

EFFECTOS DE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE GRUPOS CRIMINALES Y TERRORISMO.

1.- INTRODUCCIÓN

La criminalidad grave se caracteriza por su transnacionalidad, su alto índice de nocividad para bienes jurídicos fundamentales y por la existencia de nuevas formas de criminalidad, entre las que cabe mencionar, entre otras, el terrorismo, crimen organizado, tráfico de órganos, armas.

En cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos en su día por España, la Ley Orgánica de reforma del Código Penal 5/2010, objeto de esta conferencia, ha introducido importantes modificaciones, no solo en cuanto al crimen organizado y a los grupos criminales, sino también en los delitos de terrorismo.

Estas reformas hay que enmarcarlas en virtud del fenómeno de la armonización del derecho penal en el ámbito europeo, en virtud del cual en ciertas materias como las mencionadas anteriormente se está produciendo una aproximación, que no uniformidad, entre las legislaciones penales de los Estados miembros de la Unión Europea, habiéndose dictado a tal efecto por parte de la Unión Europea diversas decisiones marcos, varias de las cuales son desarrolladas por la Ley del Código Penal 5/2010.

2.- ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES.

2.1 ORGANIZACIONES CRIMINALES.

Centraré en primer lugar mi exposición en las modificaciones introducidas en el delito de organizaciones criminales y grupos criminales.

Es necesario antes de exponer el contenido de la reforma en la materia indicada, que el Código Penal en su nueva versión distingue entre:

- a) Organizaciones criminales y
- b) Grupos criminales.

Con sujeción a este esquema previo examinaré en primer lugar el concepto de organización criminal y posteriormente el de grupo criminal.

Según el artículo 570 bis del Código Penal reformado se entiende por organización criminal, “la agrupación formada por más de dos personas

con carácter estable o por tiempo indefinido ,que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos así como llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.”.

A la vista del precepto citado se requiere para la existencia de una organización criminal los siguientes requisitos:

- 1.- Una pluralidad de personas, que ha de ser superior a dos.
- 2.- Una acción concertada de los componentes de la organización criminal.
- 3.- Un reparto de tareas o funciones entre los distintos miembros.
- 4.- Que la organización se constituya con la finalidad bien de cometer delitos, o de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

De lo expuesto, resulta claro en orden a la apreciación de este delito, la constatación de un plan de autor y sobre todo que la organización tenga carácter estable, siendo como diré el requisito de la estabilidad lo que diferencia a las organizaciones criminales de los grupos criminales.

La necesidad de que exista una coordinación y jerarquía entre los diversos miembros de la organización criminal plantea el problema de si cabe conceptuar como organización criminal, aquellas en las que, a pesar de su carácter estable, no hay jerarquía , sino que se trata de organizaciones estables de naturaleza asamblearia ; es decir sin una disciplina, sin que los sujetos de dichas organizaciones estén sometidos a la jerarquía y a la disciplina.

Se suscita igualmente otro problema no menos importante, centrado en la diferencia entre las organizaciones criminales y el delito de asociación ilícita .

Pues bien , según la doctrina, la diferenciación entre ambas formas delictuales hay que buscarlas en la apariencia o no de ilegalidad, de manera, que si la asociación ilícita es una asociación auténtica o incluso ficticia pero aparentemente legal, y subrayo esta expresión, habrá de aplicarse el delito de asociaciones ilícitas mientras que si la organización criminal consiste en una pluralidad de sujetos sin apariencia o forma asociativa, será de aplicación el tipo penal de organización criminal, al no considerarse como una organización de esta naturaleza la asociación de bandas armadas que pasa a integrarse en los delito de terrorismo.

En definitiva, de conformidad con lo expuesto, resulta esencial a los efectos de apreciar esta forma delictual la nota de permanencia y

estabilidad, nunca transitorios o de carácter meramente coyuntural o episódico.

Tal como expuse anteriormente, para que conceptualmente pueda hablarse de organización criminal, se exige que toda la actividad del grupo vaya dirigida a un concreto fin que puede ser doble; a) la comisión de delitos, cualquiera que sea la gravedad de los mismos y b) la comisión de faltas, si bien en este caso, se exige que sean reiteradas.

Se trata en definitiva de delitos que como los de terrorismo, de carácter tendencial, de suerte que, el plan de autor resulta clave a la hora de apreciar o no esta figura delictiva.

El art. 570 bis castiga a quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren, o dirigieren una organización criminal, con una pena de prisión de cuatro a ocho años, si aquella tuviera por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos.

