de la pertenencia a una organización criminal y la introducción de nuevas infracciones. Todo ello, al lado de los nuevos tipos cualificados y de la ampliación de las figuras tradicionales por medio de descripciones abiertas y de

---

<sup>114</sup> Si Holanda incluyó ya en 1976 en el Código Penal esta posibilidad (J. A. E. VERVAELE, "La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 1, 1998, pp. 153 y ss.), en 1994 lo hizo el Código Penal francés (J. PRADEL, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 4, 1999, pp. 661 y ss.), Dinamarca lo ha introducido en 1996 (S. BACIGALUPO, "La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal*, 67, 1999, p. 18) y Bélgica en 1999 (H. D. BOSLY, Th. BOSLY, "La responsabilité pénale des personnes morales et le nouveau droit pénal des sociétés", en *Le nouveau code des sociétés*, Bruxelles, 1999, pp. 321 ss.).

<sup>115</sup> J. L. DE LA CUESTA, "El Derecho Penal de las Personas Jurídicas: una 'nueva línea' de intervención penal", en *La Administración de Justicia en el umbral del tercer milenio* (en prensa). También L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad de empresa", *cit.*, pp. 199 y ss.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

la incriminación de todo apoyo o favorecimiento con objeto de criminalizar "cualquier contacto social con la criminalidad organizada"<sup>116</sup>.

### A) El delito de conspiración

Concebida por la mayor parte de las legislaciones como una forma preparatoria punible sólo respecto de determinados hechos delictivos (como en el art.17 Código Penal), se observa cierta tendencia en el Derecho Comparado (liderada por los EE.UU.)<sup>117</sup> dirigida a la reducción de los requisitos propios de la conspiración -en particular, mediante la no exigencia de un acto manifiesto hacia la ejecución del acuerdo criminal alcanzado- y a su independización (como la tentativa de inducción)<sup>118</sup>, eliminando la absorción del hecho conspiratorio por parte del delito principal y castigándose, en consecuencia, a los culpables con las penas previstas para ambos<sup>119</sup>.

Es ésta una vía peligrosa de extensión de la intervención penal a personas "no directamente implicadas en la comisión de delitos particulares"<sup>120</sup>, de aquí que el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal propugnara su restricción "a las infracciones graves", exigiendo "siempre la prueba de un acto manifiesto en aplicación del acuerdo"<sup>121</sup>.

En el Derecho Penal español (donde la inducción intentada sólo se considera punible si constituye proposición o provocación punible)<sup>122</sup> la conspiración para delinquir no constituye una figura delictiva autónoma, sino que es un acto preparatorio punible "en los casos especialmente previstos en la Ley". De acuerdo con el entendimiento doctrinal más extendido su presencia supone<sup>123</sup>: a) una unión de voluntades; b) orientadas todas hacia el mismo hecho concreto; c) con firme decisión dolosa de ejecutarlo por parte de cada concertado; d) plasmada en un concreto y acabado plan de acción, caracterizado por su viabilidad.

---

<sup>116</sup> E. ANARTE BORRALLA, "Conjeturas", *cit.*, p. 52.

<sup>117</sup> Que conoce hasta la figura de conspiración RICO, D. M. KOENIG, "United States. The Criminal Justice System facing the Challenge of Organized Crime", *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 69, 1-2, 1998, p. 311.

<sup>118</sup> Th. WEIGEND, "Relación general", *cit.*, p. 556.

<sup>119</sup> Ch. L. BLAKESLEY, "Informe general", *cit.*, pp. 121 y s.

<sup>120</sup> Algo a lo que los Estados de la UE se obligan en la *Acción Común* de 21 diciembre 1998, aplicando "sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias" a cuantos se concierten "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" (art. 2,1 b).

<sup>121</sup> *Res. II, 2 (Sección II)*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, *cit.*, p. 922.

<sup>122</sup> S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 404.

<sup>123</sup> G. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, *cit.*, p. 123.

## B) Particulares figuras delictivas

Más allá de la tipificación de determinadas formas preparatorias, el esfuerzo principal en la lucha contra el crimen organizado a través del Derecho penal se viene desplegando en torno a la construcción de nuevas figuras delictivas (o la reformulación de algunas ya conocidas), entre las que la pertenencia a una organización criminal ocupa una posición especial.

### a) *La pertenencia a una organización criminal*

A la luz del Derecho Penal comparado, las legislaciones contemplan la pertenencia a una organización criminal:

- como una circunstancia agravante o cualificativa, en general, o respecto de determinados hechos delictivos;
- como una figura delictiva específica, en cuanto tal<sup>124</sup>.

La extendida opción por la segunda alternativa ha supuesto, en cierto modo, una revitalización de la figura de las asociaciones ilícitas, al permitir el castigo de sus miembros y, sobre todo, de sus dirigentes, sin necesidad de aportar prueba alguna de la realización de una infracción precisa<sup>125</sup>.

Entre los múltiples modelos que ofrece el Derecho Comparado<sup>126</sup>, merecen especial mención las *associazioni per delinquere* y las *associazioni di tipo mafioso* del Derecho Italiano<sup>127</sup>, la *association de*

---

<sup>124</sup> En esta línea, a través de la *Acción Común* de la UE de 21 diciembre 1998, los Estados se obligan (art. 2,1 a) a la sujeción "a sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias" 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 (...), 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 contempladas en el artículo 1.

<sup>125</sup> F. MUÑOZ CONDE, "Problemas", *cit.*, p. 152; Th. WEIGEND, Relación general", *cit.*, p. 558.

<sup>126</sup> E. ANARTE BORRALLA, "Conjeturas", *cit.*, pp. 25 y ss.; Ch. L. BLAKESLEY, "Informe general", *cit.*, pp. 114 y ss.

