

RESPUESTA PENAL AL CRIMEN ORGANIZADO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

J. R. SERRANO-PIEDECASAS
Universidad de Castilla-La Mancha¹

I. EL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN ESPAÑA

A partir de la década de los años setenta comienza a percibirse en España la aparición de asociaciones delictivas con amplias conexiones internacionales. Consideraciones económicas e intereses de seguridad determinaron la selección de sus actividades delictivas. De esta suerte, estas organizaciones prefieren operar en operaciones que procuren grandes beneficios económicos en poco tiempo, con poco riesgo y moderadas inversiones. Ejemplo de éstas serían: el tráfico de drogas, que reporta ingentes dividendos, o la criminalidad económica de muy difícil persecución.

Dada la relativa novedad en nuestro país de estas nuevas formas de criminalidad, en el día de hoy no contamos con suficientes y completas investigaciones criminológicas sobre este fenómeno. Quizás, ello explique la política-criminal seguida por nuestro legislador en torno al crimen organizado, el cual hace prevalecer el contenido represivo de la respuesta penal en perjuicio del preventivo.

Ya en 1985 el fiscal Jiménez Villarejo advertía ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, que el tráfico de drogas había dejado de ser cosa de pequeños mercaderes, para convertirse en la actividad propia de potentes organizaciones internacionales. Aprovechándose de la infraestructura utilizada para el contrabando del tabaco, el narcotráfico ha conseguido establecerse en nuestro país. Quizás, ello haya sido posible por la situación geográfica que ocupa la Península en Europa y por las estrechas relaciones que mantiene nuestro país con la América Latina y el norte de África.

¹ En homenaje al Prof. Dr. Ruperto Núñez Barbero por su dedicación y compromiso universitario.

En todo caso, estas y otras circunstancias han hecho que en España se negocie una cifra situada en torno a los 2.500 millones de euros anuales procedentes del tráfico de drogas, que sea el país europeo con mayor número de decomisos de estupefacientes y precursores y que existan evidencias de que tiene lugar una importante actividad de blanqueo de capitales por parte de mafias de diversas nacionalidades.

Asimismo, y por desgracia, también opera en España otra forma de criminalidad organizada, encaminada a alterar la paz pública, que la hace especialmente peligrosa y difícil de controlar penalmente. Me refiero a las actividades desarrolladas por grupos terroristas. Esta clase de criminalidad se ha venido caracterizando por la disponibilidad de grandes recursos financieros destinados a sufragar sus actividades ilícitas no sólo dentro del ámbito nacional, sino también en el extranjero. Recursos, a su vez, obtenidos del ejercicio de otras actividades delictivas como serían las amenazas condicionadas, el secuestro o el mismo tráfico de estupefacientes.

Otra actividad del crimen organizado de reciente aparición es la relativa al tráfico de personas. En la década de los 80 España dejó de ser un país de emigración para convertirse en otro receptor de emigrantes. Es posible que la progresiva consolidación de las libertades públicas en nuestro país, el crecimiento económico experimentado y la plena integración en el seno de la Unión Europea sean factores que han incidido de manera decisiva en este cambio de paradigma². La afluencia masiva de inmigrantes irregulares hacia las costas del sur de España, las islas Canarias y las ciudades de Ceuta y Melilla son noticia permanente. En un estudio presentado en 1994 por la International Organization for Migration (IOM) estimaba que existían tres tipos de organizaciones criminales dedicadas a este tráfico: un primer grupo integrado por personas no organizadas y sin una estructura estable dedicadas con el objetivo de obtener beneficios económicos al traslado de personas en vehículos o pequeñas embarcaciones; un segundo grupo estaba ya compuesto por grupos organizados y estables.

También, el crimen organizado se hace presente en nuestro país a través de otras actividades comparativamente de menor importancia, como: el tráfico de armas, el tráfico ilegal de mano de obra y la prostitución. Actividades de las que sólo la primera ha merecido una agravación en razón de que el autor sea el jefe o promotor de una organización destinada al efecto.

En lo que sigue, se hará referencia a las disposiciones particulares que el Código penal vigente instrumenta en relación a las actividades del crimen organizado e indirectamente a través de asociaciones, empresas, sociedades o fundaciones mediante la aplicación de las llamadas penas accesorias.

² Véase *Globalización, Tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Granada, Pérez Cepeda, 2004.

II. DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

El imparable desarrollo científico en biomedicina sitúa al ordenamiento jurídico en general y al Derecho penal en particular ante nuevos retos inimaginables hasta hace muy poco tiempo. Este proceso coloca al sistema jurídico ante un auténtico reto configurado por la presencia de múltiples intereses en juego. En efecto, de una parte se ha de proteger la investigación y el desarrollo científico e indirectamente a la mejora de la salud, que el uso de estas nuevas tecnologías puede comportar. Sin embargo, de otra es indudable que el uso de estas nuevas tecnologías debe realizarse en el marco de una normativa clara y precisa que asegure otros derechos fundamentales de carácter individual de igual, si no mayor entidad, como son los constituidos por la vida, la salud, la libertad y la intimidad.

En este orden de cosas constituyó una auténtica novedad la inclusión del Título V en el ordenamiento jurídico penal. No lo era, sin embargo, su objeto para otros ámbitos de regulación jurídica, como el Derecho civil y administrativo, que se han ocupado oportunamente de legislar sobre la materia. Bajo un epígrafe titulado genéricamente «Delitos relativos a la manipulación genética» el Código penal³ de 1995 incrimina cuatro tipos de conductas: la manipulación genética, ingeniería genética, fecundación con fines ilícitos y selección de la raza, y, por último, reproducción asistida no consentida⁴.

