

DOS DÉCADAS DE REFORMAS PENALES

COORDINADORA: NIEVES SANZ MULAS

20

CONGRESO
UNIVERSITARIO DE ALUMNOS
DE DERECHO PENAL

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:

MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

DOS DÉCADAS
DE REFORMAS LEGISLATIVAS

© Los autores

Editorial Comares, S.L.

Polígono Juncaril, parcela 208

Tlf. 958 46 53 82 • Fax 958 46 53 83

18220 Albolote (Granada)

<http://www.comares.com>

ISBN: 978-84-9836-374-6 • Depósito Legal: GR. 950/2008

Fotocomposición, impresión y encuadernación: ED. COMARES, S.L.

SUMARIO

| | |
|---|-----|
| <i>Prólogo</i> | IX |
| <i>Congreso de Derecho penal de Salamanca: Veinte años de reformas penales</i> . JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Dirección General de Instituciones Penitenciarias) | 1 |
| <i>Los delitos contra la seguridad en el tráfico. El inmutable alejamiento del principio de lesividad penal</i> | 45 |
| NIEVES SANZ MULAS (Universidad de Salamanca) | |
| <i>Penas, rehabilitación y delincuentes sexuales</i> | 81 |
| NURIA P. MATELLANES RODRÍGUEZ (Universidad de Salamanca). | |
| <i>La gestación de la xenofobia: Mitos y (pre)juicios de la inmigración</i> | 113 |
| ALBERTO DAUNIS RODRÍGUEZ (Universidad de Salamanca) | |
| <i>La lucha contra la delincuencia organizada: Notas desde el Derecho penal sustantivo y referencias al agente encubierto como medio de investigación extraordinario en una interna y supranacional</i> | 145 |
| GIORGIO DARIO CERINA (Universidad de Salamanca) | |
| <i>La investigación del crimen organizado. entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones</i> | 177 |
| MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE (I.S.C.P.S.I. de Lisboa) | |
| <i>Honor y libertad de expresión ¿dónde están los límites?</i> | 197 |
| MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO (Universidad de Salamanca) | |
| <i>El fenómeno corrupción y su tratamiento desde las instancias supranacionales</i> ... | 219 |
| C. DEMELSA BENITO SÁNCHEZ (Universidad de Salamanca) | |
| <i>La Corte Penal Internacional. Reflexiones a 20 años del Estatuto de Roma</i> ... | 255 |
| AGUSTINA IGLESIAS SKULJ (Universidad de Salamanca) | |

de extranjeros, en las que se incluyen dentro las tasas de detenciones por delitos o faltas, conductas que únicamente suponían una infracción administrativa.

En tercer lugar, se entiende que la inmigración es el factor desencadenante de la congelación de los salarios en nuestro país, sin tenerse en cuenta otros factores que podrían explicar este estancamiento, como el propio modelo productivo, basado en actividades como la construcción, la agricultura o los servicios, que se caracterizan por ser actividades de mano de obra con poco valor añadido y baja productividad, por lo que, en consecuencia, los salarios serán también bajos.

Finalmente, se percibe al inmigrante como un *gorrón social*, que se beneficia de las ayudas que, en principio, estaban destinadas para la población autóctona. Una vez más, no se tienen en cuenta otros argumentos que explicarían precisamente lo contrario. Argumentos como los que afirman que los inmigrantes no tienen un importante consumo de los *bienes públicos*, porque perciben muy pocas pensiones, utilizan pocos los servicios sanitarios y los geriátricos, y acuden menos a los centros educativos.

Se hace necesario, por tanto, exigir una mayor rigurosidad y seriedad a los gobiernos, partidos políticos y medios de comunicación en el tratamiento y gestión que realizan del fenómeno migratorio. Porque con sus conductas están generando una serie de prejuicios y mitos que conllevan unos efectos perjudiciales y nefastos para la sociedad en su conjunto y, como consecuencia fatal, activan la aparición de la xenofobia.

Nos parece especialmente cínico el tratamiento de los medios de comunicación a la citada agresión del metro de Barcelona. No pueden *rasgarse las vestiduras* ante una conducta que están incubando ellos mismos y provocar el linchamiento colectivo de un individuo que, sin negar la estupidez, insolencia y gravedad de su conducta, merece, sin embargo, una aplicación justa del derecho. Igualmente, nos resultó especialmente grave, la interferencia y presión que esos días se realizó desde el Ministro de Justicia, al Tribunal encargado del caso, solicitando la prisión preventiva del encausado.

Frente a la intolerancia, el racismo o la xenofobia, no entendemos que el Derecho penal sea el mejor instrumento o herramienta para contrarrestar las mismas. Sin descartar su intervención para determinados casos, se hace necesario el desarrollo y la implementación de otras medidas. Se exige, por tanto, más educación intercultural, más herramientas destinadas a la integración, más cooperación con los países emisores, más medidas destinadas a reparar a las víctimas de las conductas xenófobas, más rigor informativo, mayor responsabilidad de los políticos y el gobierno. *Nosotros construimos la Sociedad donde vivimos pues, de nosotros depende el futuro de la misma.*

LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA: NOTAS DESDE EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y REFERENCIAS AL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN EXTRAORDINARIO EN UNA PERSPECTIVA INTERNA Y SUPRANACIONAL

GIORGIO DARIO CERINA

Universidad de Salamanca

Sumario: I. BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO «PENAL» DE CRIMEN ORGANIZADO: 1. Crimen organizado y delincuencia organizada. 2. Criminalidad organizada y Código Penal. Breves apuntes históricos. 3. El crimen organizado en el Código Penal español. 4. La transnacionalización del crimen y las respuestas de la comunidad internacional a la delincuencia organizada. 5. La definición de delincuencia organizada en una norma procesal: el artículo 282 bis LECrim. II. LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN EXTRAORDINARIAS: BREVES NOTAS ACERCA DE LA NECESIDAD DE UNA EXACTA DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES DE SU UTILIZACIÓN. III. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO: 1. La ley orgánica 5/1999. 2. Las operaciones encubiertas y los derechos fundamentales: A) *El agente encubierto y el derecho a la intimidad.* B) *El fin constitucionalmente legítimo.* C) *La autorización judicial.* D) *El juicio de proporcionalidad.* IV. CONCLUSIONES.

I. BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO «PENAL» DE CRIMEN ORGANIZADO

Es muy frecuente, hoy en día, tanto en el hablar cotidiano como leyendo y escuchando los medios de comunicación, encontrar alusiones más o menos específicas a fenómenos englobados en la expresión «crimen organizado», a la que se la reconoce por su peligrosidad e incidencia y frente a la cual se reclama una actuación sin ambages de los resortes institucionales del Estado de Derecho. Sin embargo, como muy a menudo acontece cuando un concepto complejo entra en el lenguaje de todos los días, se termina dando por sentado su significado sin detenerse quien lo utiliza a reflexionar por sus contornos y sin tratar de delimitar el conjunto de conductas que se pueden dar cabida en el mismo.

Sin lugar a dudas, no es este el lugar más adecuado para agotar el problema de la definición, pero si es necesario dejar establecidos algunos apuntes a partir de los cuales se pueda efectuar el análisis posterior.

1. Crimen organizado y delincuencia organizada

En primer término, se puede observar como suele hablarse de forma indistinta de «crimen organizado», «delito organizado», «delincuencia o criminalidad organizada», expresiones todas ellas que, si bien son muy cercanas entre sí, no son perfectamente equivalentes, al menos desde un plano teórico¹.

¹ RESA NESTARES, C., *Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias*, Universidad Autónoma de Madrid, http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html, ha analizado en detalle las diferencias existentes entre estas expresiones, llegando a la conclusión de que es necesario distinguir un concepto más amplio de «crimen organizado», caracterizado por su dimensión transnacional, frente al más limitado de «delincuencia organizada», que tendría trascendencia meramente local. Apoyándose en ello MAGRO SERVET, V., «Una apuesta por la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada», *Diario La Ley*, núm. 6843, 18 de diciembre de 2007, págs. 1 y ss., formula de manera ordenada la propuesta ya defendida en abstracto por Asociaciones de Fiscales y de Jueces de que la realidad criminológica española debiera llevar a dividir las competencias entre los Juzgados Centrales de Instrucción (que se ocuparían del «crimen organizado»), con base justamente en la dimensión transnacional de las conductas que recoge) y unos «Juzgados específicos *ad hoc* en las capitales de provincia» (que actuarían de forma limitada en asuntos de «delincuencia organizada»). Más allá de querer cuestionar aquí la utilidad de instituir órganos jurisdiccionales locales competentes para casos de delincuencia organizada, consideramos que la distinción entre «crimen organizado» y «delincuencia organizada» propuesta se justifica más por su carácter instrumental a los fines argumentativos de la propuesta que por la fidelidad, si es que la hay, con muchos de los más relevantes textos normativos, cuya máxima expresión es la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la que ya en su rótulo observamos una postura divergente.