El artículo 570 bis castiga igualmente a los que participaren activamente en la organización, formaren parte de ella, cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la organización, si bien en este último supuesto las penas son las de prisión de dos a cinco años si tuviera como fin la comisión de delitos graves y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

En definitiva, las penas varían según el grado de participación de los sujetos distinguiéndose como he expuesto entre la promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de la organización de aquellas otras personas que sin pertenecer al ámbito organizativo de la organización criminal simplemente se limitan a participar o a formar parte de ella, extendiéndose la sanción penal a la mera cooperación cualquiera que fuera la forma de ésta.

2.2. GRUPOS CRIMINALES.

A continuación el Código Penal, modificado castiga en el art. 570 ter a los que constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal, tal como resulta del precepto citado la reforma del Código Penal distingue entre las organizaciones criminales y los grupos criminales.

La diferencia entre organización criminal y grupo criminal consiste según el art. 570 ter párrafo 1. letra c) en que la estabilidad y permanencia

que se requiere para que nos encontremos en presencia de una organización criminal no es exigible tratándose de grupos criminales ya que a los efectos del Código Penal se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, es decir, cuando se trate de organizaciones de tipo transitorio o bien que no exista entre los miembros de la misma jerarquía se podrá apreciar la existencia de un grupo criminal siempre que el mismo tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

A diferencia de lo que ocurre con las organizaciones criminales, en el caso de los grupos criminales, no se distingue entre la constitución o coordinación del grupo y la mera participación sino que de forma unitaria se castiga a quienes constituyen, financian, o integran un grupo criminal .

En conclusión, la distinción entre organización y grupo criminal estriba en el carácter coyuntural del grupo criminal.

Mención especial hemos de hacer del problema de si cabe considerar a efectos penales como grupo criminal, la constitución de un grupo de esta naturaleza para la comisión de un solo delito.

La doctrina rechaza esta posibilidad , por ser contradictoria la propia naturaleza de grupo criminal con la comisión de un solo delito, no obstante, habremos de estar a lo que en su día establezca la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

3.- la Ley Orgánica 5/2010 introduce otras modificaciones que brevemente expuestas son las siguientes:

a) La exigencia del cumplimiento de un periodo de seguridad en materia de cumplimiento de pena, art. 36.2, al exigir el Código un periodo de seguridad si el delito por el que se ha condenado al sujeto se ha cometido en el seno de una organización o grupos criminal. Periodo de seguridad referido al tercer grado penitenciario y a otra clase de beneficio de esta naturaleza y

b) Se contempla una nueva regulación de un comiso especial para esta clase delito.

A grandes rasgos este es el nuevo marco jurídico de la organizaciones y grupos criminales, no obstante hay que reconocer que

subsisten problemas que se resolverán por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando por vía de recurso conozca de estos delitos.

4.- Delitos de terrorismo.

El Código Penal parte de la distinción entre organizaciones y grupos terroristas de una parte y delitos de terrorismo de otra, radicando la diferencia en que para considerar a una organización como terrorista basta con su constitución o participación en la misma en la forma que diré sin que los integrantes hayan cometido o intentado ninguno de los delitos que el Código Penal califica como de terrorismo, siendo por tanto posible que a los miembros de una organización o grupo criminal terrorista se les condene por pertenecer a banda armada o grupo terrorista y por la comisión de un delito de terrorismo.

De conformidad con el esquema trazado, examinaré en primer lugar, el delito de integración en banda armada u organización o grupo terrorista.

La reforma del Código Penal equipara a las organizaciones criminales y a los grupos terroristas de manera que en este ámbito del terrorismo no se distinga entre organizaciones y grupos criminales pues se castiga indistintamente y con las mismas penas a las organizaciones y grupos criminales, siempre que estas formas delictuales reúnan los requisitos que el Código Penal exige para la existencia de una parte, de las organizaciones criminales y de otra de los grupos criminales, remitiéndose a los efectos de determinar cuando hay una organización criminal o un grupo criminal a lo que establece los art. 570 bis y 570 ter.

El art. 571 del Código penal castiga a quienes promovieren, constituyeren, organizaran o dirigieren una organización o grupo terrorista así como a quienes participaren activamente en la organización o grupo o formaren parte de ella, estableciendo diversas penas según el papel que hayan tenido en la organización terrorista sus integrantes, imponiéndose el grado superior de la pena a los organizadores, promotores y a los que haya tenido una participación activa.

En orden a la apreciación de un delito de organización o grupo criminal se requiere que dicha organización o grupo tengan por finalidad u objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos considerados como de terrorismo.

Es interesante remarcar que el legislador toma partido por un concepto de terrorismo que es más amplio que el seguido por ciertos sectores doctrinales .