En el artículo 159 se prevé el castigo de aquellos que con una finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. Se castiga la modalidad dolosa con penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial hasta diez años y la misma conducta se castiga además en su versión imprudente con penas de multa e inhabilitación. La conducta consta de dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. Respecto del primero se configura al delito como de resultado en sentido estricto y de lesión ya que se exige la efectiva alteración del genotipo. Asimismo el requisito subjetivo de carácter negativo de la conducta debe interpretarse en el contexto del artículo 20.1b de la Constitución española que proclama el derecho fundamental a la producción e investigación científica. De esta suerte, la tipicidad quedará excluida siempre que la finalidad tenga fines terapéuticos en sentido lato.

También es objeto de castigo la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (art. 160.1 CP). No se exige que la conducta recaiga sobre genes humanos y es admisible que afecte a otras especies. El castigo previsto prevé una pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación hasta diez años. Resulta particularmente relevante la existencia de un elemento subjetivo de intención y, en concreto, de resultado

³ Capítulo modificado en aspectos no esenciales por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

⁴ Véase ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho penal, previsiones en el Código penal español de 1995*, Granada, 2001.

cortado. Así, basta la realización de una conducta que persiga esa finalidad para estimarla consumada.

La protección de la vida prenatal en sus diversas fases evolutivas ha merecido también la atención del legislador que incrimina a quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana y la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 160,2 y 3 CP)⁵. En ambos casos las penas previstas son privativas de libertad de uno a cinco años y de inhabilitación especial hasta diez años. Una vez más son los elementos subjetivos añadidos al tipo los que determinan la aparición del delito ya que la intervención penal depende de la finalidad perseguida en la primera de las conductas mencionadas. Así, queda fuera del tipo la fecundación que va dirigida a la procreación o cuando ésta se persigue indirectamente eliminando o aminorando previamente las patologías propias de las enfermedades de origen genético. A diferencia del tipo de mera actividad y resultado cortado, la clonación constituye un delito de resultado, creación de seres idénticos, a efectos de perseguir una selección de la raza. En el término clonación han de incluirse las técnicas hasta ahora utilizadas: división de las células del embrión y método de trasplante nuclear.

Los contenidos normativos expuestos deberían en todo caso interpretarse en el contexto del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a la Biología y Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado por España en el Instrumento de 23 de julio de 1999. Entre los diez o doce principios que recoge dicho Convenio se destacan, además de la prohibición absoluta de crear embriones clónicos *in vitro*, la de hacerlo con fines experimentales o con fines industriales o comerciales y la utilización de técnicas de asistencia médica a la reproducción para la selección de sexo de los embriones.

En el artículo 161 se castiga con una pena privativa de libertad de dos a seis años e inhabilitación hasta cuatro años a quienes practicaran reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento. Se trata, por lo tanto, de una especialización del delito de coacciones. La reproducción asistida admite hasta la fecha cuatro técnicas: inseminación artificial, fecundación *in vitro*, fecundación *in vitro* con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos. No se precisa la producción de ningún resultado, se consume desde el instante en que se violenta la libertad de la mujer.

Cuando el culpable de todos estos delitos perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las penas accesorias previstas en el artículo 129 del Código penal: a) clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; b)

⁵ Téngase en cuenta la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, modificadas por Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, asociación o fundación; d) prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido el delito; e) la intervención de la empresa.

III. DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y LA CORRUPCIÓN DE MENORES

Otra actividad delictiva especialmente reprochable y que genera grandes sumas de dinero al crimen organizado es la relativa a la prostitución de menores y su utilización con fines exhibicionistas o pornográficos⁶. Bajo el epígrafe «Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores» el Código penal en el Capítulo V del Título VIII contempla varias conductas. Aquí sólo nos referiremos a aquellas que merecen algún tipo de agravación en la medida que el culpable pertenezca a alguna organización o asociación.

La primera de estas conductas se refiere al favorecimiento de la prostitución de menores e incapaces que contempla una pena de prisión de uno a cuatro años y multa (art. 187.1 CP). La conducta típica consiste en promover o facilitar la prostitución, entendiendo por tal la satisfacción sexual que una persona da a otra por precio. La interpretación de estos elementos normativos que incluye el tipo, en opinión de la doctrina y la jurisprudencia, debe hacerse de manera restringida. Los actos de favorecimiento deben ser objetivamente eficaces para la práctica de la prostitución. Asimismo el Tribunal Supremo ha venido insistiendo en la necesidad de acreditar un móvil de lucro en la prostitución. Sin embargo, es posible apreciar su existencia por motivos diferentes. En todo caso, la jurisprudencia aprecia que incurre como inductor de la prostitución el cliente cuyo pago es decisivo para que el menor experimente un cambio en su comportamiento sexual. Se admite la comisión del delito con dolo eventual siendo una de las circunstancias que se solventan por esta vía, aquellas en las que el sujeto activo alega error respecto a la edad del menor.

Si el culpable perteneciera a una organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades se impondrán las penas superiores en grado (art. 187.3 CP). Organización y asociación son conceptos no coincidentes, pero en este contexto pueden definirse como grupo de dos o más personas, que durante un cierto tiempo y de común acuerdo se dedican a favorecer determinada actividad.