Aún así, esta objeción no desmerece en forma alguna la bonanza de la propuesta, la cual se muestra acorde con la tendencia marcada en el ámbito del Ministerio Fiscal español, en el que partiendo de Recomendaciones del Consejo de Europa (entre otras, la núm. (81) 7 sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia -«creación de autoridades de persecución especializados en la lucha de la criminalidad de los negocios, en el marco de la lucha por un sistema equilibrado de justicia penal... fortaleciendo así la confianza del público en el funcionamiento de la justicia, asegurando así una justicia penal rápida y eficaz en este ámbito»- y la núm. (2000) 19 sobre el rol del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal -«para enfrentarse mejor a la evolución de la criminalidad, especialmente la organizada, la especialización deberá ser una prioridad»-) ha creado una red de fiscales especialistas en delincuencia organizada ubicados en las Fiscalías de aquéllos territorios de la geografía nacional más gravemente afectados por estos comportamientos criminales. Vid. la Instrucción núm. 4/2006 de la Fiscalía General del Estado; AMARAL MACHADO, B., *Fiscalías: Su papel social y jurídico-político*, ed. Anthropos, Barcelona, 2007, págs. 254 y ss.; ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Las Fiscalías Especiales. Su función en la lucha contra la moderna criminalidad y su relación con el Fiscal General del Estado», AA.VV., *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, N. Rodríguez García y E. Fabián Caparrós coords., ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 287 y ss.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «El fiscal en la Constitución Europea», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 650, 2004, págs. 1 y ss.; CRESPO BARQUERO,

Desde un punto de vista meramente lingüístico, siguiendo el Diccionario de la Real Academia, el calificativo «organizado», como participio pasado del verbo organizar, indica algo establecido o reformado para lograr un fin, coordinando las personas o los medios adecuados, mientras que el sustantivo «crimen» equivale a delito grave, y la «delincuencia» no es sino la acción de delinquir, es decir, de cometer delitos. Evidentemente, si referimos el adjetivo «organizado» a «delito», concluiremos que el crimen organizado es aquel ilícito penal establecido para lograr un fin coordinando las personas o medios adecuados; por el contrario, si referimos el hecho de ser organizado a la «delincuencia», diremos que es la acción de delinquir establecida para lograr un fin, coordinando las personas o los medios adecuados. Pese a que la diferencia pudiera parecer sutil, puesto que, evidentemente, cada delito es, en cierta medida, organizado², la particularidad del fenómeno que nos ocupa radica en que es la actividad de cometer delitos (y el plural no es casual) que es establecida coordinando las personas o los medios adecuados. Por ello, sin perjuicio de que, siguiendo el uso común, en el texto se utilicen las tres expresiones de forma indistinta, parece más correcto hablar de delincuencia o criminalidad organizada.

Pero ¿qué significa exactamente actividad organizada de cometer delitos? Antes de contestar, es preciso advertir que dar un significado a una palabra o expresión es como mirar una gota de agua a través de un prisma: cambiará de color según el ángulo desde el cual se mire. Así, no puede pasarse por alto que el interrogante soporta distintas respuestas que, entre otras cosas, variarán según el área de conocimiento en la que se mueva. Sin despreciar la visión que pueda proporcionar un criminólogo, un politólogo o un economista, la respuesta que nos interesa ahora es la que procede del Derecho positivo y, más precisamente, del Derecho Penal, sin perjuicio de que «el diseño de la reacción jurídica frente a fenómenos graves de conductas antisociales no puede prescindir de los correspondientes estudios de la sociología criminal»³. Podemos, por lo tanto,

P., «Código Penal, delincuencia organizada y Ministerio Fiscal. Aspectos organizativos y funcionales», AA.VV., *La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 31 y ss.; JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «Órganos especializados en relación con el crimen organizado. Audiencia Nacional. Fiscalía Especial. Policía Judicial», AA.VV., «La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 337 y ss.

² Así, MAGRO SERVET, V., *ob. cit.*

³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación», AA.VV., «La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 218.

replantearnos la pregunta de la siguiente forma: ¿Qué significa para el Derecho Penal actividad organizada de cometer delitos?

2. Criminalidad organizada y Código Penal. Breves apuntes históricos

El hecho de que exista una pluralidad de personas que se asocia para cometer delitos desde siempre ha suscitado una fuerte alarma social a la que el Estado ha respondido de forma contundente, utilizando su arma más fuerte: el Derecho Penal. Dejando a un lado las normas precedentes al siglo XIX⁴ que, en tema de bandas, fueron muy abundantes, en el primero de todos los códigos penales, el Código napoleónico de 1810, encontramos una primera referencia al tema que nos ocupa: el art. 265 establecía que «toda asociación de malhechores contra las personas o las propiedades es un crimen contra la paz pública». Asimismo, el art. 266 aclaraba que «este crimen existe por el solo hecho de organización de bandas o de correspondencia entre ellas y sus jefes o comandantes o de convenios que apuntan a rendir cuentas o a hacer distribución o reparte de productos de malas acciones». Los siguientes artículos 267 y 268 añadían que «en el caso en que el delito no fuera acompañado ni seguido por otros los directores y los comandantes de la asociación soportarán una sanción de trabajos forzados, mientras que una pena de prisión se conmina a los que desempeñan un cargo en la banda y a los que voluntariamente ayudaron la misma proporcionando armas, municiones, herramientas para cometer el delito, alojamiento o lugar de reunión».

Por lo que respecta al Derecho Penal español, el Código Penal de 1822, de forma parecida, entre los delitos «contra la tranquilidad y el orden público», bajo la rúbrica «de las cuadrillas de malhechores y de los que roban los caudales públicos o interceptan correos o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos», sancionaba «toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer, juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o particulares».

Como se deduce de una simple lectura de los preceptos legales citados, los legisladores tanto español como francés, según una costumbre que ha permanecido inalterada hasta nuestros días, prevén la aplicación de una pena para los miembros de asociaciones de personas que cometen ciertos delitos sin explicar claramente que significa cometer delitos *de forma asociada*. Sólo en vía

⁴ Para un análisis de las medidas más relevantes *vid.* ALEO, S., *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, ed. Giuffrè, Milano, 1999, pág. 55 y ss.

interpretativa es posible deducir, por ejemplo, que, según el articulado del Código Penal francés de 1810 una asociación de malhechores se caracteriza por una división de roles en su interior (los directores, los comandantes y los que desempeñan cualquier otro cargo) y la existencia de una jerarquización, a su vez, deja suponer una estructura, en cierto modo, estable y de cierta duración. Nada más puede decirse con respecto a la definición de organización criminal.

No es posible reconstruir ahora la exacta evolución de la normativa, siquiera limitándonos a la española⁵ en materia de asociación ilícita; los ejemplos, sin embargo, demuestran como el hecho de que existan grupos de personas organizadas con el propósito de cometer delitos ha generado desde siempre la atención del legislador penal⁶. Por ello, normas similares aparecieron en casi todos los Códigos Penales del siglo XIX y han llegado hasta nuestros días, habiendo naturalmente evolucionado pero manteniendo, sobre todo en el caso español, una fórmula legislativa que prescinde de una indicación exhaustiva de los requisitos que una *asociación de personas para cometer delitos* necesita reunir para ser objeto de sanción penal. La consecuencia lógica es que la delimitación del concepto penal de delincuencia organizada en España sigue siendo tarea doctrinal y jurisprudencial.

Por otro lado, hemos visto cómo los primeros códigos de Francia y España no preveían la aplicación de una pena a todo tipo de asociación de malhechores sino que merecían el castigo penal tan sólo los miembros de aquellas organizaciones que tuvieran por objeto cometer delitos «contra las personas o contra las propiedades»⁷. En otras palabras, lo que preocupaba a los legisladores del siglo XIX era que algunos delitos se cometieran por parte de asociaciones de malhechores. Con el tiempo, sin embargo, se difundió entre los codificadores la tendencia a destacar más en la norma penal la alarma que suscitaba no tanto la comisión de forma organizada de este o de aquel delito sino más bien el hecho de que existiera una pluralidad de individuos que, de alguna forma, se organizaran para cometer crímenes, sin importar de qué ilícito se tratara⁸.

⁵ Para un estudio en detalle *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1977.

⁶ Con relación a legislaciones anteriores a 1810 *vid.* ROVITO, P., «Le radici storiche della criminalità organizzata», AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, ed. Jovene, Napoli, 1999, págs. 11 y ss.

⁷ Muy parecida, desde este punto de vista, era la formulación del Código de Bélgica de 1867, el Código del Ducado de Parma de 1821 y el Código del Reino de Cerdeña de 1859, primer código penal italiano.

⁸ En este sentido, en la Exposición de Motivos del Código Penal italiano de 1875 ya se avanzaba que «la participación de personas en un mismo delito no constituye, en general una

Hoy en día, en el Código Penal español actualmente en vigor⁹ conviven ejemplos de las dos técnicas legislativas mencionadas.