<sup>127</sup> Las *associazioni di tipo mafioso* se caracterizan por la integración de tres o más personas que utilizan la fuerza y la intimidación, bajo la ley de silencio (*omertá*) en el seno de la organización, lo que les otorga una gran capacidad de comisión de delitos y de penetración en la actividad económica con el fin de obtener beneficios ilícitos.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

*malfaiteurs* del Derecho francés<sup>128</sup> y los grupos u organizaciones infractores de la legislación RICO<sup>129</sup> de los EE.UU., superada en amplitud por el desarrollo habido en la legislación canadiense a partir de 1997. También divergen las legislaciones en cuanto a la gravedad de los hechos perseguidos por la asociación: desde cualquier delito hasta infracciones graves o muy graves o sólo particulares formas delictivas<sup>130</sup>.

Conocidos son los problemas de estas incriminaciones tanto desde un prisma general<sup>131</sup> -por la posible colisión con el derecho constitucional de asociación, por su muy frecuente efecto de "hipertrofia de la respuesta penal"<sup>132</sup> y en razón del alejamiento del bien jurídico protegido<sup>133</sup>-, como en un plano más particular donde se discute hasta el contenido del concepto mismo de "pertenencia", afirmado la mayoría de las veces a partir de la simple "adhesión informal" o del mero apoyo. Además, se destacan las dificultades en la práctica de unas descripciones típicas complejas, que exigen probar la presencia de una "multiplicidad de elementos típicos del delito (y que el acusado tuviera conocimiento de ellos)", lo que permite con facilidad impedir la aplicación de la ley penal al eludirse "la concurrencia de al menos uno de los elementos constitutivos de la infracción"<sup>134</sup>. Estas y otras consideraciones fueron tenidas en cuenta por las resoluciones aprobadas por el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal. Declarada por la Sección I la necesidad de una clara definición legislativa de las nociones de "crimen organizado", "grupo criminal", etc. -siempre que hayan de servir para la imposición de sanciones (o para su agravación)<sup>135</sup>-, a propuesta de la Sección II<sup>136</sup> el Congreso consideró al "delito autónomo de pertenencia a una asociación criminal (...) un instrumento importante en la lucha contra el crimen organizado" (*Res.4*), entendiendo que la pertenencia a la asociación ha de requerir, al menos, la financiación o la adhesión a una estructura estable, corroborada por algún hecho material, y remitiendo a la participación los comportamientos de apoyo externo a la asociación. Igualmente animó a los Estados (*Res.6*), a la hora de la construcción de "una

---

<sup>128</sup> Creada para hacer frente a aquellas agrupaciones de personas dirigidas a la comisión de hechos delictivos punibles cuanto menos con diez años de prisión (art. 450 CP). El Derecho francés conoce también la agravación por *bande organisée* en múltiples delitos (art. 132-71). J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, p. 121.

<sup>129</sup> *Racketeering Influenced & Corrupt Organizations Act*, incluida en la Ley del Crimen Organizado de 1970, tít. IX, 18 U. S. C. §§1961-1968.

<sup>130</sup> Th. WEIGEND, "Relación general", *cit.*, pp. 558 y s.

<sup>131</sup> M. PIETH, "Die Bekämpfung des organisierten Verbrechens in der Schweiz", *SchwZStr*, 109, 1992, p. 263; G. QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada", *cit.*, pp. 178 y ss. Sin embargo, M. A. IGLESIAS RÍO, "Panorámica Comparativa", *cit.*, p. 109.

<sup>132</sup> G. QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada", *cit.*, p. 181 y pp. 186 y ss.

<sup>133</sup> M. PIETH, "Die Bekämpfung", *cit.*, p. 263.

<sup>134</sup> Th. WEIGEND, "Relación general", *cit.*, pp. 558 y 559 y s.

<sup>135</sup> *Revue Internationale de Droit Pénal*, *cit.*, p. 921.

<sup>136</sup> *ibidem.*, pp. 925 y ss.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

incriminación específica y autónoma" de esta suerte, a buscar "un equilibrio entre la esperada eficacia y la protección de los legítimos intereses sociales e individuales", respetando<sup>137</sup>:

- el *principio de legalidad* y de *taxatividad* en la descripción típica;
- el *principio del necesario daño o peligro social*, exigiendo a la acusación la prueba de "que el acusado realmente se sumó a una asociación que ha causado o causa un daño social real";
- el *principio de culpabilidad* (e *imputación subjetiva*);
- el *principio de proporcionalidad* en cuanto a las sanciones previstas para los dirigentes y para los miembros, que deberían recibir una sanción "en proporción directa a su papel en el grupo" y acomodada a su "culpabilidad particular".

En Derecho Penal español, las bandas y organizaciones criminales constituyen "subtipos"<sup>138</sup> de las asociaciones ilícitas (respecto de las que son punibles hasta la provocación, la conspiración y la proposición: art. 519) recogidas por el artículo 515 del Código Penal. Éstas comprenden:

- 1) las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión;
- 2) las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas;
- 3) las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución;
- 4) las organizaciones de carácter paramilitar;
- 5) las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalías o inciten a ello;
- 6) las que promuevan el tráfico ilegal de personas<sup>139</sup>.

El Código Penal no establece cuáles son los requisitos de existencia de una asociación ilícita, bastando en principio un grupo humano no esporádico<sup>140</sup>. En cuanto a su sanción, se distingue entre las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas -cuyos promotores, directores e integrantes son objeto del art. 516<sup>141</sup>- y los fundadores, directores, presidentes, miembros activos y colaboradores de las demás asociaciones ilícitas (excepto las paramilitares), sancionados a través de los arts. 517 y 518 con penas que van de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por

---

<sup>137</sup> Por su parte la *Res. 1,3 de la Sección I*, exigió el respeto de "los derechos humanos y los principios fundamentales del derecho penal, como, por ejemplo, el comportamiento socialmente peligroso como condición de la punibilidad, el principio *nulla poena sine culpa*, el principio de proporcionalidad de la pena con respecto a la infracción y el principio *in dubio pro reo*". *Revue Internationale de Droit Pénal*, *cit.*, pp. 921 y s.

<sup>138</sup> F. BUENO ARÚS, "Política judicial común", *cit.*, p. 80.

<sup>139</sup> Introducidas por L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, 12 enero 2000).

<sup>140</sup> G. QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada", *cit.*, p. 183.