En el apartado primero y segundo del artículo 189 se castigan cuatro conductas consistentes en a) la utilización de menores e incapaces con fines exhibicionistas o pornográficos; b) la difusión de material pornográfico elaborado con ellos; c) la posesión de dicho material pornográfico para su difusión; y d) la posesión para uso propio. La pena de prisión prevista es de uno a cuatro

⁶ Véase TAMARIT SUMILLA, *La protección del menor frente al abuso y explotación sexual*, Pamplona, 2000.

años para los tres primeros supuestos y prisión de tres meses a un año o multa para el cuarto.

La primera modalidad además de castigar la utilización del menor en espectáculos pornográficos extiende la intervención cuando el menor es utilizado para elaborar cualquier clase de material pornográfico, sea cual fuere el soporte utilizado, y la financiación de dichas actividades. La intervención del menor debe ser significativa en escenas inequívocamente exhibicionistas. Se discute si entraría dentro de la ratio del tipo el supuesto de un menor al que se le filma contemplando actos procaces realizados por adultos. En opinión de un sector doctrinal al que me adhiero sería más pertinente desvalorarlos por la vía del artículo 185 («El que ejecutare o hiciera ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces»). Como es previsible el consentimiento del menor, en este caso y en los que siguen, es irrelevante, si bien la utilización de engaño, violencia o intimidación habilita el concurso de delitos.

La segunda modalidad consiste en la distribución, producción, venta, exhibición o difusión por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores e incapaces, sea mediante la directa producción o favoreciéndola. La amplitud del tipo recomienda una interpretación restrictiva tanto en lo que se refiere al papel desempeñado por los sujetos activos, cuanto por la naturaleza de las imágenes. En todo caso se añade a estas cautelas las dificultades probatorias cuando se trata, como acontece en la mayoría de los casos, de «actores» anónimos cuya edad es muy difícil de estimar o donde se han utilizado trucajes en el montaje de la película.

La posesión del mencionado material para su difusión se trata como un acto preparatorio cuya punición encuentra cierta justificación. No obstante, el castigo de la posesión del material pornográfico para uso propio sólo se sostiene desde la perspectiva de afianzar determinados principios morales. Principios que, en ningún caso, deben decidir los presupuestos político criminales de un Código penal. Se trata de una medida desafortunada e ineficaz que podría calificarse como un tipo de peligro abstracto bastante remoto y que quiere actuar, a la postre, como una medida disuasoria encaminada a debilitar la oferta.

En el apartado tercero del artículo 189 se prevé una serie de agravaciones consistente en la imposición de una pena de prisión de cuatro a ocho años: a) cuando el menor tenga una edad inferior a los trece años; b) cuando los hechos revistan un carácter especialmente degradante; c) cuando los hechos sean especialmente graves atendiendo al valor económico del material pornográfico; d) cuando se representen escenas de agresiones sexuales; f) cuando el autor sea tutor, maestro, ascendiente o cualquier otra persona encargada de la custodia del menor.

En el numeral e) del mencionado artículo se prevé la misma cualificación cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. Asimismo en todos los supuestos analizados, la autoridad judicial podrá imponer las penas

accesorias previstas en el artículo 129 cuando el autor de los hechos pertenezca a una sociedad, organización o asociación.

IV. PROPIEDAD INTELECTUAL

A diferencia del anterior Código penal se protege en el vigente los intereses económicos derivados de los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual e incluso los llamados derechos conexos de la misma, como son los que recaen sobre las interpretaciones y ejecuciones de la obra. En el Título XIII, Capítulo XI se establecen un tipo base y dos específicos⁷.

El objeto material del tipo básico recae sobre la obra literaria, artística o científica, sus transformaciones, las interpretaciones artísticas y las ejecuciones de dichas obras fijadas en cualquier tipo de soporte o comunicadas a través de cualquier medio (art. 270.1 CP). Las conductas alternativas típicas consisten en plagiar, reproducir, distribuir o comunicar públicamente dichas obras, con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros. La pena de prisión prevista es de seis meses a dos años y multa. Estamos ante un delito de resultado y, por lo tanto, admite tentativa. El consentimiento del sujeto pasivo elimina la tipicidad ya que se exige expresamente que dichas conductas se realicen sin la debida autorización.

Sin embargo, el objeto material de la primera especialización del tipo básico no es ya la obra, sino los ejemplares en los que se materializan las obras, producciones y ejecuciones, sea exportándolas, importándolas o almacenándolas (art. 270.2 CP). Conductas que merecen un castigo similar al fijado para el tipo base. La importación de ejemplares será punible aun cuando su origen sea lícito en los países de procedencia. En lo que respecta a la Unión Europea el derecho de exclusiva se extingue con la primera venta, dada la libre circulación de mercancías y servicios que rige en su territorio. Respecto a la vertiente subjetiva del tipo se exige expresamente la intencionalidad con lo que quedaría excluida la posibilidad de apreciar dolo eventual.

En lo que concierne a la segunda especialización, el objeto material no sólo consiste en cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador, sino que se añade o cualquiera de las otras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el tipo básico (art. 270.3 CP). Las conductas posibles consisten en fabricar, importar, poner en circulación o tener en su poder cualquier medio destinado al fin anti-jurídico que se describe. Las penas contempladas son idénticas que las fijadas para el tipo básico.

⁷ Véase MIRÓ LLENARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid, 2003.

La Ley Orgánica 15/2003 introduce dos nuevas cualificaciones a las ya existentes en el artículo 271: trascendencia del beneficio obtenido y la especial gravedad atendiendo al valor económico de los objetos obtenidos ilícitamente. En efecto, se agrava la pena de prisión de uno a cuatro años y la multa en el supuesto de que se utilicen menores de dieciocho años para cometer estos delitos y, en lo que nos concierne, si el culpable perteneciera a una organización o asociación, aun de carácter transitorio, que tuviese como finalidad esta clase de actividades.