3. El crimen organizado en el Código Penal español

El legislador penal de 1995 ha tipificado en los artículos 515 y siguientes del Código Penal las asociaciones¹⁰ ilícitas, agrupándolas en los siguientes cinco supuestos:

1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada o reiterada.

especie delictiva por sí sola, y ni siquiera una circunstancia agravante [...]. Pero si un número considerable de individuos se asociasen, no ya para cometer un único y solo delito, sino una serie de ellos, para hacer casi, por decirlo así, el trabajo del delincuente, surge un especial delito cuyos extremos son la participación de cinco o más asociados y la finalidad de cometer delitos en general, siquiera de especie no determinada».

⁹ Por la inminente celebración de elecciones generales en el mes de marzo se ha quedado en plena tramitación en las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, un ambiciosa iniciativa que pretendía afectar a una parte relevante del articulado y que venía justificada principalmente, a pesar de la juventud del Código, por la necesidad de tener que hacer frente a los compromisos que la integración europea suponen para el sistema penal de los Estados, como tendremos ocasión de exponer más adelante en el trabajo. En la materia que nos ocupa, para hacer frente de manera específica a la delincuencia organizada se había previsto la regulación de un nuevo Título XVII bis en el que se penaliza la pertenencia o colaboración con grupos y asociaciones delictivas, con independencia del castigo que se corresponda por los delitos efectivamente cometidos. Más en concreto, en el proyectado art. 385 bis se penaliza a los que formen parte o colaboren con organizaciones o grupos que tengan por objeto cometer delitos con la pena de prisión de dos a seis años, y con una agravación si esos delitos lo pueden ser contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, libertad o indemnidad sexual o el patrimonio; incluso se abría la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, razonándolo debidamente en la sentencia, pudieran imponer la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

¹⁰ En el código penal, se observa, el concepto de asociación se utiliza como sinónimo de organización. En este sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 -Caso Filesa-), *Actualidad Penal*, núm. 27, 2000, págs. 562.

2. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
3. Las que, aún teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o 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, razón o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello.

A nuestros efectos, la norma, en su punto primero, declara ilícitas las asociaciones que tienen por objeto la comisión de «cualquier»¹¹ delito. El núcleo del precepto es constituido por la simple existencia de una asociación, sin ser ni siquiera necesaria la comisión de algún crimen, siendo suficiente que la misma organización tenga un objeto penalmente ilícito. No obstante, el legislador ha sido reticente a la hora de indicar qué es una asociación a efectos de aplicación de la norma.

La referencia a grupos de personas asociadas para cometer delitos que podemos encontrar en el Código Penal no termina aquí, puesto que el legislador español ha adoptado el criterio de sancionar de forma más grave la realización de algunos delitos en el marco de una asociación criminal. Así:

- a) En los delitos de prostitución y corrupción de menores los arts. 187.3 y 189.2 fijan una agravante cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
- b) En el delito de blanqueo de capitales (art. 302) la pena es mayor en el caso en que las personas que pertenezcan a una organización que tenga como finalidad blanquear dinero.

¹¹ Nos sumamos aquí a la interpretación mayoritaria de doctrina y la jurisprudencia, que entiende «algún» como sinónimo de «cualquier». En este sentido GONZÁLEZ RUS, J. J., *ob. cit.*, págs. 571. En sentido contrario *vid.* QUINTERO OLIVARES, G., «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación política», AA.VV., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, J. C. Ferré Olivé y E. Anarte Borrillo eds., ed. Universidad de Huelva, Huelva, 1999, págs. 177 y ss. Por otro lado, se observa que la criminología ha fracasado en el intento de proporcionar un concepto unitario de «crimen organizado», como se pone de manifiesto en GONZÁLEZ RUS, J. J., *ob. cit.*, pág. 561; ZAFFARONI, E. R., «Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita», AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, págs. 63 y ss.

- c) En materia de tráfico ilegal de personas, el art. 318 bis apartado 5 dispone la aplicación de penas más graves en el caso en que el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.
- d) Con respecto al tráfico de drogas los arts. 369.2.º y 3.º, y 370.2.º prevén agravaciones de la pena: en caso en que el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional; si el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito; si se trata de los jefes, administradores o encargados de las mencionadas organizaciones.
- e) En tema de tráfico de precursores, el art. 371.2 dispone la aplicación de una mayor pena cuando las personas que realicen los hechos pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalado; además, la pena es aún mayor si se trata de los jefes administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones.
- f) En el caso del depósito de armas, municiones y explosivos, el artículo art. 569 dispone que los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo, determinarán la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución.
- g) Completan el cuadro los artículos 571 y siguientes, que constituyen el cuerpo de la legislación penal anti-terrorismo.

La presencia en el mismo texto normativo de tantos preceptos en materia de asociación criminal, más que a razones de técnica legislativa, parece responder a la gran preocupación que la presencia de personas que se organizan para cometer delitos despierta en la sociedad española contemporánea¹². Ello no obstante, sigue faltando en el Código Penal una respuesta a la pregunta que nos planteábamos, es decir, ¿qué significa *asociarse* para cometer delitos?

Como en otras ocasiones, esta ausencia de definición legal tiene que ser superada atendiendo a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, que han de abordar la cuestión de qué se tiene que considerar como asociación a efecto de aplicación del artículo 515.1 CP. Por tanto, partiendo de algunos pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es posible fijar algunos puntos que pueden ayudarnos en la tarea de caracterizar el concepto de asociación criminal a la vista de la legislación penal.

¹² Así GONZÁLEZ RUS, J. J., «Asociación...», *ob. cit.*, pág. 584.

Una primera aclaración es la relativa a la falta de correspondencia entre la noción civil de asociación y organización criminal. El concepto de asociación, en el contexto jurídico penal, es evidentemente más amplio que el contemplado en la esfera privada, puesto que requiere formalmente «una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica, y supone que la pluralidad de personas que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene porque ser ilícito»¹³. De la misma forma, la noción penal de asociación ilícita tampoco se corresponde exactamente con la asociación ilegal a la que hace referencia el artículo 22 de la Constitución: «entre las asociaciones constitucionales ilícitas y las penalmente relevantes existen notables diferencias, porque en el número 1.º del artículo 515 no se incardinan todas las asociaciones que eventualmente puedan perseguir fines delictivos, sino sólo aquellas que tengan por objeto cometer algún delito o promuevan su comisión. Más detenidamente, el precepto contenido en el artículo 515 C.p. exige cierta determinación de la ilícita actividad, aunque sin llegar a la precisión total. El precepto penal es, en consecuencia, más estricto que la norma constitucional»¹⁴.

Otra cuestión radica en el hecho de que la asociación se materializa como entidad *per se* distinta a la suma de los individuos que la componen. A consecuencia de ello la finalidad ilícita tiene que ser la querida y pretendida por la propia asociación y no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previsto¹⁵.

Más en general, el Tribunal Supremo¹⁶ indica que la asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, fijando las siguientes exigencias:

¹³ *Cfr.* Ss.T.S. de 19 de enero de 2007 [R.J. 1771, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer]; de 28 de octubre de 2007 [R.J. 7843, Ponente Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz].

¹⁴ S.T.S. de 3 de mayo de 2001 [R.J. 2943, Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolívar].

¹⁵ *Cfr.* Ss.T.S. de 19 de enero de 2007 [R.J. 1771, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer]; de 28 de octubre de 2007 [R.J. 7843, Ponente Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz].

¹⁶ S.T.S. 3 de mayo de 2001 [R.J. 2943, Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolívar]. En este mismo sentido *vid.* por todas Ss.T.S. de 19 de enero de 2007 [R.J. 1771, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer]; de 23 de marzo de 2005 [R.J. 6506, Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta]; de 10 de abril de 2003 [R.J. 3990, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz]; de 3 de marzo de 2001 [R.J. 2943, Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolívar].

- a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad;
- b) existencia de organización¹⁷, más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;
- c) consistencia o permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio¹⁸;
- d) el fin de la asociación, que en el caso del inciso primero del art. 515. 1.º ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

Se trata, además, de un delito permanente, es decir, que persiste mientras dura la integración en la organización¹⁹ y que no se consuma cuando en ese

¹⁷ Con respecto al requisito de la organización *vid.* en detalle ALEO, S., «Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell'organizzazione», AA.VV., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, ed. Jovene, Torino, 2003, págs. 8 y ss.