<sup>141</sup> Las conductas de los demás colaboradores se castigan entre las figuras de terrorismo recogidas en la sección 2ª, capítulo V, título XXII (delitos contra el orden público).

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

tiempo de seis a doce años -para los presidentes, directores y fundadores-, a prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses para los miembros activos (art.517). Los colaboradores reciben penas de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años (art. 518).

Por lo demás, y dejando al margen el tratamiento del terrorismo, que como se ha visto merece una atención específica, y la reciente inclusión entre la lista de asociaciones ilícitas de "las que promuevan el tráfico ilegal de personas", especialmente orientada hacia determinadas formas delictivas de la criminalidad organizada, la pertenencia a una organización delictiva constituye un tipo cualificado en materia de:

- prostitución y corrupción de menores (arts. 187<sup>142</sup> y 189);
- blanqueo de capitales (art. 302)<sup>143</sup>;
- defraudación tributaria y a la seguridad social (arts. 305 y 307);
- tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros)(art.318 bis 5); y
- tráfico de drogas y de precursores (arts. 369, 6º y 370 y 371,2).

El Código Penal, contra lo que sucede en el plano procesal a partir de la L.O. de 1999, no define lo que deba entenderse por organización, un concepto que ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial. Respecto de las bandas y organizaciones incluidas entre las asociaciones ilícitas, la Jurisprudencia suele requerir ciertos elementos: pluralidad de personas, carácter permanente, división del trabajo, existencia de un jefe, fines delictivos múltiples y, en ocasiones, uso de armas en el desarrollo de las actividades delictivas<sup>144</sup>. Por nuestra parte, y como ya hemos señalado más arriba, entendemos que si ha de distinguirse de los actos preparatorios, de las formas de participación y hasta de las meras asociaciones ilícitas, por organización debe entenderse un aparato organizado de poder, estructurado y de cierta importancia, que actúa de alguna manera con una programación delictiva y con división del trabajo, con fines de obtención del poder y/o lucrativos.

#### *b) Infracciones típicas de la criminalidad organizada*

---

<sup>142</sup> Curiosamente, quedan fuera de la agravación los supuestos de tráfico ilegal de personas –adultos, menores o incapaces- con fines de explotación sexual, introducidos por la L.O. 11/1999.

<sup>143</sup> La Ley 971993 de Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales (y su Reglamento de 9 junio 1995) regula la prevención e impedimento del blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas, de actividades terroristas y de las bandas o grupos organizados.

<sup>144</sup> F. BUENO ARÚS, "Política judicial común", *cit.*, p. 80.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

Si bien la dinámica propia del crimen organizado lleva a la comisión de todo tipo de delitos (robos, lesiones, homicidios, amenazas, coacciones...) para el logro de sus objetivos lucrativos o criminales, la extensión de este tipo de criminalidad ha dado como resultado el nacimiento o el refuerzo de ciertas figuras, calificadas por ciertos sectores doctrinales como "infracciones típicas del crimen organizado"<sup>145</sup> y que atraen la atención de las instancias internacionales, las cuales se afanan en la preparación de instrumentos internacionales al respecto.

Tal es el caso, por ejemplo, de las figuras de cohecho, tráfico de influencias y demás modalidades de *corrupción* (no sólo funcional) <sup>146</sup>, frecuentemente descritas por las legislaciones internas como ataques a la propia Administración pública y de las que se postula en el plano internacional<sup>147</sup> su extensión para lograr la cobertura a través de las mismas de los actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales. También en materia de *fraude* existen instrumentos, en particular, en la Unión Europea<sup>148</sup>, dirigidos a lograr una completa protección del presupuesto comunitario (equiparada a la otorgada al presupuesto del propio Estado) a través de las legislaciones internas.

Las infracciones más típicas del crimen organizado son, con todo, los diversos tráfico ilícitos<sup>149</sup> y, en los últimos tiempos, el blanqueo de capitales<sup>150</sup>.

---

<sup>145</sup> Ch. VAN DEN WYNGAERT, "Relación general", *cit.*, p. 247. Ver también F. BUENO ARÚS, "Política judicial común", *cit.*, pp. 71y ss.

<sup>146</sup> M. A. IGLESIAS RÍO, "Panorámica Comparativa", *cit.*, pp. 109 y ss.; M. Ch. BASSIOUNI, E. VETERE, "Towards", *cit.*, pp. xxxv y ss.

<sup>147</sup> Así *Convenio interamericano contra la corrupción* (1966), OAE/Ser. K/XXXIV. 1 CICOR/doc. 14/96 rev. 2; *Convenio de la OCDE contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones de negocios internacionales*, de 17 de diciembre de 1997 (30 diciembre 1997). En el marco de la Unión Europea, Acto del Consejo de 23 octubre 1996, sobre Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (sobre la corrupción en relación con el fraude contra la Unión Europea), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 313/2, de 23 octubre 1996; Convenio de 26 de mayo de 1997 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 195/1, de 25 junio 1997. Ver, por todos, E.BACIGALUPO ZAPATER, "Estado de la cuestión de la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea después del Tratado de Ámsterdam", *Actualidad Penal*, 1998, 2, marg. 825.

<sup>148</sup> Ver, en particular, Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 316/48, de 27 noviembre 1995; y sus dos protocolos: Protocolo de 23 octubre 1996 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (sobre la corrupción en relación con el fraude contra la Unión europea), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 313/2, de 23 Octubre 1996 y el Segundo Protocolo (19 junio 1997) del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 221/11, de 19 de julio 1997. Ver también, arts. 1 y ss. del *Corpus Juris*, donde se incriminan el fraude al presupuesto comunitario, fraudes en concursos y subastas públicas, corrupción, abuso de poder, malversación de fondos, revelación de secretos pertenecientes al cargo, blanqueo y receptación, y conspiración. M. DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, 1997, pp. 46 y ss.

<sup>149</sup> R. OTTENHOF, "Le crime organisé", *cit.*, p. 51.

