

“EL TRATAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN COMO CRIMEN ORGANIZADO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL”¹

Pedro Crespo Barquero

Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado

El Profesor Rafael del Águila, en su interesantísima y esclarecedora obra “La senda del mal: política y razón de Estado”², recoge, a modo de anécdota, la historia de un juez californiano que, la tomar posesión del cargo, hizo una declaración pública diciendo que iba a acabar con la indecencia en Hollywood. Un periodista le pidió que definiera la indecencia, y él respondió: *definirla no sé, pero cuando veo una la reconozco*. En cierto modo, esto mismo ha venido ocurriendo en el debate jurídico español, durante mucho tiempo, con los dos conceptos que aquí confrontamos: corrupción (o más precisamente, los delitos de corrupción o relacionados con la corrupción), y el concepto de organización criminal.

La corrupción se presenta como una especie de *concepto jurídico intuitivo*, porque si se revisan los textos legales españoles o los instrumentos internacionales, desde el propio Código Penal hasta la Convención de Mérida³, observará que el concepto de corrupción se utiliza muchas veces pero no se define en ningún momento. Sí existen, no obstante, una serie de figuras delictivas y de conductas asociadas a ese concepto jurídico intuitivo o vulgar de *corrupción*, como los delitos que afectan a la Administración Pública, el cohecho, la malversación, etc., que se mueven en esa órbita más o menos imprecisa. Una órbita que además se va ensanchando, de modo que, por ejemplo, al hilo de la propia reforma del Código Penal de 2010 descubrimos que la corrupción penalmente perseguible no se circunscribe en exclusiva a la *cosa pública*, sino que también opera en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas. Incluso, específicamente, de la práctica profesional del deporte. De ahí que ni siquiera los especialistas que de manera cotidiana se aplican, desde diversas perspectivas

¹ El presente trabajo constituye la mera reelaboración escrita, sin añadidos, de una intervención oral en una mesa redonda que tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2010 en las XXXII Jornadas de la Abogacía del Estado, dedicadas al “Nuevo Código Penal”. La natural limitación del tiempo y el contexto formado por muy interesantes intervenciones de especialistas en diversas materias pueden servir para explicar, si no excusar, cierta superficialidad y algo de atropellamiento en el tratamiento, por demás fragmentario, de los temas. Su publicación constituye sin embargo y sobre todo la ocasión idónea para dejar constancia pública, escrita y perdurable de una gratitud sincera a quienes con su invitación colmaron, tal vez sin saberlo, una vieja aspiración profesional de un Fiscal bien consciente de que estas Jornadas anuales de la Abogacía del Estado constituyen uno de los foros jurídicos más prestigiosos de nuestro país. Las Abogadas del Estado Pilar Cancero Minchot, Subdirectora general jefe del Gabinete de Estudios de la Abogacía General del Estado, en su calidad de autora y eficiente ejecutora de la invitación, y Lucía Pedreño Navarro, como perfecta conductora de la mesa redonda, han de ser las destinatarias primeras y principales de ese agradecimiento, que no obstante deberán compartir con su máximo superior jerárquico, el Abogado General del Estado Joaquín de Fuentes Bardají, de cuya altura jurídica, inteligencia y sensatez me ha correspondido la fortuna de poder disfrutar y aprender en las ocasiones en que nuestras respectivas ocupaciones –y preocupaciones- profesionales nos han reunido frente a algún peliagudo *sudoku* legal..

² Del Águila, Rafael: *La senda del mal: política y razón de Estado*. Taurus, Madrid, 2000.

³ La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003. Firmada en Mérida (México) en diciembre del mismo año, entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

profesionales, a luchar contra la corrupción con las armas del Derecho, suelen ser capaces de ofrecer una definición del concepto de *corrupción* que sirva para concretar una realidad precisa. O la definición es tan amplia que por extensa deviene inconcreta, dando cabida a medio Código Penal, o no es capaz de abarcar lo que a lo largo de las últimas décadas hemos ido incluyendo en su esfera.

Por tanto, parece que lo más seguro a lo que de momento hemos llegado (legislador, doctrina y aplicadores del Derecho) es a confeccionar listas de delitos: la más *oficial* en nuestro ordenamiento jurídico es la que contiene el Art. 19.4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que para determinar la competencia de la Fiscalía Especial Anticorrupción enumera dieciocho conductas delictivas.

Algo similar ocurría hasta el presente con conceptos como *criminalidad organizada*, *organización criminal* o *grupo criminal organizado*. Se podían recolectar en el Código Penal algunas referencias a la perpetración de delitos en el seno de una organización criminal o formando parte de ella, pero paradójicamente la propia ley penal no facilitaba una definición de tales organizaciones, de modo que ha sido la jurisprudencia la que ha ido desarrollando y caracterizando ese concepto normativo, en torno a la mención del ahora derogado art. 369.2, que en materia de tráfico de drogas contemplaba el supuesto de que «*el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional*». Con ese punto de partida se fue produciendo una evolución doctrinal que por vía de decantación perfiló los rasgos de estabilidad, jerarquía, dedicación a una actividad delictiva reiterada, etc., determinantes de la relevancia típica de esa modalidad organizada de perpetración de los delitos.