¹⁸ Para el Tribunal Supremo en esto radica la diferencia entre «asociación ilícita» y la mera «conspiración». Según se indica en la S.T.S. de 10 de abril de 2003 [R.J. 3990, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz], «es preciso distinguir el delito de asociación ilícita de los supuestos de codeinfracción y de la propia conspiración para delinquir, radicando la diferencia precisamente en la inestabilidad de su existencia y concreción del delito a realizar cuando se trata de éstas y las notas de estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa, además de una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar en el caso del tipo de la asociación ilícita propiamente dicha, de forma que no se puede sostener, como hacen los recurrentes, que hay conspiración y asociación ilícita simultáneamente». Años antes ya la S.T.S. de 17 de enero de 1986 [R.J. 147, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda] aclaraba que «no cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeinfracción o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito». La conspiración, sigue el Supremo Tribunal, se caracteriza por la «inestabilidad de su existencia» y por la «concreción del delito a realizar» mientras que en la asociación ilícita para delinquir «existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar». En este mismo sentido *vid.* Ss.T.S. de 3 de mayo de 2001 [R.J. 2943, Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar]; de 23 de marzo de 2005 [R.J. 6506, Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta].

¹⁹ S.T.S. de 26 de febrero de 2007 [R.J. 948, Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García]. En parecidos términos *vid.* entre otras Ss.T.S. de 16 de julio de 2004 [R.J. 5127, Ponente Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio]; de 14 de noviembre de 2000 [R.J. 8715, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín].

desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva²⁰.

Ahora bien, si estos puntos pueden considerarse pacíficos puesto que están presentes en toda construcción del concepto de asociación, no es de extrañar como el amplio abanico de soluciones exegéticas posibles en el marco de una norma tan extensa como la que consideramos es la principal causa de las diferencias en la doctrina y la jurisprudencia con respecto a otras cuestiones esenciales, tales como:

- a) la relación entre el delito de asociación ilícita y las demás agravantes previstas en el marco de otros delitos;
- b) la relación entre el delito de asociación ilícita y delito cometido en el marco del programa de la organización;
- c) el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita;
- d) la relación entre asociación y conspiración.

El debate alrededor de éstas, como de otras muchas cuestiones inherentes a la aplicación del delito de asociación ilícita, explica en parte la infrautilización de un tipo penal que debería constituir la punta de la lanza del Estado de Derecho español frente al crimen organizado²¹. Si, hoy en día, el sistema de agravaciones específicas que se contienen en la parte especial para determinados delitos es insuficiente para dar respuesta a la delincuencia organizada, que no se agota en esas concretas manifestaciones delictivas y requiere de sanciones penales adecuadas que compensen el mayor contenido de injusto de delitos favorecido desde una organización criminal²², consideramos que el *punctum dolens* del tipo general de asociación ilícita radica justamente en la falta de determinación del mismo que termina por suscitar, inevitablemente, discusiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que acrecientan —estas últimas en particular— la sensación de incertidumbre acerca de lo que es o no es una asociación ilícita y, sobre todo, acerca de la sanción que es preciso aplicar a sus miembros.

²⁰ *Vid.* las Ss.T.S. de 23 de marzo de 2005 [R.J. 6506, Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta]; de 10 de abril de 2003 [R.J. 3990, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz], las cuales hacen referencia a la S.T.S. de 28 de octubre de 1997 [R.J. 7843, Ponente Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz].

²¹ Para un análisis de alguno de estos puntos *vid.* GONZÁLEZ RUS, J. J., *ob. cit.*, *passim*.

²² CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación», AA.VV., «La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 258.

Debido a todo ello, volviendo a la pregunta que nos planteábamos, podemos concluir que el Código Penal no proporciona una definición de crimen organizado, por mucho que contenga diversas normas que apuntan a conminar una sanción a las personas que se asocian para cometer delitos. Dicha falta de determinación es sólo en parte obviada por la interpretación jurisprudencial.

Una vez examinado brevemente el Código Penal el análisis no estaría completo si no nos cuestionáramos si por mor de lo dispuesto por el art. 96.1 C.E.²³ hay tratados y acuerdos internacionales que tienen relevancia no sólo en el diseño de mecanismos de prevención y represión de la delincuencia organizada, sino con carácter previo en su definición como elemento básico para diseñar el ámbito de actuación de las medidas. Con ello insistimos de nuevo en que en la agenda de trabajo de las principales organizaciones internacionales ocupa un lugar relevante la dimensión transnacional de determinados comportamientos delictivos cometidos por grupos organizados, que encuentran en la pluralidad y diversidad de ordenamientos jurídicos y en el parcelamiento de la respuesta institucional a las fronteras interiores de cada uno de los países un campo abonado para su actuación, generándose importantes espacios favorecedores de la impunidad²⁴.

4. La transnacionalización del crimen y las respuestas de la comunidad internacional a la delincuencia organizada

En el momento histórico en que nos encontramos, una aproximación al crimen organizado basada en una concepción tradicional del Derecho Penal, anclado al principio de territorialidad, resulta altamente insatisfactoria: si bien el

²³ Con relación a las derivaciones del art. 96.1 C.E. *vid.* RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., «Derecho Internacional y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución Española», AA.VV., *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profs. Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, ed. Cívitas, Madrid, 1980, págs. 553 y ss.; DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ed. Ariel, Barcelona, 1988, págs. 122 y ss.

²⁴ Para un estudio en detalle de esta problemática *vid.* a título de ejemplo RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción», AA.VV., *La corrupción en un mundo globalizado*, N. Rodríguez García y E. Fabián Caparrós coords., Salamanca, 2004, págs. 241 y ss.; CARRILLO SALCEDO, J. A., «Soberanía de los Estados y cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad organizada», AA.VV., *La cooperación internacional frente a la delincuencia organizada*, F. Gutiérrez-Alviz y Conradi y M. Valcarlos López dtors., ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, págs. 11 y ss.

Derecho Penal clásico se fundamenta en el principio según el cual el Estado nacional, dentro de su territorio, ejerce libremente su soberanía y el *ius puniendi* que ostenta en régimen de monopolio, con lo cual cada ordenamiento penal nacional proporciona una diferente definición del fenómeno crimen organizado, quedando su potestad punitiva limitada dentro de sus fronteras, esta visión miope de una realidad globalizada a todos los niveles está cediendo ante quienes propugnan un tratamiento supranacional de algunas formas de delincuencia, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal.

Desde la perspectiva sustantiva, las iniciativas pueden calificarse en conjunto de armonizadoras, esto es, de buscar que el mismo fenómeno criminal sea sancionado de la misma forma en los distintos sistemas penales nacionales, con lo que los grupos criminales dejarían de tener una ventaja con la desaparición de las fronteras.

En la Conferencia Ministerial Mundial celebrada en Nápoles del 20 al 23 de noviembre de 1994 se insistía en la necesidad de adoptar un concepto universal de criminalidad organizada. Para que esta declaración de fines se convirtiera en algo más, es decir, para poder contar con una definición de crimen organizado supranacional, hay que remitirse a la Acción Común de 21 de diciembre 1998 adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la base del art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. En su art. 1 se establece que se entiende por organización criminal «una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública».

La definición, como se ve, presenta mayor concreción respecto a la proporcionada por el código penal español: en la directiva, por organización criminal, se entiende aquella que es compuesta por más de dos personas; se requiere explícitamente que la asociación sea establecida durante un cierto período de tiempo y que actúe de manera concertada con el fin de cometer no cualquier delito (como lo considera el art. 515 C.P.), sino sólo los sancionables con una pena o medida seguridad determinada.

Por lo que respecta a la eficacia de las Acciones Comunes en el Derecho español, en el marco del Título VI del VI Tratado Constitutivo de la Unión Europea —en vigor hasta el año 1999— titulado «Disposiciones relativas a la coope-

ración policial y judicial en materia penal»²⁵, la «acción común»²⁶, adoptada por el Consejo por unanimidad a propuesta de la Comisión o de cualquier Estado miembro, obligaba a los Estados miembros en cuanto al resultado que debiera conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

Ahora bien, con base en el art. 2 del mencionado texto normativo comunitario, para facilitar la lucha contra las organizaciones delictivas, los Estados miembros se comprometen a garantizar que los que participen²⁷ en una orga-

²⁵ El art. 29 T.U.E., con el que se da inicio al Título VI, es muestra eficaz de la idea de que la lucha transnacional contra los más graves fenómenos criminales se tiene que acompañar con la creación de un espacio supranacional con la finalidad última de ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia. Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de tres vías de actuación:

a) una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32;

b) una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32;

c) la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en el apartado e) del artículo 31.

²⁶ Instrumento jurídico del antiguo Título VI del Tratado de la Unión Europea, la acción común se ha venido utilizando entre 1993 y 1999. Este término designaba una acción coordinada de los Estados miembros, en el nombre o en el marco de la Unión, cuando los objetivos de la Unión podían salir más beneficiados mediante una acción conjunta que mediante la actuación de los Estados miembros de forma aislada, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción prevista. El Tratado de Ámsterdam ha suprimido la acción común y la ha sustituido por «decisiones» y «decisiones marco».

²⁷ Literalmente se comprometen a garantizar que uno o los dos comportamientos contemplados a continuación estén sujetos a sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias:

a) el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente:

—en las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aún 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;

nización criminal así como es definida en el art. 1 estén sujetos a «sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias».