V. PROPIEDAD INDUSTRIAL

La nueva regulación de los delitos contra la propiedad industrial llevada a cabo en el Código penal de 1995 se estructura en base a la naturaleza y características de las distintas modalidades de propiedad industrial, que en términos generales asumen los criterios fijados por las normas extrapenales reguladoras de tales derechos. En el Capítulo XI, Sección 2ª del Título XIII se incluye la normativa penal tuteladora de la propiedad industrial⁸.

En el art. 273 se describe con cierta precisión el objeto material del delito que se refiere a patentes y modelos de utilidad registrados, modelos o dibujos industriales o artísticos, así como a topografías de productos semiconductores. No existe unanimidad doctrinal respecto a si un certificado complementario de los medicamentos otorgado de conformidad con el Reglamento Comunitario puede ser incluido en esta relación. La acción típica consiste en fabricar, importar, utilizar alguno de estos títulos sin consentimiento y en conocimiento de su situación registral. Las penas previstas son de prisión de seis meses a dos años y multa. Obsérvese que el tipo no requiere la acreditación de un perjuicio económico.

En los apartados 1 y 2 del artículo 274 se tipifican dos comportamientos que tienen en común el objeto material: los signos distintivos, es decir, todos aquellos derechos de propiedad industrial registrados conforme a la legislación de marcas. La penalidad y los elementos objetivos y subjetivos del tipo son similares a los descritos en el precepto anterior. En los apartados 3 y 4 del artículo 274, introducidos por Ley Orgánica 15/2003, se castiga a quien sin el consentimiento del titular de un título de obtención vegetal, produzca, comercialice, exporte, importe o posea material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación pertinente. En términos similares de penas y requisitos del tipo se castiga en el último apartado del artículo citado que se utilice en el tráfico económico una denominación de origen o indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegida.

⁸ Véase entre otros PAREDES CASTAÑÓN, *La protección penal de las patentes y las innovaciones tecnológicas*, Madrid, 2001; SERRANO-PIEDRASCAS, «Consideraciones en torno a la protección penal del Know-How», *ADP*, t. 43, 1990.

En todos los casos previstos se aumentará la pena de uno a cuatro años y multa cuando concurren alguna de estas circunstancias: a) el beneficio obtenido revista especial trascendencia; b) en atención a la especial gravedad del perjuicio ocasionado al valor económico de los objetos producidos ilícitamente; c) que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad estas actividades; d) que se utilice en las mismas menores de dieciocho años.

VI. BLANQUEO DE BIENES

En el nuevo Código penal, junto con la receptación, se recogen una serie de conductas afines que coloquialmente han venido siendo designadas con el nombre de «blanqueo de capitales» o «lavado de capitales»⁹. La actual regulación se incluye en el Capítulo XIV y en el Título XIII bajo la rúbrica «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico»¹⁰. La misma incorpora algunas novedades importantes. Así, el ámbito de aplicación de esta normativa se extiende a los bienes que procedan de la comisión de cualquier delito y no sólo, como acontecía con el anterior Código, a los delitos que procedan del tráfico de drogas y precursores. En consecuencia, también abarcarán supuestos de enriquecimiento proveniente del tráfico de armas, tráfico de órganos o de prostitución de menores.

Las conductas típicas quedan enunciadas de forma bastante confusa en el artículo 301 del Código penal. En el primer apartado de aquél, se castiga al que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto, con la siguiente finalidad: a) ocultar o encubrir su origen ilícito; y b) ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos (art. 301.1 CP). Se hace así referencia a un supuesto de «favorecimiento real» y otro de «favorecimiento personal», castigándose lo que podría llamarse «primera operación de blanqueo», equiparable a la receptación sustitutiva.

En el segundo apartado del mencionado artículo se reprime: la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos (art. 301.2. CP).

Tanto en un caso como en el otro corresponde aplicar, además de multa, una pena de prisión de seis meses a seis años y multa. Asimismo, se prevé la punición de estas conductas por imprudencia grave (art. 301.3. CP).

⁹ Este delito se introdujo en el Código penal derogado por LO 8/1992 y encuentra su origen en el art. 3º de la Convención de Viena, de 20 de diciembre de 1988.

¹⁰ Sobre este tema consúltese: Fabián CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998; Abel SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela, 2002.

Una vez tipificado el delito básico, las penas previstas se impondrán en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización criminal dedicada al blanqueo de bienes; y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones (art. 302 CP).

En tales casos, los Jueces o Tribunales podrán imponer, además, alguna de estas medidas: a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; b) suspensión de las actividades de la organización o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años; c) prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años (art. 302 CP).

VII. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

España dejó de ser en la década de los ochenta un país de emigración para convertirse en otro receptor de emigrantes. Posiblemente, la consolidación de las libertades públicas, el crecimiento económico experimentado y la integración de España en el seno de la Unión Europea hayan incidido de manera decisiva a este cambio de orientación¹¹.

A partir de 1990 todos los actores internacionales, sin excepción, han tomado conciencia de que los desplazamientos en masa de personas constituyen un problema fundamental en todos los países del mundo. Sin embargo, todavía no se ha iniciado un serio debate en el ámbito internacional sobre cómo adaptar y reformar el actual régimen de migración internacional. En un entorno, como se decía, conformado hace cincuenta años y que difiere drásticamente del actual, los gobiernos y foros implicados aún no han intentado evaluar con eficacia si los fundamentos del mecanismo intergubernamental vigente sirven para hacer frente a las nuevas cuestiones y prioridades.