En paralelo a esa jurisprudencia, el art. 515 del Código Penal, es decir, el delito de asociación ilícita que en él se tipifica, había sido el instrumento al que el sistema penal español recurría –y recurre– para perseguir a las organizaciones terroristas. Vinculado su origen histórico –y de ahí su ubicación sistemática entre los delitos *cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución* (Cap. IV del Tít. XXI)- al ejercicio abusivo del derecho de asociación, la norma, procedente del Código de 1944, entroncaba directamente con el objetivo político criminal de la dictadura de la prohibición y persecución penal de los partidos políticos. La *asimilación* de esas conductas “rebeldes” prohibidas por el régimen franquista y la deliberada denigración de la actividad política vinculándola a la de las *bandas armadas* (apartado nº 2 de ese artículo, vigente hasta la entrada en vigor de la L.O. 5/2010) había engendrado ese peculiar hilo conductor entre el derecho de asociación política y la persecución de las organizaciones terroristas. Vínculo, por cierto, verdaderamente paradójico y contradictorio, como explica la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 5/2010, en un sistema que, por razones bien obvias, se ha esforzado durante años de democracia en alejar del imaginario jurídico penal el concepto de “delito político”, muy especialmente en el terreno de la acción terrorista, en el que los propios integrantes de las organizaciones eran –y son– los mayores interesados en esa vinculación, utilizada como vía legitimadora de un discurso que presenta como *lucha armada* –una especie de legítima defensa colectiva contra el opresor– lo que desde la perspectiva del Estado de Derecho no es más que actividad criminal.

Quizá, pues, por su propio origen, esa vinculación entre asociación ilícita y organización terrorista presentaba un perfil singular, traducido en el hecho de que históricamente los Tribunales (y buena parte de la doctrina) no la habían hecho extensiva, al menos con la misma generalidad, al tratamiento penal de organizaciones dedicadas a perpetrar otros delitos que no fueran, precisamente, los de terrorismo.

Sentada así la dualidad entre el desarrollo de la noción de *organización criminal* en materia de drogas, y aplicación sin problemas del tipo penal de *asociación ilícita* para perseguir el terrorismo, surgió por tanto la duda acerca de esa posible extensión del concepto (y del tipo penal) de asociación ilícita a otros terrenos, y más concretamente al de los delitos de corrupción. Exactamente el punto de intersección que se trata de enfocar en estas páginas.

El detonante estelar de la polémica fue, sin perjuicio de otros vaivenes, la sentencia del célebre caso Filesa (STS de 28 de octubre de 1997), objeto de un ilustrativo y enriquecedor cruce de publicaciones entre los profesores Quintero Olivares⁴ y González Rus⁵, que situaba definitivamente este artículo 515 del Código Penal en el centro de la controversia acerca de la composición y uso del arsenal jurídico penal español para la lucha contra la corrupción organizada, y en general, contra las organizaciones criminales.

Muy probablemente el ya apuntado lastre histórico de la norma, y el grado de *especialización* con que se había desarrollado su aplicación en el contexto antiterrorista, determinaron, en contra de los pronósticos optimistas del segundo de los catedráticos mencionados, y no obstante cierta acogida episódica en la *jurisprudencia menor* tras aquel primer aldabonazo de Filesa, una muy pobre evolución jurisprudencial del art. 515 en el terreno de la corrupción económica y política. Resultado éste que, sobra decirlo, no respondía suficientemente a las exigencias de adaptación del Derecho Penal a la realidad de un todopoderoso *mercado* en el que las prácticas *oscuras* bien pueden alcanzar la capacidad de poner en jaque al Estado de Derecho, y tampoco se acomodaba al concreto tenor de los convenios y tratados internacionales y los instrumentos europeos que obligan a España en la materia, en particular la Convención de Palermo contra la Criminalidad Organizada del año 2000, y la norma de aproximación de legislaciones que directamente inspira y se concreta en la reforma del Código Penal: la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008 (en lo sucesivo, DM).

Esos dos textos, en particular la DM, hacen referencia en efecto a una serie de elementos definidores de los tipos penales que ahora han sido recogidos –con más o menos tino– en los artículos 570 bis y siguientes de la nueva redacción del Código Penal dada por Ley Orgánica 5/2010. Los aspectos más llamativos o más problemáticos que pueden revelarse en la aplicación de esas normas constituyen el objeto de (limitado) análisis que aquí se trata de abordar.

⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “*La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*”. Delincuencia Organizada. Ferré Olivé/Anarte Borrallo Eds. Universidad de Huelva, 1999

⁵ GONZÁLEZ RUS, Juan José: “*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, XXVI- 2000

Así pues, con la DM como telón de fondo, la definición auténtica de *organización criminal* y *grupo criminal* que incluyen los artículos 570 bis⁶ y 570 ter⁷ se articula sobre la coincidencia en ambos supuestos de tres factores.

En primer lugar, el que ambas normas establecen, mediante la expresión textual “a los efectos de este Código”, sendas definiciones auténticas de dichas organizaciones y grupos, no circunscritas por tanto al ámbito de aplicación de las normas en que se contienen, sino extensibles a todos los supuestos en que el Código Penal utiliza esos conceptos, en particular –puesto que la noción de *grupo criminal* es inédita en nuestro Derecho con esa terminología- el de *organización criminal*. Por tanto, si en algún área pudiera detectarse una diferencia entre la descripción jurisprudencial hasta ahora elaborada de la organización criminal en torno a distintas conductas delictivas que específicamente se vinculan en la ley al crimen organizado (tráfico de drogas, corrupción de menores, etc.), y el contenido de la referida definición auténtica que ahora establece con carácter general la norma, es obvio que a partir del momento de entrada en vigor de ésta la diferencia ha de ser salvada a favor de la versión del Legislador, aun cuando hayan de seguirse aplicando aquellos supuestos especiales, por imperativo de la regla concursal que como veremos incorpora el artículo 570 *quater*.² La definición y la determinación de los requisitos de la *organización criminal* y del *grupo criminal* es, pues, *universal*, y en esa medida –como también expresamente resulta de los propios art. 570 bis y ter, que en este punto se apartan de la DM- referibles a cualquier clase de actividad delictiva.