Si bien no existe, una obligación de incluir en el ordenamiento nacional la definición de crimen organizado adoptada por el Consejo, sí es necesario que el Estado miembro, incluso España, prevea la aplicación de una sanción penal para toda clase de comportamiento que la definición abarca.

Así las cosas, en el ámbito del concepto penal de asociación ilícita, se entiende que la jurisprudencia, a la hora de aplicar el amplísimo precepto recogido en el Código Penal, deberá tener en cuenta los requisitos mínimos establecidos por la norma supranacional mencionada, debiendo rechazarse cualquier pronunciamiento que restrinja el abanico de conductas punibles más allá de lo permitido por la norma comunitaria²⁸. Así, por ejemplo, consideramos que una interpretación del art. 515 C.P. que circunscriba la asociación ilícita penalmente relevante a la que tiene por objeto la comisión de delitos en los ámbitos político, de los derechos constitucionales o de la disidencia política organizada²⁹ es incompatible con la noción europea de organización criminal³⁰.

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

²⁸ Como por ejemplo la S.T.S. de 12 de marzo de 1992 [R.J. 2442, Ponente Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz].

²⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *ob. cit.*, págs. 182 y ss.

³⁰ Podría objetarse que, limitando la aplicación del artículo 515 C.P. no se limita la sanción de la criminalidad organizada, puesto que como ya hemos reseñado este artículo tan sólo es una de las distintos preceptos que con este fin prevé el Código Penal. A este respecto, hay que recordar que la Acción Común exige que se sancionen penalmente todas las asociaciones que actúan con el fin de cometer cualquier delito que prevea la aplicación de una pena privativa de libertad «de un máximo de al menos cuatro años como mínimo». Ahora bien, si sumamos a los delitos que prevén expresamente una sanción en caso de ser cometidos en el marco de una organización criminal los delitos políticos no agotamos todos los delitos que tienen una sanción privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo. Así por ejemplo, quedaría impune una organización criminal que se dedique a falsear monedas que en virtud de la definición contenida en la Acción Común tiene que ser penalmente sancionable. Otro punto que hay que tener en cuenta es que las agravantes contenidas en la parte especial del Código Penal de las que hemos hablado suelen sancionar al «culpable» del delito si éste ha actuado en el marco de una organización criminal: la definición contenida en la Acción Común, sin embargo, exige la sanción de los miembros de la organización que tengan «la finalidad» de cometer delitos, con independencia de la efectiva comisión de algún delito y, por lo tanto, que haya un «culpable» de un delito.

El otro instrumento internacional que contiene normas que inciden directamente en nuestro sistema penal es la «Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional» firmada en Palermo en el mes de diciembre del año 2000, la cual entró en vigor el 29 de septiembre de 2003 y ha sido ratificada por España el 1 de marzo de 2002.

De forma parecida a la Acción Común citada, en su artículo 2 el Convenio proporciona una definición de lo que ha de entenderse por grupo organizado, es decir, «un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material»³¹.

La Guía Legislativa³² de la Convención de Palermo³³, realiza una aclaración importante: la definición de «grupo delictivo organizado» no incluye a los grupos que no pretenden obtener algún beneficio económico u otro beneficio de orden material, no abarcando esta definición por lo tanto a algunos grupos terroristas insurgentes, siempre que sus objetivos fueran exclusivamente de orden no material.

También establece la Guía que la expresión «grupo estructurado» debe utilizarse en sentido amplio para que así se puedan incluir tanto a los grupos con estructura jerarquizada u otro tipo de estructura compleja como a los grupos no jerarquizados en los que no es necesario especificar la función de sus miembros. Siendo así, el grupo estructurado no responde necesariamente a las características de un tipo oficial de organización con una estructura, continuidad en la condición de miembro y una definición de los papeles y funciones de sus componentes.

La definición en sí, siempre con base en lo dispuesto por la Guía Legislativa, no es de obligatoria adopción por parte de los Estados miembros.

³¹ Sigue el artículo aclarando que, «por «delito grave» se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave; por «grupo estructurado» se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada; por «bienes» se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos».

³² Herramienta predispuesta por las Naciones Unidas para asistir a los Estados en la implementación de la Convención, aclarando el significado de las normas contenidas en ella.

³³ El texto de la misma puede ser consultado en la dirección web http://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/02%20Spanish%20Legislative%20guide_TOC%20Convention.pdf.

No puede, sin embargo, decirse lo mismo con respecto a lo dispuesto por el art. 5 de la Convención, según el cual cada Estado Parte está obligado a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

- a) Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado.
- b) Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.
- c) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado³⁴.

La mencionada norma obliga los Estados parte, entre ellos España, a tipificar como delito por lo menos una de las conductas descritas en los apartados i) o ii) del párrafo 1 de la misma.

Si, como indica la Guía Legislativa, la primera de ellas está prevista para la adecuación de los sistemas penales de tradición anglosajona, la que más nos

³⁴ El propio artículo sigue estableciendo que el conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas». Finalmente, el 3.º y último párrafo de la mencionada norma dispone que «Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán porque su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

interesa es la segunda que, substancialmente, sanciona al que participa en un grupo delictivo organizado así como hemos definido con anterioridad. Debido a ello, así como decíamos con respecto a la Acción Común, aquí también el Estado miembro se ve obligado a sancionar como delito la participación en un grupo organizado según la propia Convención lo define.

De ahí que sean cuestionables todas aquellas posturas jurisprudenciales que definen la asociación ilícita de forma más estricta que el art. 2 de la Convención, determinando la no punibilidad de sus partícipes en casos en que el Convenio sí obliga a la aplicación de una sanción penal³⁵.

Ningún problema plantea el caso opuesto en qué el Estado miembro vaya más allá de lo establecido en el Convenio: el artículo 34 párrafo 3 del convenio, en efecto autoriza expresamente los Estados parte a «adoptar medidas más estrictas y más severas de las previstas en la convención». Así las cosas, cumple con los requerimientos internacionales aquel Estado miembro que prevé la aplicación de una sanción penal a casos no previstos por el mismo Convenio³⁶.

5. La definición de delincuencia organizada en una norma procesal: el artículo 282 bis LECrim

De forma muy breve y fragmentaria, hemos planteado el problema de la definición penal de delincuencia organizada, subrayando las dificultades que, desde siempre, el derecho penal sustantivo ha encontrado en la tipificación de la participación en asociaciones ilícitas. En las páginas siguientes, veremos como la búsqueda de una delimitación del concepto de crimen organizado ha interesado no sólo el derecho penal sustantivo sino también el procesal.

³⁵ Así, advirtiendo que se trata de cuestión interpretativa y, por lo tanto, discutible, si se acepta la lectura de las normas hecha por la Guía Legislativa, por ejemplo, no parecen cumplir con el dictado del Convenio aquellas decisiones judiciales o tendencias doctrinales que postulan, para la existencia de una asociación ilícita, junto con la pluralidad de personas que se concierta con un fin claro y determinado, una consistencia organizativa y una 'jerarquización' de funciones. Así *vid.* por todas las Ss.T.S. de 16 de febrero de 2007 [RJ 1930, Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta], de 25 de octubre de 2007 [RJ 7086, Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez] de 31 de mayo de 2006, [RJ 1676, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer], de 19 de enero de 2007 [RJ 1771, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer], de 23 de marzo de 2005, [RJ 6506, Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta].

³⁶ Por ejemplo aquel Estado que, como el español, sancione los miembros de organizaciones criminales con independencia de la finalidad material del grupo delictivo estructurado.

En efecto, el legislador español, en el año 1999, a la hora de introducir en la ley de enjuiciamiento criminal el artículo 282 bis que disciplina la utilización de agentes encubiertos, ha advertido la necesidad de proporcionar un concepto de delincuencia organizada a efectos investigativos.

La norma *de qua*, especificando que podrá hacerse uso de operaciones encubiertas sólo «cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada» aclara que, para la aplicación de la medida en cuestión, «se considerará como 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 siguientes:

- a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- e) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- f) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- g) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- h) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- I) Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- k) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- l) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando».

La definición contenida en el artículo 282 bis, caracteriza la delincuencia organizada utilizando una técnica legislativa cercana a la que adoptaban los códigos del siglo XIX que hemos mencionado. El legislador español de 1999 ha

optado por una breve y amplia descripción de las características generales de la organización criminal (asociación de cierta duración de tres o más personas), circunscribiendo el alcance de la definición a aquellas organizaciones formadas para realizar conductas que tengan como fin la comisión de uno de los delitos listados arriba. A este respecto, se ha observado que delimitando el concepto de delincuencia organizada a la comisión de un número cerrado de delitos, el artículo 282 bis, si, por un lado, no deja dudas con respecto a los límites de utilización del agente encubierto, por otro, adopta una técnica legislativa que mal se concilia con la constante evolución del crimen organizado³⁷. Amén de ello, el precepto contenido en el artículo 282 bis apartado 4 LEcrim ha sido criticado por ser, al mismo tiempo, demasiado estricto, no permitiendo la utilización de agentes encubiertos en casos en los que resultaría de suma utilidad³⁸, y demasiado amplio, en tanto en cuanto prevé su empleo en delitos de escasa gravedad³⁹.