Dos son las preocupaciones políticas más acuciantes surgidas en el transcurso de estos últimos años: una, cómo impedir la producción de los movimientos desestabilizadores de población; otra, cómo procurar una migración ordenada. Dos prioridades, en suma, que están en estrecha relación. En efecto, cuanto más se fortalezca la prevención, se originarán menos movimientos migratorios desordenados y cuanto más se ordenen los desplazamientos, mayor será el éxito de las medidas preventivas ejecutadas. En otras palabras, las políticas para permanecer en los países de origen deben equilibrarse con las políticas de movimientos ordenados, ya que estos movimientos se llevarán a cabo de todos modos y si no se efectúan de manera ordenada se harán sin la menor duda de manera desordenada.

¹¹ Véase SERRANO-PIEDRASCAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación continuada*, CGPJ, 1999, p. 5.

Todos los Estados de la Unión Europea se ven hoy subordinados a la misma dinámica intergubernamental, que va desde la elaboración de normas comunes hasta la incorporación de las mismas a sus respectivas legislaciones internas¹². Esta evolución se puso de manifiesto en la Convención de Schengen al introducir dos importantes cambios en la flexible política migratoria seguida hasta entonces por la CEE: uno referido al objetivo perseguido y otro al método adoptado para su ejecución. El objetivo del Convenio consistía en facilitar las migraciones internas mediante la desaparición física de las fronteras en el seno de la Unión¹³. Sin embargo, con carácter previo, tal finalidad se supedita a una férrea protección de las fronteras exteriores y al incremento entre los países miembros de la cooperación policial.

Una segunda preocupación es la que parece incidir en el ánimo de los gobiernos concernidos. A la carga efectiva, que ya de por sí supone la supresión de las fronteras, se asocia el fantasma de la invasión extranjera. Este predominio de una visión más nacionalista y deseosa de seguridad viene a reforzar la lógica de sospecha hacia el «extranjero», entendiendo por tal al ciudadano de un Estado no firmante de la Convención.

En contraste con tal unanimidad son muchos los que denuncian las restricciones excesivas a que se ven sometidos los derechos fundamentales. Restricciones que afectan a la circulación, la entrada, la estancia, la reagrupación familiar, los matrimonios con extranjeros o el derecho de asilo. Muchos consideran que tal estado de cosas viene a crear un déficit jurídico contrario a la política de igualdad entre nacionales, ciudadanos de la Unión Europea, refugiados y ciudadanos de Estados terceros. Para las organizaciones de inmigrantes y las organizaciones humanitarias tales mermas generan serias disfunciones en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos.

No debería desconocerse que la migración es una consecuencia directa de una desgraciada combinación de penuria económica, destrucción ambiental y conflicto civil¹⁴. El éxodo resultante es el vivo reflejo de los riesgos que la gente está dispuesta a afrontar con tal de sobrevivir. Por eso, ante la imposibilidad de obtener pasaportes o permisos de salida, los que huyen de la persecución o de la miseria no tienen más remedio que recurrir a los servicios del crimen organizado¹⁵.

En síntesis, el problema que realmente se plantea es el de encontrar el «límite» que debe imponerse a la escueta lógica del control sin llegar a afectar el espacio soberano que corresponde a cada Estado. Una política de lucha contra el tráfico ilegal de personas sólo tendrá éxito si a aquellas medidas se las combina con otras de carácter preventivo.

¹² Aduciendo la necesidad de ratificar el Convenio de Schengen Francia y Alemania revisaron sus constituciones.

¹³ Objetivo formulado en la Cumbre de Luxemburgo en 1984 y después en el acuerdo franco-alemán de Sarrebruck.

¹⁴ *Ibidem* P. A. TARAN, *La sauvegarde des droits et de la dignité des migrants dans le cadre de la problématique du trafic de migrants et hors de ce cadre*, Paper nº 5.

¹⁵ Véase ACNUR, *The State of the World's Refugees*, Londres/Nueva York, 1993, pp. 62 y ss.

Con posterioridad a la publicación del Código penal de 1995, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre «Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», introdujo un nuevo Título, el Título XV bis, que contiene un único precepto¹⁶, el artículo 318 bis. En él se incluyen una serie de conductas punibles: en la primera se describe el tipo básico consistente en el favorecimiento del tráfico ilegal de personas, en tránsito o destino a España, sancionado con una pena de prisión de cuatro a ocho años y multa; la segunda contempla el tráfico ilegal con fines sexuales penado con prisión de cinco a diez años; a su vez, las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior si media ánimo de lucro, violencia, intimidación o abuso de superioridad; en el caso de que el autor del delito se prevenga de su condición de autoridad o sea funcionario público se le castiga además con una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años; por último, se imponen al culpable las penas en su mitad superior a las previstas en todos los apartados anteriores si perteneciera a una organización criminal.

A) Tipo básico (art. 318.1 bis CP)

Se trata de un delito común. El sujeto activo puede serlo cualquiera de forma que el círculo de posibles autores se ensancha notablemente. Los mismos podrían coincidir con los posibles responsables de las infracciones administrativas enumerados en el artículo 2.4 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (LISOS) «...transportistas, agentes, consignatarios, representantes y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de migración o movimientos migratorios».