Los otros dos factores coincidentes en la definición auténtica de organización criminal y grupo criminal son el número mínimo de individuos que han de componerlos, que han de ser tres (algún autor se ha quejado, probablemente tras una lectura precipitada, de que el legislador desatiende la DM, ya que ésta exige tres o más, y el 570 bis dice más de dos. Naturalmente tres son más de dos, y por tanto en ese punto es pleno el ajuste de la norma a la directriz europea). Y el otro factor es la *concertación* para cometer *delitos*, en plural, o para la perpetración *reiterada* de faltas.

En torno a ese eje central, por exclusión se articula precisamente la diferencia entre la organización y el grupo. El factor diferencial más evidente –por visible- en la práctica es sin duda el de la estabilidad, fruto y razón al mismo tiempo de una mayor *musculatura organizativa* –incluido el *reparto de tareas*- de la organización (como su propio nombre indica) y por tanto de cierta perspectiva de continuidad, frente al carácter menos estructurado y estable del *grupo*, que no obstante ha de articularse –recuérdese la exigencia de *concertación*- más allá de la mera co-participación criminal, lo que con terminología algo chocante la DM (o su poco feliz traducción, como no es infrecuente que ocurra con los textos europeos trasladados al español) identifica con el hecho de que *no se haya constituido fortuitamente*. Es la exclusión de esos factores: reparto estructurado de tareas, o estabilidad proyectada en el tiempo, la que determina la

⁶ (...) A los efectos de este Código se entiende por *organización criminal* la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

⁷ (...) A los efectos de este Código 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 definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

dicotomía organización-grupo, que inevitablemente exigirá un examen individualizado para concretar esos parámetros generales en la calificación de cada supuesto.

El punto de mayor distancia entre la definición auténtica que facilita el Código Penal y las que derivan de los textos internacionales en los que dice inspirarse, la DM en particular, afecta al posible objeto de actividad de la organización o grupo. La DM refiere expresamente estas modalidades de concertación delictiva organizada a la comisión de delitos económicos (o al menos a la obtención de *un beneficio económico u otro beneficio de orden material*, art. 1), mientras que la L.O. 5/2010 no establece esa precisión, *universalizando*, como se ha dicho, el alcance instrumental de la criminalidad organizada. A los efectos que aquí interesan esta decisión, no obstante su posible desmesura, puede cobrar singular importancia en el tratamiento de determinadas formas de corrupción que no se corresponden exactamente (o no puede probarse que se correspondan) con operaciones de contenido o de contexto económico. La grieta de relativa impunidad que a veces separa la prevaricación más o menos grosera del cohecho o la malversación bien disfrazados podría hallar compensación en este punto.

Además, en la misma dirección expansiva añade el Código a la lista de actividades de las organizaciones y grupos criminales la perpetración reiterada de faltas, o mejor dicho, la mantiene, puesto que ese dilatado radio de acción ya estaba delimitado en el nº 1 del art. 515, desde la Ley Orgánica 15/2003, cuya aplicación, de hecho, había dado lugar a algún problema: en la STS de 23 de octubre del 2006 el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de esta norma a un grupo de “*descuideras*”, invocando entre otros el argumento de la proporcionalidad, esto es, de la falta de identidad mínima en el rango y la naturaleza de conductas como esa forma organizada de hurto a baja escala, y las grandes formas de crimen organizado que recibían respuesta penal en la misma norma. Quizá en esa misma lógica encuentre explicación el cauce más flexible abierto por el legislador español a esa otra concepción más liviana que es el grupo criminal. Sin perjuicio de no excluir contradictoriamente –en esa misma línea omnicompreensiva, u *omnirepresiva*- las faltas del ámbito de las organizaciones criminales, donde la previsión legal pretende seguramente dar cobertura a determinadas actividades que precisamente son graves y peligrosas por razón de su número, más que por razón de la entidad específica de cada una de ellas. Asoma entre las bambalinas de esa decisión del Legislador la siempre controvertida pero cada vez más aparatosamente contundente política criminal de la *seguridad total*, de cuyas diversas, complejas y consabidas manifestaciones más o menos extremas, o más o menos habituales, desde el *derecho penal del enemigo* al *derecho penal del telediario*, parecen cada vez más (entusiásticas) rehenes las sociedades de nuestro entorno político-cultural.

Volviendo en todo caso al derecho positivo, un paso más allá de lo dicho puede observarse que las conductas tipificadas en los artículos 570 bis y 570 ter, para organizaciones y para grupos son en buena medida análogas, con el sustancial matiz de que obviamente en el caso de las organizaciones se establecen penas más graves para quienes las promueven, constituyen, organizan, coordinan o dirigen, al tiempo que en un segundo apartado se da respuesta a la gran reivindicación de la mayoría de los especialistas en la materia, que es la tipificación expresa y separada, como un delito en sí mismo (como lo expresa por ejemplo, la Convención de Palermo), de la conducta consistente en la mera participación o de pertenencia a este tipo de *empresas criminales*, aparte –o *además*-, por tanto, de la participación directa o no del sujeto en los delitos

que en el seno o a través de la misma se puedan cometer. En el tratamiento de los grupos criminales, en cambio, esa dualidad punitiva desaparece, y se parigualan las conductas de quienes *constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal*; atendiendo sin duda al hecho de que *organizar* (o *dirigir* en términos que sean penalmente equiparables a *organizar*) el grupo criminal, es en realidad convertir el grupo en organización.