El concepto de delincuencia organizada adoptado por la norma *de qua*, además, parece tener un alcance más limitado con respecto no sólo al ámbito de aplicación del artículo 515 C.P., sino también a las definiciones proporcionadas por la Acción Común relativa a la Tipificación Penal de la Participación en una Organización Delictiva en los Estado Miembros y por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ambos textos normativos, como ya se ha dicho, hacen referencia a delitos punibles con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años). Finalmente, se observa que tampoco existe correspondencia entre el listado de delitos contenido en el artículo 282 bis LEcrim y los tipos agravados por su comisión en el marco de una organización criminal previstos por el código penal a los que se ha hecho referencia anteriormente. Todo ello, determina una evidente y poco deseable discrepancia entre lo que el código penal considera crimen organizado y lo que es la delincuencia organizada para efectos de utilización de agentes encubiertos.

³⁷ En este sentido, RIFÁ SOLER, J.M., «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LEcrim», en *Revista del Poder Judicial*, n. 55, 1999, pág. 162; Sobre esta característica de la delincuencia organizada, cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pág. 35.

³⁸ Cabe subrayar que España el día 19 de junio de 2006 ha ratificado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción que, como ya se ha dicho (art. 50.1), aconseja el empleo de operaciones encubiertas en materia de corrupción.

³⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración Policial y «agente encubierto»*, Comares, Granada 2001, pág. 252 y sgts., que se refiere a los delitos tipificados en los artículos 244, 332 y 334 del Código Penal.

Dicho ello, no deja de sorprender que el legislador español advierta la exigencia de proporcionar en ámbito procesal una definición de un comportamiento delictivo que en el código penal aparece tipificado de forma absolutamente indeterminada. Ya hemos manifestado, a este respecto, que sería deseable una mayor concreción del tipo penal asociativo contenido en el artículo 515 C.P. así que ahora es de preguntarse de qué manera la falta de una definición de delincuencia organizada afecta al derecho procesal, y, por ende, porqué el legislador español ha incluido en una norma procesal sobre utilización de agentes encubiertos dicha definición.

II. LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN EXTRAORDINARIAS: BREVES NOTAS ACERCA DE LA NECESIDAD DE UNA EXACTA DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES DE SU UTILIZACIÓN

La lucha contra las organizaciones delictivas precisa de medios procesales capaces de hacer frente a la complejidad alcanzadas por las asociaciones criminales que, entre otras cosas, ya no actúan en un ámbito meramente nacional, sino que se han convertido en enmarañadas redes internacionales⁴⁰.

Conscientes de estas exigencias, tantos los Estados nacionales como las organizaciones internacionales han concentrado sus esfuerzos en la materia que nos ocupa, elaborando nuevas medidas de carácter procesal e investigativo. Particularmente activa en los últimos años ha sido la organización de las Naciones Unidas que, en los ya mencionados convenios contra la Delincuencia Organizada Transnacional y contra la Corrupción, ha fomentado la adopción de toda una serie de herramientas que, por un lado, apuntan a proporcionar al Estado nuevas técnicas de obtención de medios de pruebas, teniendo en cuenta la evolución tecnológica y organizativa de las asociaciones delictivas (en este sentido, entre otras, se señala la adopción de nuevas técnicas de investigación como la entrega vigilada o la investigación encubierta⁴¹, la utilización de colabora-

⁴⁰ En este sentido, entre otras, la STS de 3 de mayo de 2001 ya citada afirma que «el presupuesto fáctico de la existencia de una asociación ilícita, y en particular del acuerdo de voluntades concertadas entre sus integrantes, difícilmente puede sustentarse en pruebas directas por la elemental razón de que ni tales acuerdos suelen documentarse ni tampoco celebrarse en presencia de testigos. Fuera de los casos de confesión de sus integrantes, la prueba indirecta o indiciaria es el normal instrumento probatorio de su demostración».

⁴¹ Cfr. Art. 50 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

dores con la previsión de incentivos penales para prestar la colaboración⁴², la adopción de medidas de protección para testigos⁴³ y la especialización de los órganos de enjuiciamiento y de investigación) y que, por otro, «transnacionalizan» la respuesta sancionadora del Estado, haciendo así frente a aquella transnacionalización del crimen a la que ya nos hemos referido (en este marco, entre otras, todas aquellas medidas que tienen la finalidad de superar el clásico concepto de extradición⁴⁴ y que obvian al requerimiento de la doble incriminación⁴⁵, las medidas que hacen posibles el traslado de condenados⁴⁶ y la remisión de actuaciones penales⁴⁷, las medidas de cooperación judicial y policial⁴⁸ hasta la formación de órganos mixtos encargados de la investigación⁴⁹, las demás medidas en materia de asistencia judicial entre estados⁵⁰ y el reconocimiento de sentencias extranjeras).

Con particular respecto a la adopción de nuevas técnicas de investigación, es de observar que, los instrumentos internacionales considerados son particularmente cuidadosos a la hora de aconsejar su adopción, subordinándola a la compatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte y a la conformidad con las condiciones prescritas por su derecho interno⁵¹. Algunas de estas medidas, en efecto, si, por un lado, constituyen herramientas muy útiles en la lucha contra fenómenos criminales extremadamente dañinos para la sociedad, a veces, debido a su especial contundencia, generan problemas con respecto a su compatibilidad con la vigencia de algunos derechos

⁴² Cfr. Art. 37 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

⁴³ Cfr. Art.s 33 y 46 aptdo.s 18 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; arts. 24, 25, 18 aptdo.s 18 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

⁴⁴ Cfr. Art. 44 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; art. 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

⁴⁵ Cfr. Art. 43.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

⁴⁶ Cfr. art.s 45 y 46 aptdo 10 y sgts. De la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; art.s 17 y 18 aptdos. 10 y sgts. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

⁴⁷ Cfr. Art. 47 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; art. 21 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

⁴⁸ Cfr. Art. 48 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; art. 27 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

⁴⁹ Cfr. Art. 49 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; art. 23 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

⁵⁰ Cfr. Art. 46 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁵¹ Así el artículo 50.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

individuales. En este ámbito, según observan algunos autores, «existe una tendencia a crear instrumentos extraordinarios, entendiéndose por tales aquéllos que suponen una alteración de los principios inspiradores tanto del Derecho penal material como del propio proceso justo»⁵². Ahora bien, si eso es cierto, no lo es menos que dicha vulneración de principios, será admisible, entre otras cosas, siempre y cuando se establezcan claros límites al empleo de dichas medidas, circunscribiendo su uso a los casos más graves de delincuencia⁵³.

Debido a ello, es de particular relevancia la precisa demarcación del ámbito de utilización de los medios de investigación extraordinarios y, una de las posibilidades para formular eficazmente esta limitación es, sin lugar a dudas, circunscribir el empleo de las medidas *de quibus* a la investigación de determinados delitos tipificados en el código penal. En el caso de la asociación ilícita, sin embargo, debido a la amplitud de conductas subsumibles en el artículo 515 C.P., es evidente que la mera referencia a la ley penal sustantiva no satisfaría la exigencia de delimitar de forma clara el campo de actuación del agente encubierto, dejando abierta la posibilidad de empleo de esta medida de investigación a un número indeterminado de casos. De ahí que, el legislador de 1999, queriendo limitar el empleo de un medio de investigación extraordinario como es el agente encubierto a la lucha contra la delincuencia organizada, prefiere decir claramente lo que por *delincuencia organizada* ha de entenderse.

Dicho ello, queda por comprobar si el *modus operandi* del agente encubierto en el ordenamiento español, supone la vulneración de derechos fundamentales y, en caso de respuesta afirmativa, qué requisitos son necesarios para que el empleo de esta medida no resulte inconstitucional.

III. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO

1. La Ley Orgánica 5/1999

La regulación vigente de la figura que nos interesa, nos remite a la aprobación de la Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero. La ley, como aclara la exposición de motivos, mueve de la preocupación del Estado español frente a la «alarmante dimensión que ha adquirido, en nuestro tiempo, la criminalidad organizada, tanto por su importancia, como por el *modus operandi* con que ac-

⁵² DELGADO MARTÍN, J., «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», *Actualidad penal*, n. 1, 2000, pág. 5.

⁵³ *Ibidem*.

túa. Ante este nuevo reto», sigue la exposición de motivos, «los sucesivos Gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas, si bien existen todavía algunos de los que puede dotarse legítimamente un Estado en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico. Asimismo, la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilegal de drogas, común motivo de preocupación para todas las naciones, ha sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales. En esta línea, destaca la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en donde se insta a las Partes firmantes de la misma, entre ellas España, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean necesarias para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional»⁵⁴.