En cuanto al sujeto pasivo debe ser únicamente un extranjero. Tal condicionamiento se deduce de la titulación del XV bis: «Delitos contra los derechos de los extranjeros». La LO 4/2000 nos aclara el significado de lo que debe entenderse por tal al establecer en su artículo primero que a los efectos de la misma se considera extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española. Extranjeros serán, por tanto, no sólo los ciudadanos provenientes de países que no pertenezcan a la Unión Europea, sino también los comunitarios¹⁷. En cuanto a estos últimos, si bien en la actualidad resulta difícil imaginar el provecho que puede reportar a alguien traficar ilegalmente con tales ciudadanos, no quiere ello decir que tal situación se prolongue indefinidamente si consideramos la inminente ampliación de la Unión.

¹⁶ A su vez, el artículo de referencia ha sido objeto de una ulterior reforma merced a la LO 11/2003.

¹⁷ El apartado segundo del artículo 1º de la LO 4/2000 dice: «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables».

Las conductas incriminadas consisten en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas. Se trata de comportamientos descritos de una manera tan amplia que el tipo incluye a todos los que directa o indirectamente tomen la iniciativa (promover), ayuden (favorecer), o cooperen (facilitar) a la realización del hecho.

El tipo subjetivo requiere de un dolo directo, ya que estamos aquí ante una figura harto necesitada de restringir su ámbito de aplicación dada la ausencia de específicas modalidades ejecutivas de comisión u omisión. El dolo debe entenderse como el conocimiento de las circunstancias y elementos objetivos del delito y la voluntad de su realización. En este ámbito pueden producirse errores de tipo acerca de la cualidad de extranjero del sujeto pasivo e incluso acerca de algún presupuesto fáctico de una causa de justificación, por ejemplo, el estado de necesidad.

Al tratarse de un delito de peligro abstracto la consumación se alcanza con la realización de las conductas antedichas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo. Tampoco será necesario acreditar que la víctima del tráfico ilegal haya efectivamente salido, entrado o transitado por territorio español.

En teoría, es posible apreciar la justificante del estado de necesidad (art. 20.5 CP) cuando la salida, la entrada o el tránsito del extranjero por territorio nacional se hace para evitar un mal ajeno. Por ejemplo, individuos perseguidos por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas, etc., que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen.

B) Cualificación en razón de los fines perseguidos o medios empleados (art. 318.3 bis CP)

La pena de prisión sufre un fuerte agravamiento si las conductas descritas en el tipo base se realizan con ánimo de lucro. El Tribunal Supremo concibe este elemento subjetivo como todo beneficio, ventaja o utilidad que trate de obtener el sujeto activo para sí o para tercero (STS de 15 de noviembre de 1980, 12 de mayo de 1981, 29 de septiembre de 1981). En definitiva, provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se propone obtener del tráfico ilegal de personas. Basta con que esté presente, siendo perfectamente posible la coexistencia de dos o más propósitos simultáneos, no todos lucrativos, sin que ello impida la apreciación del delito¹⁸. Merece igual exasperación punitiva el empleo de violencia o intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad de la víctima. Respecto al engaño parece fuera de lugar su mención, pues el consentimiento prestado por las víctimas a la renuncia de los derechos de integración social, que les hubiera correspondido de haber emigrado regularmente, resulta del todo irrelevante. Asimismo, desde un punto de vista general la situación de

¹⁸ STS de 16 de septiembre de 1987.

necesidad es precisamente la que impulsa todo movimiento migratorio. Sin embargo, ante el peligro de inaplicabilidad del precepto, resulta oportuno que el legislador ponga el acento en la objetiva situación de desigualdad surgida entre el traficante y el emigrante, siendo suficiente para apreciar la agravación que aquél conozca tal situación y se prevalega de tal desigualdad¹⁹.

C) Cualificación en razón de la concreta puesta en peligro de la vida, salud e integridad de las personas y por la menor edad de la víctima (art. 318.3 bis CP)

Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior si el tráfico ilegal hubiera puesto en peligro la vida, salud e integridad física del sujeto pasivo. El legislador proporciona así una necesaria respuesta penal a los graves riesgos a que se ven expuestos los inmigrantes clandestinos en sus desplazamientos, los cuales en muchas ocasiones no tienen más remedio que aceptar las condiciones impuestas por los traficantes.

Se trata de un delito cuyo resultado aparece con la creación de una situación concreta de peligro para el bien jurídico protegido. Por eso, al igual que sucede con todo delito de resultado, será necesario establecer una relación objetiva de imputación entre el comportamiento y aquella situación de peligro concreto.

El pronóstico que define el peligro ha de ser la pérdida de la vida o un menoscabo relevante de la salud o la integridad física. Caracterización derivada no sólo de la gravedad del peligro, sino de razones propias del carácter fragmentario de la intervención penal y de la proporcionalidad de la pena. Por eso, la gravedad del peligro habrá de determinarse por los parámetros de la previsibilidad del resultado. El valor de esa entidad dependerá del número de posibles afectados y del tipo de lesión.

Asimismo, el artículo 318.3 bis establece la misma penalidad para el caso de que la víctima fuera menor de edad. La agravante se justifica por sí misma en razón de la especial vulnerabilidad del menor de edad, el cual requiere de una mayor protección jurídica²⁰. No se entiende el olvido del legislador al no mencionar junto a ellos a los incapaces.

D) Cualificación en razón del carácter de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 318.4 bis CP)

Especial gravedad reviste la realización por parte de la autoridad, agente de ésta o funcionario público de las anteriores conductas. Además de las penas

¹⁹ Véanse los comentarios vertidos por BAYLOS y TERRADILLOS sobre el artículo 311 CP, *op. cit.*, p. 72.