<sup>150</sup> Recuerdan, con todo, BASSIOUNI y VETERE que conviene no perder de vista toda una serie de actividades y empresas económicas irregulares que también ocupan cada vez más al crimen organizado. "Towards", *cit.*, p. xxxiv.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

Dentro de los *tráficos ilícitos* destaca -por la atención prestada en el plano internacional<sup>151</sup>- el tráfico de drogas, en particular, tras la Convención de Viena (Naciones Unidas) de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas<sup>152</sup>. También otros tráfico ilícitos reciben cierto tratamiento internacional a través de Convenciones como la de la esclavitud, de 1923, el Convenio sobre el trabajo forzado de 1930, el Convenio de 1949 para la represión del tráfico de personas y la prostitución de otros y el Convenio de 1971 sobre medios de prohibición y de prevención de la importación y transferencia ilícitas de la propiedad de bienes culturales. Sin embargo, parece claro que existen todavía flancos sin cubrir no sólo por lo que se refiere a los animales y plantas protegidos, bienes culturales, material nuclear, residuos tóxicos o peligrosos, explosivos, moneda falsificada, vehículos, etc., sino también en el tráfico de embriones, de órganos humanos y hormonas, de la trata de personas y, en particular, de emigrantes, de mujeres y niños, pornografía infantil y de armas. De aquí que el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional trabaje sobre tres protocolos:

- Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire<sup>153</sup>;
- Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones<sup>154</sup>;
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños<sup>155</sup>.

Por lo que respecta al *blanqueo o lavado de capitales*<sup>156</sup>, su orientación a la prevención y represión de la etapa final del crimen organizado -la dirigida al aprovechamiento de las ganancias mediante su integración normalizada en el sistema económico- lo convierte en un "arma crucial en la lucha contra el crimen

---

<sup>151</sup> Para un repaso de la evolución en el Derecho Penal Internacional, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El marco normativo de las drogas en España", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1987, pp. 367 y ss.; en cuanto al desarrollo en el plano europeo, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Drogas y política criminal en el Derecho Penal europeo", en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1993, pp. 9 y ss.

<sup>152</sup> Ratificada el 30 de julio de 1990 (BOE núm. 270, 10 noviembre).

<sup>153</sup> NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, A/AC. 254/4/Add. 1/Rev. 5 (20 marzo 2000).

<sup>154</sup> NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, A/AC. 254/4/Add. 2/Rev. 5 (5 mayo 2000).

<sup>155</sup> NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, A/AC254/4/Add. 3/Rev. 6 (4 abril 2000).

<sup>156</sup> Por todos, en la literatura española, C. ARAGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000; I. BLANCO CORDERO, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Pamplona, 1997; del mismo autor, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales*, Granada, 1999; H. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997; E. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito, cit.*; D. J. GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Barcelona, 1996; J. M. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000; C. VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997; y de la misma autora, *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el Marco Normativo Internacional y en la Legislación Comparada*, Miami, 1998.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

organizado"<sup>157</sup>, en particular, si combinado con el comiso y la confiscación de los productos. La intensa actividad legislativa estatal no ha impedido el desarrollo de instrumentos diversos sobre el blanqueo en el plano internacional. Ya el Convenio de Viena de 1988 sobre tráfico ilícito de narcóticos y psicotrópicos propugnó un modelo de tipificación, seguido muy estrechamente por no pocos Estados (como el español), a pesar de sus defectos e insuficiencias desde una correcta técnica penal y a la luz de los principios inspiradores del mismo<sup>158</sup>.

El delito de blanqueo se separa progresivamente de su conexión con los delitos relativos a las drogas para pasar a configurarse como tal con independencia del origen de los bienes, productos o ganancias, siempre que éstos sean ilícitos. En esta línea se colocan el Convenio de 1990 del Consejo de Europa sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos del crimen<sup>159</sup> y la Directiva de la UE sobre blanqueo<sup>160</sup>.

Excede con mucho de los límites de esta contribución pasar revista al modo en que la legislación española se ocupa de las infracciones típicas del crimen organizado. Con todo, es de criticar el seguidismo hasta cierto punto ciego manifestado por el legislador español a la hora de la introducción en el Código Penal de nuevas figuras delictivas, como las relativas a los precursores y al blanqueo; una línea mantenida por el nuevo Código Penal a pesar de las extendidas censuras suscitadas en la doctrina por las últimas reformas del texto punitivo anterior. Merece igualmente una valoración negativa el hecho de que las agravaciones consistentes en la pertenencia a una organización no se extiendan a todas las modalidades delictivas propias del crimen organizado, si bien la omisión de esta cualificación para los hechos constitutivos de delitos contra los derechos de los trabajadores, constitutivos de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312) y de migraciones fraudulentas (art. 313), puede considerarse subsanada por la inclusión en el art. 515 del Código Penal (L.O.4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) de una nueva categoría de asociaciones ilícitas: "las que promuevan el tráfico ilegal de personas".

### 3. Penas y demás consecuencias jurídicas

---

<sup>157</sup> Ch. VAN DEN WYNGAERT, "Relación general", *cit.*, p. 249.

<sup>158</sup> J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", *Actualidad Penal*, 32, 1994, pp. 601 y s.

<sup>159</sup> Ratificado el 8 de noviembre de 1990 (BOE núm. 252, 21 octubre 1998).

<sup>160</sup> Directiva del Consejo nº 91/308/CEE, de 10 Junio 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº L 166, de 28 junio 1991.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

Los deseos de una mayor eficacia en la actuación contra el crimen organizado también han hallado repercusión en cuanto a las sanciones aplicables. La gravedad de los hechos cometidos suscita con frecuencia demandas de intensificación de las penas aplicables, articuladas las más de las veces mediante el aumento de las penas previstas para la pertenencia a una organización criminal o respecto de los supuestos cualificados de comisión de los hechos delictivos, bien por miembros o colaboradores de las organizaciones o en relación con las actividades de éstas. De otra parte, la necesidad de articulación de respuestas a la criminalidad cometida a través de personas jurídicas, al margen del reconocimiento o no de su responsabilidad penal, se extiende por la mayoría de las legislaciones, las cuales se ocupan de prever para tales supuestos medidas (o "consecuencias accesorias", como en Derecho español)<sup>161</sup> de disolución, suspensión, cierre de establecimientos, prohibición de actividades, inhabilitación para el disfrute de subvenciones, intervención de la empresa, publicación de la sentencia...