Precisamente en torno a la gravedad de las penas –y netamente en la línea de política criminal apuntada-, el Legislador excede con mucho el marco punitivo indicado por la DM (máximos de cinco años de prisión, art. 3) sobre todo teniendo en cuenta que como se acaba de decir la norma establece conductas típicas aisladas de (esto es, *sumadas a*) las correspondientes a los delitos *finales* perpetrados, generando un juego de concursos reales en la mayor parte de los supuestos. En ese marco, el escalonamiento de tipos agravados, en atención en una primera fase a circunstancias como la disponibilidad de armas u otros recursos tecnológicos facilitadores de su actividad, o el número elevado de integrantes, y en una segunda a la concurrencia –que será frecuente en la práctica- de más de una de esas circunstancias, se completa con la contemplación de la propia naturaleza de los delitos que comete la organización. Así se cierra un círculo punitivo que en los casos más extremos puede elevar la pena (quede claro, tan solo por la relación del sujeto con la organización, sin tomar en consideración los delitos que en su seno pueda haber cometido) hasta un estrecho rango entre los diez y los doce años de privación de libertad. Realidad aritmética bien lejana, todo hay que decirlo, de la imagen de lenidad que algunos pretenden con frecuencia atribuir al sistema penal español.

Duras penas que, sin embargo, aparecen integradas en un sistema de *palo y zanahoria*, materializado en el régimen de la atenuación por arrepentimiento que regula el art. 570 *quater*.4. Una fórmula nada novedosa en sí misma (en términos muy parecidos la conocíamos ya en el ámbito de las organizaciones terroristas) pero que sí podría serlo en su alcance, operando en el marco de organizaciones complejas y articuladas en torno a una maraña de relaciones económicas, profesionales, políticas y personales en las que con frecuencia la capacidad de presión o de captación de los “cerebros” se sustancia en la generación de un entorno de *delincuentes a la fuerza*. La figura clásica de la *mordida* institucionalizada, vista desde el ángulo del cohecho activo, responde exactamente a ese esquema en el que el sujeto se ve en la tesitura de optar, sin duda de manera consciente, pero no precisamente espontánea ni entusiasta, entre cometer un delito o renunciar (cabría preguntar a los constructores españoles honrados) a un derecho o una prestación que debería poder obtenerse sin ese coste.

El siguiente punto de descenso de este sobrevuelo precipitado alrededor de las posibilidades de persecución penal de la corrupción organizada es el de la controvertida cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin tiempo ni ocasión de contribuir aquí a la auténtica riada de tinta que brota de ese manantial de incógnitas que comporta la derogación del principio *societas delinquere non potest*, que además ha merecido toda una parte de dedicación específica de estas mismas Jornadas, bastará una modesta y escueta mención al palmario error cometido por el Legislador en el trámite parlamentario, al sustituir la –también cuestionable, pero menos- mención que el art.

570 *quater*.1 realizaba en el proyecto al art. 129 para determinar las medidas aplicables en tales casos, por una incomprensible remisión al art. 31 bis, que ni establece medidas, ni penas (las penas imponibles a las personas jurídicas están en el art. 33.7). La evidencia del error debería justificar su tratamiento como tal, y no impedir, por tanto, la aplicación de la respuesta penal específica que la ley ha querido reservar a las personas jurídicas implicadas en estas actividades delictivas. Y junto a ese error, una omisión: el Código reformado contempla una serie de inhabilitaciones especiales para las actividades económicas relacionadas precisamente con la actividad a la que se dedica la organización, pero omite la inhabilitación absoluta que sí estaba en el artículo 518 cuando cabía la posibilidad (teórica y discutida, como se vio) de reconducir estos supuestos al terreno de la asociación ilícita. Esta pena, que por tanto ahora solo podrá imponerse como accesoria *pura* del art.55, cuando la prisión impuesta sea más de diez años, cobraba seguramente especial relevancia en los delitos de corrupción que nos ocupan, en los que con cierta frecuencia –hoy ya no exclusivamente, como es sabido- intervienen funcionarios públicos. Inhabilitar especialmente a los funcionarios para el ejercicio de actividades mercantiles, permitiendo que permanezcan en sus cargos o funciones públicas quizá no tiene –al menos desde la perspectiva de la imagen de *probidad* de la Administración- demasiado sentido, por más que en efecto pueda obtenerse el resultado se su expulsión temporal o definitiva en el caso de que puedan perseguirse y castigarse los concretos delitos contra la Administración Pública que se cometan.

A modo de última muestra de las complicaciones interpretativas que arroja la reforma legal, puede añadirse en este punto la cuestión de los concursos. El primer problema es el del aparente concurso de normas entre estos tipos de organización o integración en organizaciones o grupos para cometer delitos relacionados con la corrupción el del concurso de normas; en principio con el Art. 515, con la asociación ilícita, que sigue vigente, salvo en materia de organizaciones terroristas y bandas armadas.

Una buena solución de este aparente problema de concurso de normas (el artículo 515 y ss. establecen penas sensiblemente más leves que el 570 bis y ss, con lo que la regla concursal prácticamente llevaría a entender derogado aquél) es la facilitada por la profesora Carmen Lamarca en su aportación al trabajo colectivo de comentario de la reforma coordinado por los también catedráticos Javier Álvarez y José Luis González Cussac⁸. En términos telegráficos y sencillos, y en la línea apuntada por la propia Exposición de Motivos de la L.O., la cuestión podría resumirse en la afirmación de que una asociación ilícita es, como su propio nombre indica, una asociación que en un momento determinado promueve delitos o tiene por objeto su comisión. Por el contrario, una organización criminal no es una asociación que ejercita el derecho de asociación y comete delitos: es una organización de criminales para cometer crímenes, que, en su caso, puede ocultarse bajo la forma aparente de una asociación, pero que evidentemente no es una asociación. Y por tanto, atendiendo a esa diferente conceptualización del bien jurídico protegido y de la naturaleza de la propia tipicidad de la conducta, el problema será de prueba, pero no de resolución de un concurso meramente aparente de normas que nada impide solventar con arreglo al principio de especialidad

⁸ Álvarez Garacía, González Cussac y otros: *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pág. 517 y ss.