²⁰ La medida adoptada va en la línea propuesta en la Convención sobre los Derechos del Niño que dice en su artículo 35: «Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma».

previstas en el apartado anterior, es decir, las que corresponden a la creación de un peligro concreto, se contempla la de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Se trata de un delito especial impropio de peligro abstracto o concreto, según el caso. La consideración como impropio viene dada por la existencia de un tipo común —art. 318.1 bis CP— aplicable a quienes realizan idéntica conducta sin poseer la condición personal exigida en el tipo especial.

El tipo exige que el sujeto activo actúe con prevalimiento de su cargo. Para que tal circunstancia concurra será preciso acreditar que aquél ostenta efectivamente tal cualidad, el abuso de poderes o deberes inherentes a tal condición y, por último, la finalidad de utilizar las ventajas del cargo para ejecutar el delito con menor riesgo o mayor facilidad.

E) Cualificación en primer grado por pertenencia a una organización criminal (art. 318.5 bis CP)

El tráfico ilegal de mano de obra, de mujeres y de niños es una empresa en plena expansión. Las enormes sumas de dinero que se mueven en torno al mismo ha acrecentado considerablemente la proliferación de organizaciones criminales que facilitan a los potenciales inmigrantes transporte, asistencia para el cruce de fronteras, documentación falsa, alojamiento, empleos e, incluso, servicio de búsqueda de empleos.

Por todo ello parece oportuna la agravación de las penas previstas en el último apartado del artículo 318 bis CP, al establecer penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.

Tal agravamiento se inscribe en la línea marcada en el Consejo Europeo de Tampere decidido a reforzar la lucha contra la delincuencia organizada. Advirtiéndose, no obstante, la necesidad de lograr un desarrollo equilibrado de medidas a escala de la Unión contra la delincuencia, protegiendo al mismo tiempo la libertad y los derechos jurídicos de las personas y de los agentes económicos²¹.

La referencia a la transitoriedad de la organización o asociación pone de manifiesto que lo que trata de perseguirse es el aprovechamiento de redes estructuradas que operen en el caso concreto, con independencia de su duración en el tiempo, o de la confluencia de otros fines en las operaciones habituales de la organización. La jurisprudencia entiende de la existencia inequívoca de caracteres asociativos si existe una «estructura jerárquica más o menos formalizada y establecida, dirección de la acción desde el extranjero, empleo de medios de comunicación no habituales» (STS 8 de febrero de 1991) a las que se suman «pluralidad de personas previamente concertadas; coordinación entre ellas; distribución

²¹ Conclusión Final nº 40.

diferenciada de tareas a cada uno de los partícipes; y extensión en el tiempo» (STS 18 de abril y 12 de julio de 1991). Por último no se requiere, respecto a los conceptos de organización y asociación, «personalidad jurídica que sirva de fachada para tapar esas actividades que necesitan de la clandestinidad» (STS 18 de abril de 1991).

VIII. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Como ya se dijo, el tráfico de drogas constituye en nuestro país una de las actividades más importantes del crimen organizado²². Quizás, uno de los aspectos más debatidos en la lucha contra esta clase de criminalidad resida en decidir qué alternativa político-criminal sea la más adecuada. El legislador español al enfrentarse con este problema ha vacilado entre adoptar una línea política preventiva u otra netamente represiva. Así, en la reforma del Código penal de 1988 (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo) predominó, con acierto, la primera tendencia, en tanto que la línea seguida en el Código penal derogado y en el vigente es claramente represiva. Circunstancia que viene mereciendo una fuerte crítica doctrinal. Recuértese que el Parlamento Europeo en Resolución de 1986 critica las políticas legislativas exclusivamente represivas por considerarse ineficaces en la tarea del castigo, prevención y rehabilitación del drogodependiente²³.

A) Tipo base

El Código penal de 1995 sitúa el delito de tráfico de drogas entre los «Delitos contra la salud pública» del Cap. III, Tít. XVII relativo a la protección de la «Seguridad colectiva»²⁴. El tipo base lo conforma el art. 368 por el cual se castiga: a los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de cualquier otro modo favorezcan o faciliten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o drogas psicotrópicas, o las posean con aquellos fines.

Algunos aspectos de esta norma merecen un breve comentario. En primer lugar, el concepto de «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas»

²² En esta materia consúltese BARBERO SANTOS, «La droga en España», *ADPCP*, 1988.

²³ CARMONA SALGADO, en «Curso...», *op. cit.*, p. 154.

²⁴ La legislación anterior al vigente Código penal es la siguiente: Ley de 15 de noviembre de 1971, en respuesta a las disposiciones penales contenidas en el Convenio Único de 1961, modifica el art. 344 del entonces vigente Código penal; LO de Reforma Urgente y Parcial de 25 de junio de 1983, por la que se modifica el contenido del art. 344; LO 1/1988, de 24 de marzo, por la que se introduce el art. 344 bis; LO 8/1992, de 23 de diciembre en la que se amplía el contenido del art. 344 bis, a la vez que modifica en esta materia la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como legislación complementaria vigente deben tenerse en cuenta: L 25/1990 de 20 de diciembre, del «Medicamento», LO 12/1995 de 12 de diciembre de «Represión del Contrabando», L 3/1996 de 10 de enero, sobre «Medidas de Control de Sustancias Químicas», así como la LOPJ, LPSC y los numerosos Convenios Internacionales ratificados.

viene siendo interpretado por la totalidad de la jurisprudencia de acuerdo con los criterios determinados por los Convenios Internacionales en la materia y ratificados por España. No obstante, un importante sector de la doctrina²⁵ aboga por la elaboración de un concepto penal interno, alejado del enfoque en extremo objetivo aportado por los Convenios, dado que la nocividad de una sustancia depende de las más variadas circunstancias ambientales o personales. En segundo lugar, la tenencia para el consumo está excluida de castigo. Por último, el legislador español distingue entre «drogas duras» y «drogas blandas». Nocividad que debe ser determinada con la ayuda de criterios médicos y farmacológicos. El tráfico de las primeras drogas merece un castigo de prisión de tres a nueve años y multa, mientras que las segundas una pena de prisión de uno a tres años y multa.