Más arriba se ha indicado cómo el cometido que se asigna al Derecho Penal en este ámbito excede ya de la mera la prevención y sanción de los comportamientos delictivos a través de los medios tradicionales, y apunta igualmente a la frustración de todo posible enriquecimiento de sus autores a partir de sus actividades criminales, modo casi exclusivo de saltarse a los "actores de primera línea" y de alcanzar a los intereses de los verdaderos dirigentes de la organización<sup>162</sup>. Esto pasa no ya por la imposición de fuertes sanciones económicas, sino sobre todo por el establecimiento de mecanismos que permitan la inmediata aprehensión y congelación de los bienes y ganancias.

La relevancia del *comiso* y de las demás *formas confiscatorias* en la lucha contra el crimen organizado se reputa, por ello, esencial, a pesar de que se carezca de investigaciones suficientes acerca de su verdadera eficacia<sup>163</sup>. Con el fin de adelantar el momento de su imposición y de facilitar su aplicación, surgen desde las más diversas instancias (en particular, respecto de los hechos de blanqueo)<sup>164</sup> propuestas -inspiradas en el Derecho estadounidense<sup>165</sup> y muy criticables desde el prisma dogmático o político criminal<sup>166</sup>- dirigidas a

---

<sup>161</sup> J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal" (contribución al *Libro Homenaje al Prof. Marino Barbero Santos*, en prensa)

<sup>162</sup> Th. WEIGEND, "Relación general", *cit.*, pp. 563 y s.

<sup>163</sup> Así, *Res. III, 12* (Sección I) XVI Congreso Internacional de Derecho Penal (Budapest, 2000), *Revue Internationale de Droit Pénal*, *cit.*, p. 924.

<sup>164</sup> Ver, así, por ejemplo, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre blanqueo <http://www.oecd.org/fatf/evaluati.htm> ; Unión Europea, *Plan de Acción para combatir la criminalidad organizada*, aprobado por el Consejo el 28 de abril de 1997 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 251/1, 15 agosto 1997. Ch. VAN DEN WYNGAERT, "Relación General", *cit.*, pp. 304 y ss.

<sup>165</sup> J. A. E. VERVAELE, "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos", *Actualidad Penal*, 14, 1999, pp. 291 ss. (trad. I.Blanco Cordero).

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárce López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

autorizar el comiso de los bienes y la confiscación de ganancias sin condena, a aligerar la carga de la prueba (hasta mediante su inversión) o a extender la posibilidad de su imposición a la totalidad de los bienes de una persona, incluso si transmitidos a terceros, o con base en la mera imprudencia. Hasta se discute acerca de su naturaleza jurídica, al entender que su conversión en sanción autónoma y su exclusión del elenco de penas permitirán liberarse del respeto de una serie de principios que dificultan y retrasan su efectividad.

Los problemas que la expansión de la confiscación y el comiso suscitan son, pues, numerosos y de perfiles muy variados, de aquí la procedencia de aunar criterios en los planos académico e internacional. En esta línea, la Sección I del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal (Budapest, 2000)<sup>167</sup>, tras reclamar el respeto del principio de proporcionalidad de la sanción respecto de la "gravedad de la infracción y la responsabilidad individual del delincuente" (*Res. III 4*) y pronunciarse expresamente en contra de la confiscación total de bienes (*Res.III 7*), declaró que la confiscación merece el tratamiento no de "medida preventiva", sino de propia y verdadera "sanción penal", integrándose con el resto de las sanciones imponibles por el hecho punible a efectos de garantizar la proporcionalidad (*Res.III 6*). El Congreso admitió la confiscación sobre los bienes de las asociaciones criminales, salvo prueba en contrario de adquisición por medios legítimos o, en el caso de las personas jurídicas, de ignorancia de su obtención por medios ilícitos (*Res.III 8*).

Un punto particularmente espinoso de la confiscación y del comiso es el modo en que pueden afectar a los derechos de terceras personas o de las víctimas. En este punto el XVI Congreso aceptó la confiscación judicial de los bienes que "aparentemente provienen de actividades criminales" ligadas al crimen organizado, "aun cuando no puedan atribuirse a un delincuente en particular" y sin perjuicio de su devolución a su poseedor legítimo, de aportarse "la prueba de la posesión legal" (*Res. III9*). Además, advirtió que "la confiscación no debería dificultar o impedir la reparación de la víctima. Si para asegurar la reparación fuera necesario, los bienes confiscados deberían ser empleados con tal fin" (*Res.III 10*).

En línea con lo propugnado internacionalmente el nuevo Código Penal de 1995 ha introducido importantes cambios en la regulación del comiso. Abandonada su consideración como pena<sup>168</sup>, se incluye ahora entre las denominadas "consecuencias accesorias" (art. 127), limitado a los delitos y faltas dolosos y abarcando

---

<sup>166</sup> Por todos, J. A. E. VERVAELE, "Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal?", *Revista Penal*, 2, 1998, pp. 67 y ss. (trad. M. J. Lazo López y F. Moreno Moreno).

<sup>167</sup> *Revue Internationale de Droit Pénal*, cit., pp. 923 y s.

<sup>168</sup> Que MANZANARES SAMANIEGO calificara de "atavismo insostenible" a la luz del Derecho Comparado "El comiso", en *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, T. XIV, vol. 1º, *La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal*, Madrid, 1992, p. 22.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

tanto la pérdida de los efectos e instrumentos del delito como las ganancias<sup>169</sup>, "cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar"<sup>170</sup> y salvo "que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente". El producto de la venta de los bienes que sean de lícito comercio se aplica a la cobertura de las responsabilidades civiles del penado; algo fundamental, si bien, como es sabido, las víctimas (y sus familias) no sólo precisan recibir una reparación o indemnización tras la sentencia, sino igualmente (en especial, respecto del crimen organizado) apoyo, asistencia y protección eficaz "frente a las amenazas y el riesgo de venganza por parte del delincuente"<sup>171</sup>. También se autoriza al juez o tribunales a no decretar el comiso o a hacerlo parcialmente si la intervención no guarda "proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles" (art. 128).