(art. 8.1 C.P.), puesto que el artículo 8.4 al que remite el 570 *quater*.2⁹, establece la aplicación del sistema de alternatividad (la pena más grave de las previstas para la misma conducta) únicamente «*en defecto de los criterios anteriores.*»

En cuanto al blanqueo, aparte de las grandes novedades del Art. 301, que –como saben- son, el blanqueo por mera posesión y la posibilidad de auto-blanqueo, ahí hay una referencia específica a una agravación de la pena cuando se trata de blanqueo relacionada con delitos de corrupción, y por tanto tenemos que tener en cuenta ese dato, si el blanqueo es producto de la corrupción el legislador establece en el Art. 301, un tratamiento agravado; y en el 302 se resuelve bien, a diferencia de otras partes donde se resuelve muy mal, la posibilidad de que en esas actividades intervengan personas jurídicas, me refiero al blanqueo, intervengan personas jurídicas o quienes no teniendo personalidad jurídica, sin embargo, sí pueden quedar sujetos al Art. 129, a las medidas del Art. 129 del Código Penal. No tengo tiempo para meterme en este berenjenal, pero supongo que si aquí se ha hablado de responsabilidad de personas jurídicas ya se habrá puesto de manifiesto que ahí tenemos un serio problema, porque no hay una debida estructuración entre lo que dice el Art. 129 y los supuestos que en la parte especial se han elegido para establecer la responsabilidad penal de personas jurídicas;. Lo que puede generar situaciones, como, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, de que quien si comete el delito tiene personalidad jurídica, como no es uno de los supuestos de responsabilidad de la persona jurídica, ni se le pueden poner penas del 33.7 del Código Penal, ni se le pueden poner tampoco medidas del 129, porque tiene personalidad jurídica, y por lo tanto no carece de ella, que es lo que dice el 129, pero no me quiero desviar.

La otra conexión concursal de especial relevancia se produce en relación con el delito de blanqueo, y no debería plantear especiales problemas de no ser el, de un posiblemente necesario esfuerzo de adaptación de nuestra doctrina –y de nuestros Tribunales- a conceptos novedosos en nuestro derecho positivo como el *autoblanqueo*, y el blanqueo por imprudencia.

Concurran o no con estas conductas *blanqueadoras*, resulta, en fin, especialmente interesante examinar el impacto que puede generar la nueva regulación del comiso en relación con las conductas de corrupción, en la medida en que sean cometidas en el seno de organizaciones o grupos criminales. Aunque no es posible entrar en un análisis detallado, la figura del comiso ampliado, que trae causa también de la normativa europea (Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005), plantea como mínimo dos problemas. El primero se acaba de mencionar implícitamente: una transposición directa y textual de la decisión marco supone que la ampliación del comiso queda restringida a los delitos cometidos en el seno de

⁹ Art. 570 quater (...) 2. *Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.*

En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8.

organizaciones y grupos criminales, de manera que quedan -quizá indebidamente- excluidos los delitos de corrupción, de graves consecuencias a veces, que se cometen fuera de ese específico marco de concertación organizada, como ha puesto de relieve Quintero Olivares¹⁰ (piénsese en fenómenos clientelares en torno a un cargo público que de manera individual tiene una gran capacidad de decisión, un concejal de urbanismo, por ejemplo).

El otro problema es que, si se examina con cuidado el texto del artículo 127 C.P.¹¹ puede observarse cómo, salvo en el supuesto de los delitos terroristas, solo se contempla la ampliación del comiso cuando se trate de delitos cometidos *en el marco* o *en el seno* de una organización criminal, pero no se menciona como habilitante para dicha ampliación el delito mismo de pertenencia o dirección de la organización criminal. Al margen, claro está, de la cuestión clave –que por sus implicaciones y complicaciones forzosamente ha de dejarse fuera de este recorrido precipitado por lo fundamental- que representa la interpretación y alcance de la presunción que establece el Art. 127.1 acerca de la procedencia ilícita del patrimonio del autor de tales delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Tan sólo ha lugar a una última nota, para dejar constancia de la muy importante aportación que incluye la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 5/2010, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduciendo un nuevo artículo 367 *septies* que, de ser objeto de un adecuado desarrollo, puede tener un valor notable en todo este ámbito relacionado con la corrupción y con la ocultación de bienes procedentes de delitos de corrupción. Se crea, en efecto, una Oficina de recuperación de activos, siguiendo también la corriente europea e internacional, para especializar, atribuyéndole además la consideración de policía judicial en el terreno de la localización de activos, a un grupo interdisciplinar de especialistas, que precisamente se dediquen a esa localización, a la administración, a la gestión y a la realización de todos aquellos bienes vinculados a delitos cometidos por organizaciones criminales o de los patrimonios de los que los comente. No cabe duda de que, con todas las reservas que puede suscitar en el terreno sobre todo de las garantías probatorias y de la relación *delito-consecuencias penales y civiles del delito* la extensión del comiso, desde el punto de vista de la aplicación efectiva de esta área tan compleja del Derecho como la persecución los organizaciones criminales, este nuevo órgano puede adquirir una importancia trascendental.

Coloquio

Intervención

¹⁰ Quintero Olivares, Gonzalo: *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Reflexiones. ISSN 1695-0194 RECPC 12-r2 (2010)

¹¹ (...) *El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.*

Es precisamente para D. Pedro Crespo. Yo querría que me ilustrases y nos ilustrases sobre ese punto que se dejó en el tintero, es decir, cuál es su interpretación de la presunción legal del origen ilícito de los bienes.

Ilmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero

Bueno, voy a procurar no alargarme mucho, porque esto da para mucho, ¿eh?. Como saben, el tema efectivamente viene de largo, la cuestión de la ampliación del comiso a bienes o ganancias procedentes de una actividad delictiva, que no es estrictamente el producto del delito, es algo que se ha venido desarrollando, sobre todo, por la jurisprudencia, a partir de la aplicación del 369.2 del Código Penal, es decir, materia de tráfico de drogas. Saben que hay un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998, donde expresamente se hace referencia a la extensión del comiso a bienes no relacionados directamente con el delito que se juzga, sino procedentes de una actividad delictiva anterior: dice el Tribunal Supremo, siempre que esté acreditada su relación y –dice- respetando el principio acusatorio. Dice respetando el principio acusatorio y no dice nada de otro principio, que es el principio de presunción de inocencia.

El problema es que el Tribunal Constitucional sí que ha dicho algo sobre el principio de presunción de inocencia, y lo que ha dicho es que no es aplicable, en dos Sentencias, 219 y 220, del año 2006, el Tribunal Constitucional dice, a ver, el principio de presunción de inocencia es un principio que rige la regla de funcionamiento del proceso para establecer la responsabilidad penal del acusado, en el momento en que la responsabilidad penal ha sido establecida, todo el cauce de establecimiento de consecuencias, sean penales o no penales, respecto del delito cometido, ya queda fuera del ámbito del canon de presunción de inocencia que maneja el Tribunal Constitucional. Yo creo que quede fuera del canon de presunción de inocencia no significa que quede fuera del canon de tutela judicial efectiva y quede fuera del principio de legalidad. Entonces, ahí podemos empezar a entendernos.

¿Hasta dónde se puede extender el comiso del patrimonio de una persona, que no guarda relación directa con el delito cometido, sino con posibles actuaciones o actividades delictivas anteriores?. Lo que dice el Art. 127, es que se puede extender cuando su valor sea desproporcionado con los –digamos- ingresos legales o lícitos de esa persona. Cuestión, ¿eso es una inversión de la carga de la prueba?. Bueno –como saben- hay modelos, como el colombiano, por ejemplo, donde tienen la Ley de Extinción del Dominio, que lo que establece es una presunción, una inversión de la carga de la prueba con un curioso sistema de articulación, es decir, usted ha sido condenado por un determinado delito, y el hecho de que usted haya sido condenado por ese delito me autoriza a establecer una presunción de ilicitud de su patrimonio en el ámbito jurídico civil. De manera que yo declaro su patrimonio sospechoso de ilicitud, y a partir de ahí, en el ámbito civil, usted me tiene que demostrar, donde sí es posible la inversión de la carga de la prueba, usted me tiene que demostrar la procedencia lícita de su patrimonio. Como es más que probable que un sistema como éste en el sistema jurídico español –digamos- que no tuviera mucho encaje constitucional, aquí se opta por una norma, que ese párrafo 2º del Art. 127.1, donde, con cierta ambigüedad, insisto en

que simplemente se establece el que haya una desproporción entre el patrimonio de la personas y sus ingresos legales.

Por tanto, lo que hace el Código Penal es no decir nada, no dice nada más que se puede hacer eso pero no limita ni tampoco establece los mecanismos procesales de reglas de práctica y valoración de la prueba, que pueden conducir a esa conclusión.

¿Qué vías o qué referentes podemos tener para saber cuando sí y cuando no?. Bueno, si ustedes ven el Art. –si no me falla la memoria- 3c), 3.1 c), creo que es, ó 3.2c), de la Decisión Marco en esta materia, que es la 2005/212, verán que ahí se habla efectivamente de una relación de proporcionalidad o de desproporción entre el patrimonio y el –digamos- la actividad económica legal del sujeto, pero se utilizan, ahí sí, conceptos estrictamente procesales. Dice, que el Tribunal tiene que haber llegado a la plena convicción, a través de la acreditación de hechos concretos, de que esos bienes proceden de una actividad delictiva. Eso, en Derecho español, se llama prueba de indicios, y por tanto nos tenemos que ir a toda la jurisprudencia que existe sobre la prueba de indicios, es decir, que existan hechos base que estén suficientemente acreditados, que exista relación entre esos hechos bases y el delito que se trata de establecer, y que podamos hacer una inferencia lógica, que esté exenta de arbitrariedad, de razonabilidad o de error, para establecer una vinculación entre esos hechos o entre esos indicios, y la consecuencia a la que llegamos.

¿Cómo se entiende esto en “román paladino”? ¡Hombre!, pues yo creo que esto al final a lo que conduce es a una especie de inversión conceptual. No solo nos exigiría establecer una evidente desproporción entre el patrimonio del sujeto, que se ha visto implicado en un delito, y su –digamos- actividad legal, sino que también habría que, a través de esa prueba indiciaria, establecer algún grado de proporción entre su actividad ilícita por lo que ha sido condenado y esa disposición patrimonial. Porque ahí hay un problema, que algún autor ha puesto ya de manifiesto, que es ¿qué ocurre cuando efectivamente la persona tiene un patrimonio desproporcionadamente grande para sus ingresos lícitos, porque tiene una procedencia ilícita, pero esa procedencia ilícita no es de esa actividad delictiva?. Por ejemplo, imagínense el supuesto de un señor que es sorprendido traficando con una determinada cantidad de droga, con un gran patrimonio, pero ese patrimonio lo ha hecho como un buen ciudadano defraudando a Hacienda durante muchos años. Imagínense en esa situación, que la única posibilidad que él tiene de defensa en ese procedimiento es confesar una infracción fiscal.