En relación a este tema, se suscita la problemática de determinar si se considera integrantes de estas organizaciones o grupos a quienes no ejecutan ningún acto tendente a la constitución o permanencia de la estructura terrorista sino que simplemente se adhieren o comulgan con la ideas de la organización ; en definitiva, se trata en una terminología usual, de sujetos pasivos.

Para la mayoría de la doctrina solo cometen el delito de pertenencia a organización o grupo criminal quienes materialmente forman parte del grupo aunque con distinta intensidad o simplemente aportan a la organización una ayuda, digamos caracterizada como genérica pero no a quienes se limitan a adherirse ideológicamente a sus postulados .

La Sala Segunda del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional se inclinan por esta última interpretación, no obstante , la Audiencia Nacional no lo consideró así en el Caso de Juana Chaos, ya que consideró que si bien es difícil y citamos literalmente “que una personada privada de libertad y bajo la tutela directa de las instituciones del Estado mantenga una vinculación o disposición con la banda terrorista”, no obstante en aquel caso la Audiencia Nacional condenó a Juana Chaos como autor de un nuevo delito de integración en banda armada. Por el contrario el Tribunal Supremo casó dicha sentencia al entender que la mera simpatía ideológica no puede dar lugar no a un nuevo delito de pertenencia a banda armada sino al mismo, si bien es cierto, que condenó a Juana Chaos como autor de apología de terrorismo y amenazas.

Eso me lleva a plantearme si un miembro de la banda terrorista ETA es condenado y ha cumplido o está cumpliendo pena por ese delito pueda ser juzgado de nuevo ,no por su actividad anterior sino por seguir formando parte en las formas establecidas en el Código Penal de una organización terrorista.

En mi opinión ello es posible solo cuando se pruebe por indicios plurales y concluyentes que el condenado sigue formando parte de la organización por cuya pertenencia fue condenado.

Se trata por tanto de un problema de orden probatorio.

Para la existencia del delito de pertenencia a una organización criminal se requiere aparte del elemento objetivo, la persecución de dos finalidades de forma alternativa y no conjuntiva como son a) la subversión del orden constitucional y b) la alteración de la paz pública.

Por subversión del orden constitucional, se considera según el Tribunal Constitucional el actuar contra el actual sistema jurídico, basado en el estado social y democrático de derecho, por lo que en pura teoría cabría la posibilidad de considerar como tales hechos delictivos por ejemplo, los cometidos por una asociación que altera gravemente la paz pública (Latin King).

Por paz pública según el Tribunal Constitucional ha de considerarse el normal ejercicio de los derechos fundamentales y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana ampliándose por esta vía el concepto mismo de terrorismo , atribuyéndose la naturaleza terrorista y ello conviene subrayar a los desordenes realizados de modo reiterado en espacios públicos susceptibles de crear alarma social.

No se trata de hacer literatura, es historia, es historia jurídica, pues así ocurrió con la asociación juvenil del entorno de ETA , Jarrai (Sentencia del Tribunal Supremo 1901/2007)

5.- A continuación examinaré ,

El delito de terrorismo se define en el art. 572 en el que se castiga a los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los art. 346 y 351 respectivamente , sin perjuicio de la pena que le corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.

El párrafo segundo de dicho artículo castiga igualmente a los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas, causándoles la muerte, las lesiones previstas en los art. 149 y 150 o secuestraren a una persona y finalmente a quienes causaran cualquier otra lesión o detuvieren ilegalmente, amenazaren, o coaccionaren a una persona imponiendo una pena superior si los hechos se realizan contra las personas mencionadas en el apartado 2 del art. 551 o contra los miembros de las Fuerzas Armadas .

Así las cosas , el tipo básico de terrorismo es el que tiene lugar cuando los sujetos pertenecientes a una organización o grupo criminal cometan no cualquiera hechos delictivos sino los que se enumeran en el art. 572 apartados 1º, 2º y 3º, siendo necesario recordar a estos efectos que para que exista una organización o grupo terrorista se exige que dichas organizaciones tengan como finalidad subvertir el orden constitucional o la paz pública . Al ser ello así , hay que decir que no cabe hacer interpretaciones extensivas respecto al delito de terrorismo, de manera que , atendiendo al bien jurídico protegido y a la ratio legis del precepto no cabe considerar como delito de terrorismo aquellos que no guardan ninguna relación con la actividad terrorista por ejemplo, ¿que ocurre si un terrorista considerado como tal por pertenecer a una banda de esta naturaleza comete una agresión sexual o un delito de violencia de género? ¿ se le aplicará el artículo 574 por el mero hecho de actuar al servicio o en cooperación con un grupo terrorista? la respuesta desde mi punto de vista es clara, en ningún caso.