La regulación general del comiso, con sus luces y sombras<sup>172</sup>, no se afecta a los delitos constitutivos de tráfico de drogas o de precursores (arts.369 y ss. CP)<sup>173</sup>. El art. 374 contiene una disciplina específica del comiso<sup>174</sup>, con un objetivo explícito de abarcar de forma "omnicomprensiva"<sup>175</sup> no sólo las drogas y sustancias, sino también (y salvo que se trate de bienes perteneciente a tercero de buena fe no responsable del delito) los equipos, materiales, vehículos, buques, aeronaves y, en general, cualquier bien, producto, efecto e instrumento del delito y sus ganancias ("sean cuales sean las transformaciones que hayan podido experimentar"). Los bienes decomisados se adjudican al Estado y se permite su utilización provisional por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas. Además, por Ley 36/1995, de 11 de diciembre (BOE núm.296, 12

---

<sup>169</sup> Se supone que "netas". A. R. REEG, "Comentario al artículo 344 bis e) del Código Penal", en *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, T. XII, *Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Madrid, 1990, p. 459.

<sup>170</sup> Lo que permite hacer frente a las "transformaciones en cadena", al margen de los problemas probatorios. J. L. MANZANARES SAMANIEGO, "El comiso", *cit.*, p. 29.

<sup>171</sup> Como recuerda el art. 15 y la exposición de motivos de la Recomendación R(85) 11 del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho y proceso penal. CONSEIL DE L'EUROPE, *La position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale*, Strasbourg, 1985, p. 23. La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, permite extender las medidas que contempla a los allegados del declarante, si concurre en su persona, libertad o bienes, un peligro grave derivado del testimonio prestado (art. 1,2). V. MORENO CATENA, "La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español", en J. C. Ferré Olivé, E. Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia organizada*, *cit.*, pp. 135 y ss.

<sup>172</sup> L. GRACIA MARTÍN, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, pp. 371 y ss.; J. M. PRATS CANUT, en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios*, *cit.*, pp. 609 y ss. También N. CAMPUS ALCARAZ, G. URBANO LANZAS, "El comiso en el nuevo Código penal de 1995: llamamiento urgente a la nueva jurisprudencia y doctrina", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, nº1, 1999, pp. 107 y ss.

<sup>173</sup> Para la regulación específica del comiso en materia de contrabando, ver arts. 5-10 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (BOE núm. 297, 13 diciembre 1995).

<sup>174</sup> Para CAMPOS NAVAS, de "carácter obligatorio". "Comiso y administración judicial de bienes con origen en el tráfico ilegal de drogas", en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, VI-99, *Delitos contra la salud pública en materia de drogas. Robos, hurtos, robos y hurtos de vehículos de motor*, Madrid, 1999, pp.159 y ss.

<sup>175</sup> D. LÓPEZ GARRIDO, M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 167.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárce López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

diciembre 1995)<sup>176</sup>, se crea un fondo de titularidad estatal con los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, con los siguientes fines:

1. Programas de prevención de toxicomanías, asistencia, inserción social y laboral de drogodependientes.
2. Intensificación y mejora de las tareas de prevención, investigación, persecución y represión, incluyendo: gastos de pruebas, de adquisición de medios materiales y el reembolso de gastos lícitos realizados.
3. Cooperación internacional<sup>177</sup>.

Ciertamente, los delitos de tráfico de drogas son considerados criminológicamente "delitos sin víctimas"; de otra parte, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre<sup>178</sup> se ocupa de las ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Siendo tantas las necesidades de asistencia y protección de las víctimas del crimen organizado, llama, con todo, la atención que no se prevea este cometido entre los fines del fondo de bienes decomisados<sup>179</sup>.

Para terminar, una breve referencia al tratamiento de la criminalidad organizada en el marco de la **ejecución penitenciaria**<sup>180</sup>.

La concurrencia de ciertas características en los internos pertenecientes a organizaciones criminales determina que sean normalmente objeto de un tratamiento particular. La integración en la estructura de la organización no se extingue, en efecto, con la entrada en prisión, donde se mantienen lazos organizativos con otros internos pertenecientes al mismo grupo que pueden derivar en conflictos, p.e. con otros internos integrados en organizaciones rivales, por venganzas, etc. A su vez, el apoyo y protección externos, al tiempo que les permite disfrutar muchas veces de mejores condiciones de vida (medios materiales, información, asesoramiento, visitas), se traduce igualmente en mayores intentos de fuga o de corrupción funcional o tráfico dentro de la prisión.

---

<sup>176</sup> Reformada por Ley 61/1997, de 19 diciembre (BOE núm. 304, 20 diciembre 1997)

<sup>177</sup> Ver también Real Decreto 864/1997, de 6 de junio (BOE núm. 138, 10 junio 1997), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 36/1995.

<sup>178</sup> BOE núm. 296, de 12 de diciembre, modificada por las leyes 13/1996 de 30 de diciembre, 38/1998, de 17 de noviembre y Ley 50/1998, de 30 de diciembre. Esta Ley encuentra desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 738/1997 de 23 de mayo (BOE núm. 126, 27 mayo 1997) y, en cuanto a las víctimas de los delitos de terrorismo, en el Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio (BOE núm. 182, 31 de julio 1997) -modificado a su vez por el Real Decreto 1734/1998, de 31 de julio (BOE núm. 215, de 8 de septiembre)- y por el Real Decreto 73/1998, de 23 de enero (BOE núm. 21, 24 enero 1998). Ver, asimismo, en materia de terrorismo, la Ley 32/1999, de 8 de octubre (BOE núm. 242, de 9 octubre 1999) de solidaridad con las víctimas del terrorismo, desarrollada por Real Decreto núm. 1912/1999, de 17 de diciembre (BOE núm. 305, 22 diciembre 1999) y por Real Decreto núm. 1974/1999, de 23 de diciembre.