Dicho ello, a la vista de la «insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que gene-

⁵⁴ Si la ley, en el año 1999, cita la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, es de subrayar como sucesivas iniciativas en el propio marco de esa organización contienen referencias más precisas a la cuestión: así el artículo 20 párrafo 1 de la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece que, «siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada». De la misma forma el artículo 50.1 de la ya citada Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción dispone que a fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales».

ralmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos», el legislador de 1999 considera oportuno introducir «en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores».

2. Las operaciones encubiertas y los derechos fundamentales

La propia exposición de motivos de la ley 5/1999 de 13 de enero, asegura que toda nueva medida investigativa debe «introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático».

Como es bien sabido, sin embargo, una cosa es la declaración de fines del legislador, otra es la aplicación de ley, así que, no obstante las intenciones declaradas, es generalmente reconocido que la utilización de agentes encubiertos plantea varios problemas de cara a derechos constitucionalmente garantizados⁵⁵.

A. El agente encubierto y el derecho a la intimidad

El *derecho a la intimidad*, como derecho fundamental, está recogido en el artículo 18.1 de la Constitución Española que, de forma muy amplia, garantiza «la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» para preservar «la exis-

⁵⁵ Aparte del derecho fundamental a la intimidad (vid. *Infra* el siguiente apartado) la utilización de agentes encubiertos plantea problemas con respecto al derecho a la defensa (art. 24.2 CE). Debido a la complejidad de la cuestión se considera preferible remitir a la bibliografía específica.

tencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana»⁵⁶.

El propio artículo 18 de la Constitución, desarrolla la tutela de este derecho, entendido «como el poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto»⁵⁷ estableciendo la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), y el límite (establecido por ley) al uso de la informática como medio de tratamiento de datos personales (art. 18.4 CE).

Ahora bien, el artículo 282 bis caracteriza el agente encubierto por actuar con identidad supuesta⁵⁸, siendo evidente que, para que su actuación sea eficaz, no servirá la asunción de cualquier identidad, sino que será preciso que la «identidad supuesta» oculte la condición de agente de policía⁵⁹: la identidad falsa, permitirá así al agente generar una relación de confianza con los miembros de la organización criminal objeto de investigación, confianza que permitirá la obtención de medios de prueba.

El problema de la actuación encubierta frente al derecho fundamental *de quo*, radica, por lo tanto, en la simple presencia de un funcionario público que, a través de un engaño organizado por el Estado, obtiene el consentimiento de ciudadanos para insertarse en su esfera privada. La vulneración del derecho a la intimidad es evidente y asume especial gravedad en consideración de la presencia «constante» del infiltrado.

Dicho ello, quedará por determinar si esta violación de un derecho fundamental es admisible y, en caso de respuesta afirmativa, bajo cuales condicio-

⁵⁶ S.T.C. de 26 de Septiembre de 2005 [RJ 4030, Ponente Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis].

⁵⁷ LÓPEZ ORTEGA, J., «La intimidad como bien jurídico protegido», Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen dedicado a «Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)», Consejo General del Poder Judicial, y Escuela Judicial Madrid, 1996, páginas 289.

⁵⁸ El artículo 282 bis aclara, en primer lugar, que puede legalmente tener la calidad de agente encubierto tan sólo el miembro de la Policía Judicial que voluntariamente haya aceptado de actuar como tal, sin que nadie pueda obligarlo (y la prohibición se refiere tanto a Jueces y Fiscales como a los Superiores del policía).

Aceptado voluntariamente el papel por parte del miembro de la Policía Judicial y acordada la autorización judicial necesaria, el Ministerio del Interior, otorga una identidad falsa por un plazo de seis meses renovables *ad infinitum*. La identidad supuesta no consiste sólo en un nombre falso sino en todo lo que sea necesario para que el policía pueda actuar en lo relacionado con la investigación concreta y participar en el tráfico jurídico y social.

⁵⁹ DELGADO MARTÍN, J., *Ob. Cit.*, pág. 6.

nes. El Tribunal Constitucional ha contestado a ambos estos interrogantes aclarando, en primer lugar, que el derecho a la intimidad «no es un derecho absoluto» sino que «se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos»⁶⁰, y ha explicado que son constitucionalmente legítimas intromisiones en el ámbito protegido por el artículo 18 CE siempre y cuando «a) exista un fin constitucionalmente legítimo; b) la intromisión esté prevista en la ley; c) como regla general, la injerencia se acuerde mediante resolución judicial motivada; d) se respete el principio de proporcionalidad»⁶¹. Habrá que preguntarse, por lo tanto si la utilización de agentes encubiertos, así como regulada por el artículo 282 bis LEcrim, cumple con estos requisitos.

B. *El fin constitucionalmente legítimo*

Siendo la utilización de agentes encubiertos funcional a la obtención de medios de prueba en el marco de investigaciones que apuntan a desenmascarar organizaciones delictivas, según la doctrina mayoritaria, la actuación del infiltrado queda amparada por el artículo 10.1 CE en la parte en que se enuncia que «el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» y por el artículo 17.1 CE que garantiza «el derecho a la libertad y a la seguridad» de toda persona.

C. *La autorización judicial*

El artículo 282 bis LEcrim establece que la operación encubierta tiene que contar con la autorización del Juez o del Ministerio Fiscal (que daría inmediata comunicación al Juez).

SI *nulla quaestio* con respecto al otorgamiento al Juez del poder de autorizar la medida en cuestión que, como se ha dicho, supone una flagrante violación de por lo menos un derecho fundamental, problemas suscita el hecho que, junto con el Juez, el Ministerio Fiscal pueda conceder la autorización.

En efecto, como ha repetidamente observado el Tribunal Constitucional, la vulneración de un derecho fundamental, para ser constitucionalmente legítima, está subordinada a la presencia de una resolución judicial que el Ministerio Fiscal es-

⁶⁰ S.T.C. de 26 de Septiembre de 2005.

⁶¹ *Ibidem*.

pañol, evidentemente, no puede emitir. En este mismo sentido, el artículo 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece que «para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca», el Ministerio Fiscal «puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos».

La doctrina ha argumentado de formas distintas sobre la constitucionalidad de la autorización otorgada por el Ministerio Fiscal. Según algunos⁶², en el caso *de quo*, puesto que la autorización del Fiscal, con su motivación, tiene que ser transmitida «inmediatamente» al Juez que, a su vez, en el plazo de 72 horas a computarse desde el momento en que el Fiscal autorizó la infiltración, deberá validarla o no emitiendo un auto adecuadamente motivado, la exigencia de una resolución judicial queda satisfecha ya que no necesariamente debe ser otorgada *ex ante*, bien pudiendo intervenir en un segundo momento.

En allende de ello, se observa que, el Tribunal Constitucional Español ha admitido, en materia de derecho a la intimidad, «de forma excepcional que, en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal, sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas»⁶³. Si ello es así, entonces, si existen excepciones al monopolio judicial en caso de autorización de medidas que vulneran derechos fundamentales, nos encontraríamos, en este caso, delante de una de éstas en la que la autorización del Ministerio Fiscal está claramente prevista por una Ley Orgánica.

Ello no obstante, nos sumamos a aquellos autores que insisten sobre la excepcionalidad del caso en que sea el Fiscal quien concede la autorización, quedando ello limitado a situaciones de particular urgencia incompatibles con la solicitud al Juez de Instrucción⁶⁴; en la práctica, estas situaciones se presentan muy rara vez, puesto que la Administración de la Justicia cuenta en España con medios humanos y materiales superiores al Ministerio Fiscal. En allende de ello, vigente en España un sistema acusatorio formal, la intervención del Ministerio Público queda limitada a los supuestos puntuales en los que compete a éste último la investigación preliminar siempre y cuando éstos coincidan con los casos

⁶² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación*, Colex, Madrid, 2004, pág. 189.

⁶³ S.T.C. de 24 de marzo de 2003 [RTC 56, Ponente D.ª Elisa Pérez Vera]; en este mismo sentido, S.T.C. de 15 de febrero de 1989 [RTC 37, Ponente D. Francisco Rubio Llorente]; S.T.C. 2002, de 3 de abril [RTC 70, Ponente D. Fernando Garrido Falla].

⁶⁴ DELGADO MATÍN, J., *Ob. Cit.* pág. 11.

en los que el artículo 282 bis permita la utilización de operaciones encubierta: sin entrar en mayor detalle, puede concluirse que tan sólo la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías especiales «antidroga» y «anticorrupción» dispondrán de la medida de investigación de modo significativo⁶⁵.

Finalmente, es preciso subrayar como el auto mediante el cual el Juez autoriza la infiltración, que tiene que diseñar el marco dentro del cual puede actuar el agente encubierto (pudiendo incluso establecer una infiltración «pasiva» que no incluya otras actividades distintas a la de infiltrarse), no agota la intervención judicial en el ámbito de la actividad del agente encubierto.

En efecto, el artículo 282 bis, dispone que «cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables».

En segundo lugar, «la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente».