Para concluir ya me referiré a otras reformas llevadas a efecto por la Ley Orgánica 5/2010, alguna de ellas de gran calado como es el caso de la posibilidad de **cometer un delito de terrorismo por imprudencia grave**, lo cual constituye una novedad en los criterios clásicos del derecho penal.

A) La ley 5/2010 ha ampliado el concepto de colaboración con banda armada con la finalidad y ello conviene destacarlo de tipificar una serie de conductas hasta ahora atípicas referidas al terrorismo islamista con la loable pretensión de evitar la impunidad de estas conductas ahora que el terrorismo de esta naturaleza a diferencia del llamado terrorismo interno está en auge, añadiéndose a estos fines un tercer párrafo que dice lo siguiente “ Se impondrá la pena de 5 a 10 años y multa de 18 a 24 meses, a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo terrorista o a la perpetración de cualquier de los delitos previstos en este capítulo, observándose una vez mas la influencia del Derecho Comunitario en el Derecho Penal interno pues sobre esta materia existe una decisión marco de la Unión Europea del año 2002 en la que se inspira directamente la reforma del Código Penal.

Según la decisión marco 2002/745 , se entiende por captación de terroristas la petición a otra persona de que cometa cualquiera de los siguientes delitos: Integración o colaboración con un grupo terrorista, homicidios o asesinatos, lesiones, secuestros o toma de rehenes, destrucciones masivas en infraestructuras públicas que pueden poner en

peligro vidas humanas o producir un grave perjuicio económico, apoderamiento ilícito de aeronaves, buques o de otros medios de transporte, liberación de sustancias peligrosas o provocación de incendios, inundaciones o explosiones , cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas, perturbación, interrupción suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental, cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas.

Se considera adiestramiento de terrorista, impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas o sustancias nocivas o peligrosas o sobre otros métodos o técnicas específicos, con el fin de cometer delitos de terrorismo , a sabiendas de que las enseñanzas impartidas se utilizarán para dichos fines, suscitándose la problemática de distinguir entre ,de una parte la culpa consciente y de otra el dolo eventual, de manera que lo que habremos de preguntarnos es si cuando se imparten estas enseñanzas se hace con la intención de incitar a la comisión de delitos e terrorismo o cuando menos si eran previsibles, dolo eventual,

Ante la falta de definición de la decisión marco de los conceptos de formación y adoctrinamientos habremos de atenernos al día de hoy a la dicción literal de tales términos .

En efecto, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, dice que adoctrinar significa instruir a alguien en el conocimiento o enseñanza de una doctrina, inculcarle determinadas ideas o creencias. Por tanto, el adoctrinamiento supone impartir instrucciones. Ahora bien la cuestión surge de inmediato. Se trata de determinar si las manifestaciones ligadas a la ideología de un sujeto en las que simplemente se aludiera a los principios religiosos del Islam , a su superioridad moral, a la guerra santa, conllevan automáticamente la existencia de un adoctrinamiento y por tanto de una forma de colaboración con el terrorismo.

Aquí entra en juego de una parte la necesidad de erradicar manifestaciones que puedan favorecer actos terroristas y de otra el derecho a la libertad ideológica y al libertad de expresión, lo que no siempre será fácil de realizar habiéndose de ponderar caso por caso en atención a las circunstancias del sujeto y del lugar.

B) Se considera también como **colaboración la de carácter económica** en los términos definidos en el art. 576 bis a cuyo tenor se castiga proveer o recolectar fondos , bien con intención de que se utilicen ,bien a sabiendas de que serán utilizadas para cometer cualquier delito de

terrorismo o bien para hacerlo llegar a una organización o grupo terrorista tal y como establece el art. 2 del Convenio de Naciones Unidas, siempre que se hagan estas conductas con la finalidad de que dichos fondos se usen para cometer delitos tratándose de un delito de mera actividad por lo que se consuma por el mero hecho de procurar fondos con independencia de que lleguen o no a las organizaciones terroristas, entendiéndose por fondos no solo el dinero sino también cualesquiera bienes evaluables económicamente.