<sup>179</sup> Sin embargo, D.CAMPOS NAVAS, "Comiso", *cit.*, pp.171 y s.

<sup>180</sup> Por todos, B. MAPELLI CAFFARENA, "Problemas", *cit.*, pp. 53 y ss.

La Administración Penitenciaria debe prevenir la producción de fugas y de conflictos internos, así como reaccionar frente a todo tipo de comportamientos coactivos o ilegales que se produzcan por parte de los presos, entre ellos o con los funcionarios. Esto suele llevar a la adopción de una serie de medidas de intensificación del control de estos internos para garantizar su protección o para evitar una excesiva libertad de movimientos y de contactos que acaben favoreciendo la indisciplina o actos contrarios al buen orden y administración de los establecimientos.

La consecuencia ordinaria suele ser<sup>181</sup>, junto a la restricción e intervención de determinados tipos de comunicaciones y salidas, el internamiento en régimen de primer grado, caracterizado por la insistencia en los principios de seguridad, orden y disciplina y restringidas actividades en común entre los internos. Éste es el caso del sistema penitenciario español donde la norma 3ª del art. 102, 5 del Reglamento Penitenciario (de 1996) dispone el destino a establecimientos de régimen cerrado o a departamentos especiales de los "calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada" y de los regímenes ordinarios o abierto, incluyendo entre los factores para su apreciación la "pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no se muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas" (letra c). La doctrina critica una disposición que deja abiertos múltiples flancos, pues se desconoce lo que ha de considerarse organización delictiva<sup>182</sup> o pertenencia y el modo de acreditación de la misma. De otra parte, conviene insistir en que la pertenencia a una organización delictiva no puede ser, sin más, la base del destino a régimen cerrado, sino que habría de venir acompañada de la peligrosidad o inadaptación a las que el artículo se refiere y que según el propio Reglamento deben ser apreciadas "por causas objetivas en resolución motivada".

Por lo demás, al margen de la Ley y del Reglamento existen los llamados Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES), dirigidos a establecer un control más directo de determinados internos por parte de Instituciones Penitenciarias. Al lado del relativo a bandas armadas (FIES-3 BA), al menos otros dos de los ficheros constituidos tienen que ver con la delincuencia organizada<sup>183</sup>:

---

<sup>181</sup> Incluso en el primero de los casos, pues, por razones de protección, acaban siendo internados en un régimen similar al cerrado. Críticamente, B. MAPELLI CAFFARENA, *ibidem*, p. 59.

<sup>182</sup> E. ANARTE BORRALLO, "Conjeturas", *cit.*, pp. 30 y s.

<sup>183</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Refundición de Circulares e Instrucciones. Disposición Transitoria 4ª del Reglamento Penitenciario*, I 21/96, GP, p. 3. Puede consultarse igualmente el texto en F.ARMENGA GONZÁLEZ PALENZUELA, V.RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento Penitenciario Comentado. Análisis sistemático y recopilación de legislación*, Sevilla, 1999, p.520 y s.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

- el Fichero FIES-5 CE (Características especiales) donde, entre otros, se incluyen los "internos vinculados a la delincuencia común de carácter internacional"; y, sobre todo,
- el Fichero FIES-2 NA (Narcotraficantes), destinado a los preventivos o penados por hechos contra la salud pública (tráfico de drogas o estupefacientes) y otros delitos "íntimamente ligados a éstos (evasión de divisas, blanqueo de dinero...), cometidos por grupos organizados nacionales o extranjeros" y sus colaboradores y apoyos. Éstos reciben una atención especial por parte de la Circular (apdo.A.5)<sup>184</sup> que establece su distribución "en tres grupos o niveles, en función de su potencialidad delictiva", ordenando un diverso perfil de seguimiento en cada nivel.

La creación y mantenimiento de los FIES ha sido fuertemente criticada, con razón, desde la doctrina y por los propios jueces de vigilancia por la falta de respaldo legal de las limitaciones que incluyen las circulares que los regulan<sup>185</sup>, que establecen a la postre un régimen específico, restrictivo del estatuto jurídico reconocido al interno por la Ley y el Reglamento.

## V. CONSIDERACIÓN FINAL

A lo largo de las últimas décadas del segundo milenio se han producido cambios muy importantes en la vida interna de los Estados y en el plano internacional, que han puesto de manifiesto algunas debilidades del actual orden jurídico y socioeconómico. La agilidad de las comunicaciones, las transformaciones geopolíticas y tecnológicas<sup>186</sup> han permitido un nivel de internacionalización (hasta ahora desconocido) de la vida económica y financiera, regida ya por un mercado mundial permanente de capitales y en el que domina la rapidez de unas operaciones que aumentan cuantitativamente de un modo vertiginoso.

La multiplicación de todo tipo de intercambios económicos y sociales, que postula la eliminación de la mayor parte de las barreras y controles tradicionales -en el plano interno y en el ámbito internacional- para permitir el libre juego de la competencia y de las fuerzas que intervienen en el mercado, presenta ventajas muy relevantes, pero facilita al mismo tiempo el desarrollo de actividades ilegales, en particular, por parte de aquellos

---

<sup>184</sup> *ibidem*, pp. 524 y s.

<sup>185</sup> L. FERNÁNDEZ ARÉVALO, "El régimen cerrado", en *Derecho Penitenciario y Democracia*, Sevilla, 1994, p. 329; A. TÉLLEZ AGUILERA, *Seguridad y Disciplina Penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, 1998, p. 119 n. 259. Ver también, B. MAPELLI CAFFARENA, "Problemas", *cit.*, pp. 65 y s.

<sup>186</sup> M. BARBERO SANTOS, "Introducción", en *Criminalidad Organizada*, *cit.*, p. 6.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcé López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

grupos inspirados por objetivos lucrativos<sup>187</sup> de carácter absoluto; esto es, dispuestos a su consecución a cualquier precio: mediante actividades de dudosa legalidad, a través de todo tipo de tráfico ilícitos y con empleo, si conviene, de violencia o intimidación de las personas, o de la corrupción; unos grupos que evolucionan cada vez más hacia organizaciones "de negocios"<sup>188</sup>, una criminalidad corporativa, por consiguiente, que concibe al crimen como "un proyecto empresarial"<sup>189</sup>.