Existe, por lo tanto, un control judicial que se desarrolla a lo largo de toda la infiltración y, cada vez que sea necesaria una violación de derechos fundamentales distinta de la prevista en la primera autorización será necesario que el agente encubierto cuente con el visto bueno judicial.

D. *El juicio de proporcionalidad*

La decisión de conceder el empleo de agentes encubiertos, desde luego, no es arbitraria sino que tiene que ser tomada por la autoridad competente a la luz de un juicio de proporcionalidad. Según ha expresado el TC, habrá que averiguar si la medida adoptada «es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, si es necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, si es proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)»⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Ob. Cit.*, pág. 182-184

⁶⁶ S.T.C. de 16 de diciembre de 1996 [RTC 207, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra]; En este mismo sentido, S.T.C. de 3 de abril de 2002 *Cit.*

Con respecto a la *idoneidad* de la medida para el alcance del fin para el cual se utiliza, la doctrina, por lo menos en abstracto, no duda que la infiltración policial sea medida útil e idónea para garantizar el derecho a la seguridad y la paz social, contribuyendo de forma relevante a la obtención de medios de prueba útiles en la lucha contra graves formas delictivas⁶⁷. Aparte de la idoneidad abstracta de la medida en cuestión a ser funcional a su finalidad, nos sumamos a aquellos autores que consideran que es necesaria una valoración *en concreto* para establecer si la utilización de agentes encubiertos sirve para conseguir datos útiles con respecto a esta o aquella organización criminal⁶⁸.

El empleo de agentes encubierto, conforme establece el artículo 282 bis aptdo 1, se autoriza «teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación». Que la *necesidad* de recurrir a operaciones encubiertas sea presupuesto de su utilización, significa que el Juez, tendrá que denegar la autorización toda vez que considere posible el alcance de los mismos resultados utilizando herramientas investigativas alternativas, tradicionales o extraordinarias, que tengan menor incidencia sobre los derechos fundamentales vulnerados (como por ejemplo el interrogatorio de los miembros del grupo, la intervención de las comunicaciones u orden de entrada y registro domiciliario que suponen una lesión menos duradera de derechos fundamentales).

Finalmente, con respecto a la *proporcionalidad en sentido estricto* la doctrina ha elaborado algunos elementos de juicio⁶⁹ a valorarse caso por caso, y ente ellos:

—*La duración de la infiltración*: la identidad falsa es otorgada por periodo de seis meses prorrogables *ad infinitum*. Se entiende que, si bien no hay un número máximo de prorrogas, el principio de proporcionalidad exige que, terminado cada periodo, el Juez Instructor competente para autorizar la prorroga valore, a la luz de las circunstancias concretas, la necesidad de acordarla o denegarla⁷⁰.

—*Indicios suficientes de criminalidad*: se entiende que el Juez autorizará el empleo de agentes encubiertos sólo en los casos en los cuales existan

⁶⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Ob. Cit.*, pág. 208.

⁶⁸ DELGADO MARTÍN, J., *Ob. Cit.*, pág. 13.

⁶⁹ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *ob. Cit.*, pág. 252 y sgts.; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Ob. Cit.*, pág. 210;

⁷⁰ Puesto que una de las características de las actuaciones encubiertas es el secreto, se entiende que la prorroga no será posible más allá de un mes computado desde el primer acto de imputación, plazo límite para el levantamiento del secreto del sumario.

razones objetivas que permitan afirmar la probabilidad de que se esté cometiendo o se haya cometido un delito⁷¹.

—*Gravedad del hecho punible*: elemento fundamental a tenerse en cuenta, es la importancia de la lesión del bien jurídico que supone la comisión del delito investigado. Es preciso, a este respecto, notar que la gravedad del hecho punible tiene que ser valorada no sólo atendiendo a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave «sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar»⁷². Así, deberá considerarse el mayor reproche social que cada delito despierta si es cometido en el marco de una organización criminal y, aparte de ello, valorar la magnitud de la organización, su duración en el tiempo, el eventual vínculo con otras asociaciones criminales, etc.⁷³. Ya hemos destacado como, a la hora de formular este juicio de proporcionalidad, debido a la particular intensidad con la que el agente encubierto vulnera el derecho fundamental a la intimidad, el Juez se encuentra vinculado por el propio dictado del artículo 282 bis que, como se decía, circunscribe la aplicabilidad de la medida en cuestión a las «investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada». Es aquí en donde el legislador, para concretar el concepto de delincuencia organizada, proporciona una definición de ella, para cerciorarse que, efectivamente, la utilización de operaciones encubiertas sea limitada a la investigación de hechos punibles cuya gravedad justifique la vulneración de derechos fundamentales que dichas operaciones conllevan. Y, en efecto, si es cierto que el simple hecho que una conducta delictiva se realice en el marco de una organización «incrementa notablemente el peligro para la sociedad», la presencia de este peligro será esencial para que la investigación encubierta resulte constitucional.

⁷¹ DELGADO MARTÍN, J., *Ob. Cit.*

⁷² S.T.S. de 4 de junio de 2007 *Cit.*; en este mismo sentido, entre otras, Ss.T.S. de 23 de noviembre de 1998 [RJ 9198, Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater]; de 2 de noviembre de 2004 [RJ 7830, Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca]. Cfr. A este respecto STEDH de 2 de agosto de 1984 (TEDH1984/1).

⁷³ Cfr. DELGADO MARTÍN, J., *Ob. Cit.*; En el mismo sentido, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Ob. Cit.*, pág. 211.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas, hemos intentado ofrecer una breve panorámica de los grandes problemas que supone el análisis jurídico de un fenómeno tan grave y complejo cual es la delincuencia organizada, deteniéndonos, en particular, sobre inherentes a la búsqueda de una definición jurídica del mismo.

En este marco, hemos apuntado la necesidad de concretar las características del crimen organizado a la hora de diseñar medidas tanto de carácter sustantivo como procesales eficaces para la lucha contra un fenómeno tan dañino.

En este sentido, destaca la falta de una definición de crimen organizado en el código penal español, falta que obliga a la jurisprudencia, a la luz de los instrumentos internacionales ratificados por España, a compensar en vía interpretativa a la indeterminación de las normas penales que apuntan a sancionar los miembros de las asociaciones ilícitas.

La ausencia de un concepto de crimen organizado impide, además, concretar el ámbito de utilización de toda una serie de herramientas procesales, que, si por un lado, resultan de suma utilidad en la investigación de supuestos criminales complejos, por otro, implican una penetración del Estado en la esfera privada de los individuos, que, como en el caso del agente encubierto, plantea serios problemas de cara a la vigencia de derechos individuales garantizados por la Constitución Española. El remedio del legislador, como se ha puesto de manifiesto, ha sido la adopción de una definición *ad hoc* de delincuencia organizada (incluida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que no encuentra correspondencia ni con las (quizás demasiadas) normas sustantivas que configuran el tratamiento penal de las organizaciones criminales contenidas en el código penal, ni con las contenidas en los instrumentos internacionales ratificados por España.

El breve análisis de los puntos anteriores pretende estimular la reflexión alrededor del concepto jurídico de delincuencia organizada, concepto que designa, sin lugar a dudas, un fenómeno criminal extremadamente grave y frente al cual el Estado tiene que reaccionar de forma clara y sin ambages, teniendo en cuenta que, para que esta reacción pueda producirse de forma eficaz, es ineludible la solución de los problemas inherentes a la definición de lo contra que se quiere combatir.

LA INVESTIGACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO. ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIOS POR LA NOCHE, EL AGENTE INFILTRADO Y LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES *

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

*Director del Centro de Investigación y Profesor del Instituto Superior de Ciencias Policiales y Seguridad Interna
Profesor de la Universidad Autónoma de Lisboa*

Sumario: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIOS POR LA NOCHE. III. AGENTE INFILTRADO. IV. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. V. LA COMPLEJIDAD DEL CRIMEN ORGANIZADO Y LA NECESIDAD DE LA COOPERACIÓN SUPRANACIONAL.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. El crimen organizado es un fenómeno criminal que las estructuras operativas policiales y judiciales actuales y el ordenamiento jurídico procesal penal vigente se muestran incapaces de prevenir¹. La prevención de las actividades criminales desarrolladas por la criminalidad organizada es una consecuencia de la inadaptación y la inadecuación de los instrumentos operativos y judiciales para hacer frente a las estructuras humanas y materiales supranacionales de las que gozan las redes de delincuencia organizada. Los efectos negativos de las actividades que estas redes desarrollan escapan a la visión humana y a la transparencia lícita de la vida cotidiana y se diluyen, suavemente, por entre las estructuras organizativas legales públicas y privadas.

El lucro rápido es el objetivo inmediato de esta delincuencia, mientras que el control del poder económico, social y político son apuntados, generalmente,

* Traducido del original portugués por el Dr. D. Adán CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

¹ En este sentido WINFRIED HASSEMER, *A Segurança Pública num Estado de Direito*, AAFDL, Lisboa, 1995, págs. 100 y ss.