Por tanto, como la carga de la prueba recae sobre la acusación, evidentemente si nos atenemos., por la vía de la propia Exposición de Motivos de la norma, al origen de la norma penal, habrá que estar a los conceptos que establece la Decisión Marco. Y la Decisión Marco está hablando clarísimamente de prueba de indicios. En la medida en que la acusación sea capaz de construir una prueba de indicios que pase la prueba del algodón del Tribunal Constitucional, ese canon de constitucionalidad que yo he definido hace un momento, en esos términos estaremos, yo creo, ante la posibilidad de aplicar con toda tranquilidad la figura del comiso ampliado, y sino no. Muchas gracias.

Intervención

Pedro Crespo. Buenas tardes a todos y enhorabuena a todos también por las ponencias. Mi pregunta es, partiendo de un hecho, un grupo de personas que deciden intervenir en el mercado, mediante la compraventa de bienes de servicios, de manera permanente, pero, además, con la deliberada intención de eludir la carga impositiva, ¿de acuerdo?. Es decir, cometer delitos fiscales al tiempo que..., vamos, la finalidad primordial es intervenir en el mercado, pero sin pagar impuestos, y para ello crean multitud de sociedades, en las cuales van colocando testafierros o se colocan ellos en algunas ocasiones. ¿Estamos hablando de una organización criminal?, ¿o estamos hablando de una asociación ilícita?. Y para el supuesto de que estemos hablando de una organización criminal, ¿ello supondría que antes de la reforma, antes de que entre en vigor la reforma, esa organización no es posible incluirla dentro de la asociación ilícita y, por tanto, como tal asociación ilícita no existiría el delito?.

Ilmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero

Si es o no es posible incluirla en el delito de asociación ilícita, es el problema que nos ha llevado a tener que tipificar la organización criminal, el que no ha habido –a mi juicio-un desarrollo suficientemente claro en esa línea –como ya expresé antes- acerca de las posibilidades de delito de asociación ilícita. Que, por otra parte, por ubicación sistemática y por razones históricas -que también expliqué- pues a lo mejor no era demasiado idóneo para hacer frente a este tipo de conductas.

¿En qué medida estamos hablando de una asociación ilícita o de una organización criminal, en un supuesto como el que propones como ejemplo?. A ver, bueno, yo creo que tal y como ahora queda –digamos- parcelada la cuestión, una asociación ilícita es una asociación, y por tanto eso no es una asociación, entiendo, porque no es un supuesto de ejercicio del derecho de asociación, es un ejercicio de otro derecho que se mueve en el ámbito mercantil, yo creo que es así. Pero eso es discutible, evidentemente como desde la perspectiva de la distinción del bien jurídico entra el 22 de la Constitución, y lo que es la pura dedicación concertada al crimen, hasta ahora no ha habido una diferencia clara, ni clara ni oscura, pues entonces habrá que decantar eso y –ya digo- ahí tendrá que ser la jurisprudencia y la doctrina quienes vayan perfilando hasta dónde llega el delito de asociación ilícita.

¿Es una organización criminal?. Pues yo creo que ahí nos estamos moviendo entre lo cuantitativo y lo cualitativo. Yo creo que una organización es una organización criminal, en la medida en que podamos decir que su finalidad o su objeto fundamental o más importante, es precisamente el de delinquir. Una empresa, que tiene un funcionamiento ordinario que responde a su condición de empresa en el mercado, en una determinada actividad, que de paso defrauda a Hacienda, yo no creo que sea una organización criminal, creo que es una organización mercantil que comete delitos, que

es otra cosa. Si lo que ocurre es que lo que hacemos es, y no sería el primer caso ni el segundo, aparentar la existencia de una sociedad mercantil, con la finalidad de defraudar a Hacienda, por ejemplo, generando.., a Hacienda o al Tesoro público, es decir, al dinero público, generando, por ejemplo, una falsa actividad, con el único y exclusivo o fundamental fin de percibir subvenciones o ayudas, que realmente luego no se traducen en la realización de una actividad correspondiente a esa finalidad de la ayuda o de la subvención, estamos, yo entiendo que claramente ante una organización criminal, porque la estructura que se monta bajo el paraguas...

Pensad que en todo los tratados y en todos los estudios que hay sobre el concepto difícil de coser de organización criminal, siempre hay un elemento que subyace: ayer estuvo aquí Javier Zaragoza, él tiene escrita una cosa muy buena sobre la definición de la organización criminal, él dice, bueno, ¿qué es una organización criminal?. Una organización criminal es una empresa dedicada al delito, es una empresa delincuente, es una empresa delictiva, es tomar las categorías, los sistemas de organización, los criterios de distribución de las tareas, las pautas de gestión y administración y con todo eso, copiándolo del mundo mercantil ponerlo al servicio de una actividad intrínsecamente delictiva. Eso es una organización criminal. Y eso se puede hacer dedicándose solo al crimen o aparentando una actividad externa; que además tiene otra cosa, supuesto arquetípico súper famosísimo de blanqueo, el famoso sistema de pizzerías, los chinos, los restaurantes, Chinos, que habida cuenta de las dificultades de contabilidad que se produce en un sitio donde –digamos- que la materia prima no es muy fácil de controlar, los trabajadores tampoco y la gente que come menos, como además ponemos manteles de papel y no tenemos factura de la lavandería, que nos permitiría saber cuántas mesas hemos puesto, pues entonces allí podemos colocar todos los beneficios de una organización dedicada a la droga. Evidentemente eso es una organización criminal. Ahora, si uno tiene un restaurante, y cuando llega final de mes se le corre una coma en la contabilidad y declara de IVA menos de lo que tocaba, si el restaurante da bien de comer pues eso no es una organización criminal.

Yo creo que en el fondo es una cuestión de prueba, y que ahí el elemento fundamental es lo que dice el tipo, que la organización tenga por finalidad o por objeto cometer delitos.