La existencia de un orden jurídico y socioeconómico estable, en el que se garantice la igualdad (cuanto menos formal) de oportunidades para las personas físicas y jurídicas y una seguridad en cuanto a las reglas de juego que han de respetar los diversos actores de la vida social y económica, se ve, por tanto, amenazada por esta forma de criminalidad, que no es propiamente nueva (piénsese en la ya larga trayectoria histórica de la *mafia*<sup>190</sup>, los *yakuza* japoneses, las *triadas* chinas)<sup>191</sup>, si bien en los últimos tiempos presenta perfiles especialmente preocupantes, debido a su poder económico, a la "vulnerabilidad de los países en desarrollo y las democracias emergentes"<sup>192</sup> y a la capacidad de adaptación<sup>193</sup>, de penetración e influencia (y hasta de alianzas)<sup>194</sup> de determinados grupos altamente organizados que se mueven con facilidad en la esfera interna e internacional.

Aun cuando el Derecho Penal sea sólo un instrumento de *ultima ratio* -y en éste, como en otros ámbitos, haya de seguir inspirado por el principio de subsidiaridad, sin caer en el espejismo de su pretendida funcionalidad proactiva-, la gravedad de los peligros y de las conductas involucradas exigen su plena y efectiva aplicación tanto para prevenir y castigar los hechos delictivos producidos como, igualmente, para evitar la

---

<sup>187</sup> Como destaca BUENO ARÚS, "el ánimo de lucro es una de las características más acusadas de la delincuencia organizada en esta nueva situación", "Medidas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas", *La Ley*, núm. 2395, 5 enero 1990, p. 1.

<sup>188</sup> M.McINTOSH, *La organización del crimen*, México, 1977, pp.61 y ss.

<sup>189</sup> W. BOTTKE, "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", *Revista Penal*, 2, 1998, p. 2 (trad. S. Arroyo Alfonso y T. Aguado Correa). Ver también, P. ARLACCI, "Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales en el mundo actual", *Poder Judicial*, 16, 1985, pp. 83 y ss. (trad. P. Andrés Ibáñez). También I. BLANCO CORDERO, "Criminalidad organizada", *cit.*, pp. 213 y ss.; J.P.BRODEUR, "Organized Crime", *cit.*, pp.117 y s.; D.L.CARTER, "International Organized Crime: Emerging Trends in Entrepreneurial Crime", en J.Ryan, G.E.Rush (eds.), *Understanding*, *cit.*, pp. 131 y ss.; CATANZARO, *El delito como empresa. Historia social de la Mafia*, Madrid, 1992; N. GARCÍA RIVAS, "Criminalidad organizada", *cit.*, p. 23; G. KAISER, "Organized Crime", *Congress Proceedings. XIVth International Congress of Penal Law*, Viena, 1989, p. 207; L. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad organizada", *cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>190</sup> F. PALAZZO, "La Mafia hoy: evolución criminológica y legislativa", en J. C. Ferré Olivé, E. Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia organizada*, *cit.*, pp. 161 y ss. (trad. E. Anarte Borralló y C. Romero Sánchez).

<sup>191</sup> E. ANARTE BORRALLLO, "Conjeturas", *cit.*, p. 14. También, al respecto, B. MAPELLI CAFFARENA, "Problemas", *cit.*, pp. 53 y ss. Igualmente, NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Problemas*, *cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>192</sup> M. Ch. BASSIOUNI, E. VETERE, "Towards", *cit.*, p. xlv.

<sup>193</sup> Recuerda CERVINI que "las organizaciones criminales se encuentran continuamente en un estado de formación y de descomposición". L. F. Gomes, R. Cervini, *Crime Organizado*, *cit.*, p. 238.

<sup>194</sup> M. Ch. BASSIOUNI, E. VETERE, "Towards", *cit.*, pp. xlvi y s.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcce López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

penetración de entidades o empresas por parte de las organizaciones criminales, las más de las veces buscada con objeto de alcanzar una cierta apariencia de legitimidad, encubrir los delitos o incluso para financiar su comisión<sup>195</sup>.

La actuación del Derecho Penal -que se extiende ya en todos los planos, al erigirse las organizaciones criminales en un problema internacional, transfronterizo y multidisciplinar<sup>196</sup>- no ha de ser, con todo, el único instrumento, sino la cadena final, sin perder el "referente comunitario"<sup>197</sup>, de una serie de medidas y estrategias preventivas, un ámbito donde el concepto de criminalidad organizada encuentra mayor juego<sup>198</sup>. Como reacción a hechos individuales -incluso si integrados en actuaciones grupales o colectivas que requieren una rápida y eficiente persecución y sanción- la intervención penal puede y debe producirse sin huidas hacia delante y con pleno respeto de las garantías y principios liberales consagrados, cuya observancia se pretende muchas veces eludir por imperativos de un supuesto incremento de la eficacia en la lucha contra unos crímenes ciertamente graves y que suscitan un fuerte sentimiento de inseguridad y desprotección por parte de la sociedad.

---

<sup>195</sup> M.T.FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Autoría", *cit.*, p.26.

<sup>196</sup> A. BOSSARD, "La criminalité transfrontière multidisciplinaire", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1988, p. 672; G. FALCONE, "La criminalité organisée: un problème mondial. La mafia italienne en tant que modèle pour la criminalité organisée opérant à niveau international", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1992, pp. 391 y ss.; L.FLOSI, "La dimensione internazionale della criminalità organizzata", en F.Ferracuti, *Trattato, cit.*, pp.79 y ss.; R. E. KENDALL, "Las organizaciones delictivas. Un problema internacional", *Revista Internacional de Policía Criminal*, marzo-abril 1990, pp. 2 y ss.

<sup>197</sup> R.CERVINI, en *Crime Organizado, cit.*, pp.285 y ss.

<sup>198</sup> J.P.BRODEUR, "Organized crime", *cit.*, p.120.