C) Finalmente me referiré a una nueva figura delictiva dentro de los delitos de terrorismo expresamente prevista en el art. 576 bis 2 en el cual por primera vez se prevé una conducta imprudente en el ámbito de los delitos de terrorismo pero no de forma general sino respecto al blanqueo de capitales derivados del terrorismo, castigándose así al sujeto en virtud de una previa posición de garante a los que estén específicamente obligados a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación de terrorismo cuando por imprudencia que ha de ser grave, en el cumplimiento de dichas obligaciones de lugar a las conductas descritas en el Código Penal art. 576, circunscribiéndose este delito a la captación de fondos para actividades terroristas, de forma tal que si esta captación no es dolosa sino derivada de una falta de diligencia grave por parte de quien tenía la obligación en virtud de una ley previa (norma al margen del Código Penal) da lugar a que las organizaciones terroristas capturen fondos que contribuyan al mantenimiento o al desarrollo de las actividades terroristas.

Se trata pues, de la clásica ley penal en blanco que para determinar la conducta típica habremos de estar también a normas extrapenales, (Ley de prevención de delitos de terrorismo).

Para terminar, qué personas pueden ser sujetos activos de este delito. Que no pueden ser otras que aquéllas obligadas por la Ley a colaborar con la autoridad en la prevención de actividades terroristas.

A estos efectos habremos de estar a lo establecido en los Convenios Internacionales suscritos por España en la materia y más en concreto a la Ley de prevención y financiación del terrorismo que creó la Comisión de Vigilancia de Financiación del Terrorismo.

De conformidad con cuanto establece el art. 2 párrafo 1º de la Ley 10/2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación de Terrorismo pasarán a ser autores de este delito, las personas expresamente referenciadas en la mencionada Ley que incluyen un sin fin de sujetos

como son a modo de ejemplo, las entidades de crédito, las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, las empresas de servicio de inversión, las entidades gestoras de fondos de pensiones, las entidades de pago, las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda, los servicios postales, los promotores inmobiliarios, asesores fiscales, notarios y registradores de la propiedad, abogados, procuradores, personas que comercian profesionalmente con joyas, piedras, metales preciosos, objetos de arte.

Finalmente diré que respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas en estos delitos en virtud del criterio de “*numerus clausus*” seguidos por el legislador, solo serán responsables de los delitos de terrorismo ,solamente de los previstos en el art. 576.

En cuanto al terrorismo individual o aislado previsto en el art. 577 ,añadiré que en la práctica sólo ha encontrado su aplicación en el supuesto de violencia callejera realizado en País Vasco y Navarra, esto es, en los llamados casos de Kale Borroka que como es sabido constituyen actos de hostigamiento y disturbios callejeros realizados en apoyo de los fines perseguidos por la organización terrorista ETA o por grupo de personas jóvenes afines a sus objetivos y por que no decirlo también a su ideario, habiéndose apreciado en incendios , y en tenencia de sustancias incendiarias

La Ley Orgánica 5/2010 ha añadido al Código Penal un nuevo artículo, el 579 1º que tipifica los actos preparatorios en los delitos comprendidos en los artículos 571 a 578, según los cuales , se castiga a las conductas cuando no puedan subsumirse en el primer párrafo, consistente, y aquí viene la reforma, en la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas, dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo. Aquí se plantea la relación entre otros delitos y el de enaltecimiento y justificación del terrorismo, con respecto a los cuales hay que tener en cuenta, como señala el dictamen del Consejo de Estado, hay que tener en cuenta el principio de libertad de expresión, y por tanto no siempre será fácil deslindar, cuando nos encontramos ante un delito de enaltecimiento del terrorismo y cuando ante una expresión de ideas políticas, que nos gusten o no, pueden ser mantenidas por cualquier persona, porque para eso vivimos en un país libre, el problema es de límite y de limitar en cada caso cuándo nos encontramos ante libre expresión de ideas políticas y ante enaltecimiento del terrorismo, lo cual en ocasiones es difícil y es un

problema casuístico, que como todos habrá de resolverse a través de las pruebas y más que pruebas directas a través de indicios.

En definitiva, con todo ello he intentado dar una idea general, deteniéndome en algunos aspectos, de los cambios que ha operado la reforma del Código Penal, en delitos como el crimen organizado, su distinción entre grupos criminales y organizaciones criminales; la asimilación que se hace en el terrorismo entre organización y grupo criminal, y las reformas superadas en ciertos delitos, sobre todo en materia de colaboración con bandas armadas, en la figura de adiestramiento, que está más pensada en delitos de terrorismo de ETA, aunque lógicamente aplicable también al terrorismo islamista, los delitos de terrorismo cometidos por imprudencia grave como puedan ser los delitos de colaboración de carácter económico, blanqueo de capitales derivados del terrorismo y el terrorismo individual o aislado en los supuestos de hostigamiento, violencia o disturbios callejeros.