Intervención

Sí era a Pedro Crespo, a quien quería preguntar y además tiene vinculación directa con esta pregunta que se acaba de hacer.

¿Cómo va a convivir los nuevos tipos de agrupación y organización delictiva, con los tipos preexistentes, en donde la estructura o agrupación ya se tiene en cuenta para la exasperación punitiva, o –incluso- para la fijación de hipo agravado?. Y estoy pensando especialmente en el delito fiscal, en donde se hable de estructura y que, o bien se sigue lo que se pretendía por el legislador del 95, intentando punir más a aquellos que utilizaban estructuras, y por tanto tienen que hacerse compatibles los dos tipos, si es que eso es posible constitucionalmente, o bien pasa lo contrario, con lo cual en realidad estamos consiguiendo atenuar esa conducta punitiva más agravada.

Ilmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero

El 570 quater establece una norma taxativa, que es el las más grave. Es decir, si integramos el tipo básico con la agravación específica de cometer delito dentro de una organización, supuesto del nuevo 369 bis, hasta ahora 369.2, y la pena que nos resulta es más grave que la suma del tipo básico con el delito de pertenencia a organización criminal, entonces se aplica el supuesto agravado. En el caso.. digo porque he hecho la cuenta, aunque –insisto- soy de Letras, igual me he confundido, en el caso del tráfico de drogas es siempre más grave la agravación específica, salvo que no podamos hablar de organización sino de grupo, porque el grupo no está previsto como agravación específica. Y, sin embargo, sí podemos juntar el tipo básico del 368 con el 570 ter. Ahí sí que tendríamos un concurso.

Intervención

Y la segunda pregunta que va dirigida a cualquiera, aunque como Pedro Crespo ha estado en la cocina de esta reforma, quizá está bien que nos pueda alumbrar al respecto.

Es que se ha tenido en cuenta a ciertos empresarios a la hora del cohecho, no todos son iguales, hay aquel que dentro del ejercicio de su actividad lícita se encuentra con un funcionario y no va a poder desarrollar su actividad lícita sino paga al funcionario, que no es lo mismo que el que intenta comprar para ejercer algo lícito e ilícito. En este sentido, se ha ampliado el plazo de los diez días a dos meses, que tampoco parece que es algo muy útil, ha habido dos casos, creo, de utilización del plazo de diez días pues ahora habrá doce casos, que es seis veces la duración que se ha ampliado; además en realidad se ha producido una agravación penal respecto del empresario, en la medida en que se le equipara prácticamente sin excepción aquel a quien corrompe, ni siquiera se aplica el grado inferior. Con lo cual, en vez de intentar dividir esos consorcios, a veces forzados, en donde el empresario podría ayudar a poner el dedo sobre aquel que le ha pedido dinero y con el que está realmente cabreado, se ve obligado a seguir una táctica procesal de denegarlo y no enmendarlo.

¿Desde la óptica de la política criminal no hubiese sido más útil otro tipo de medidas, más allá de simplemente de simplemente esa ampliación de diez días a dos meses, o se ha planteado en algún sitio.?

Ilmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero

Yo no sé cuál es el otro caso, yo solo conocí a uno, que fue Jesús Gil. Jesús Gil se presentó en la Fiscalía Anticorrupción al día siguiente de la entrada en vigor del Código del 95, y denunció un cohecho que se había producido y que según él fue lo que llevó luego a ser Alcalde de Marbella, porque como no quería que le cohecharan a él

pues entonces ya decidió él tomar directamente las riendas y ya darse él solo las licencias.

El problema que plantea el plazo, es que efectivamente, sobre todo, ofrece una dificultad, y es que quien denuncia no tiene la seguridad de que al final no va a acabar él también siendo penado, porque no hay una –digamos- una inmunidad, como consecuencia del hecho de la presentación de esa denuncia, depende de.., hay que cumplir unos requisitos, que a veces complican la cuestión porque tiene que probar que.., en fin, que la petición se la han hecho a él, pero que no lo ha ofrecido él, que además.., en fin, es complicado.

Quizá hubiera sido más efectivo, aunque también plantea problemas, un sistema como el que se establece, por ejemplo, en las organizaciones criminales, o ya teníamos en el terrorismo, que es el sistema del arrepentido. Es decir, si usted ha sido malo y sabemos que ha sido malo, ahora si usted nos ayuda le rebajamos la pena o –incluso- en casos extremos se la quitamos. Eso es un poco la corriente más extendida, yo creo, ahora mismo en el Derecho comparado, se hace alguna mención –incluso- en algunas de las normas de Derecho Europeo, y, quizá, hubiera.., no lo sé, sido la ocasión para establecer también para los delitos de corrupción esta vía. En la medida, desde luego, en que el delito de corrupción se enmarque en lo que podamos considerar un delito cometido por una organización criminal o por grupo criminal, sería aplicable la norma del 570 quater. Lo que pasa es que yo me temo que sería aplicable solo para el delito de pertenencia o de integración en el grupo criminal, no necesariamente para el delito final.

Efectivamente yo creo que todavía nos queda por recorrer algo del camino en la astucia frente al astuto.

Intervención (D. Javier Zuloaga Martínez)

Una cosa, eso que comentabas ahora, Pedro, las sentencias que citabas, yo, creo que es la de 29 de noviembre del 2006, que es el único caso que ha habido, efectivamente, y sí que es verdad que –como he dicho antes, lo que pasa es que iba muy de pasada- GRECO también ponía de relevancia, no ya el tema de la ampliación en la reducción del plazo, sino que es una figura que yo creo que además de lo que se ha dicho supone un peligro de utilizar esta vía para un chantaje. Es decir, es facilísimo, es decir, es una figura que en realidad es perniciosa y no sé si –incluso- a eliminar o sustituir por un atenuante de arrepentimiento.