B) Cualificaciones

El delito de tráfico de drogas realizado por una organización merece una pena superior en grado a la establecida en el art. 368 en estos supuestos²⁶:

- Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso siendo de carácter transitorio, y cuya finalidad sea la de difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional (art. 369.2º CP). Por organización debe entenderse: un plan previamente concertado y dirigido, a veces por personas que no participan necesariamente en los actos directos de comercio o difusión de la droga (STS de 6 julio de 1990).
- Participa el culpable en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 369.3º CP).

Cuando concurren alguna de las circunstancias antedichas se prevé la imposición de una multa de tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas: a) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar de beneficios incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta al culpable. b) La aplicación de las medidas accesorias previstas en el Código penal, es decir, la disolución de la organización o asociación o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público; suspensión de las actividades de la organización o asociación o de los locales abiertos al público por tiempo no superior a cinco años; prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años (art. 129 CP).

²⁵ Por todos, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 567.

²⁶ Modificaciones introducidas en el art. 369 por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La exasperación punitiva llega al máximo con el art. 370 en el que se prevé una segunda cualificación en grado de las penas previstas en el artículo anterior. En efecto, esta segunda agravación corresponde ser aplicada a los jefes, administradores o encargados de las organizaciones ya mencionadas. Afortunadamente, la reforma propiciada por la Ley Orgánica del 2003 introduce en este precepto algunas consideraciones que permiten distinguir entre una organización de narcotraficantes con amplias ramificaciones internacionales, de la ocasional actividad del tráfico. Así, se considera organización de notoria importancia aquella que utiliza para el tráfico buques o aeronaves como medio de transporte específico, o simula operaciones de comercio internacional entre empresas, o bien se trata de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

C) Tráfico de precursores

Asimismo el Código penal prevé en el artículo 371 el castigo de aquellos que fabriquen, comercien o tengan en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para estos fines. La pena prevista de tres a seis años será impuesta en su mitad superior cuando las personas que realicen los anteriores hechos descritos pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

IX. FALSIFICACIÓN DE MONEDA

El tráfico monetario es protegido en el Capítulo primero del Título XVIII de nuestro Código penal bajo el epígrafe: «De la falsificación de moneda y efectos timbrados»²⁷. A estos efectos se considera moneda: el papel moneda y la moneda metálica de curso legal, las tarjetas de crédito y de débito, las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, los cheques de viaje, la moneda de la Unión Europea y la de los demás países extranjeros (art. 387 CP).

En la falsificación de la moneda cabe apreciar una serie de conductas típicas consistentes según se deduce del artículo 386 en la alteración o fabricación de la moneda, la introducción en el país de la moneda falsa, su exportación, transporte, distribución y expendición. Conductas, todas ellas, que se castigan con

²⁷ Entre otros véase ARANGUEZ SÁNCHEZ, *La falsificación de moneda*, Barcelona, 2000.

una pena de prisión de ocho a doce años y multa. Resulta un tanto desconcertante que el legislador, salvo en el supuesto de adquisición de moneda falsa de buena fe y de su ulterior expendición, no haya fijado la cuantía mínima del valor aparente de la moneda a efectos de considerar el hecho delito o simple falta. Así pues, la falsificación en cualquiera de sus modalidades de un solo euro constituye el correspondiente delito. El propio Tribunal Supremo apreció la falta de base jurídica para aplicar una atenuante por analogía, en atención a la escasa cantidad de moneda falsificada, si bien estimó pertinente dirigir un oficio de petición de gracia al Gobierno, en solicitud de indulto parcial (STS de 18 de julio de 2002).

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponerle algunas de las penas accesorias previstas en el artículo 129 del Código penal.

X. TRÁFICO DE ARMAS

La tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte o suministro de cualquier forma no autorizado por las leyes, implica una agravación de la pena para los promotores u organizadores y para los que hayan cooperado a su organización. Para los primeros, la pena de prisión será de 4 a 8 años; y, para los segundos, la pena de prisión será de 3 a 5 años (art. 568 CP).

Los depósitos de armas, municiones o explosivos acarrearán la disolución de la asociación responsable del depósito (art. 569 CP).

XI. LOS DELITOS DE TERRORISMO

La regulación de los delitos de terrorismo en el Código penal español de 1995 rompe con toda una tradición legislativa que tendía a hacerlo por vía de leyes especiales²⁸. En la actualidad, siguiendo la línea marcada en las leyes

²⁸ Así tenemos: Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero por el que se amplía la competencia de los jueces ordinarios en materia de terrorismo; Reales Decretos-Leyes nº 1, 2 y 3, de 4 de enero de 1977, por los que se crea la Audiencia Nacional, único órgano jurisdiccional competente hasta hoy en esta materia; Ley 56/1978, de 4 de diciembre en materia procesal; Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana, de 26 de enero de 1979, de dudosa constitucionalidad por vulnerar el principio de irretroactividad de las normas no favorables; Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre de naturaleza procesal; Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo que introduce un tipo cualificado de asociación ilícita también de dudosa constitucionalidad; Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, norma especial contra «la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución», parcialmente declarada inconstitucional en Sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/1987, de 16 de diciembre; también dentro de este grupo habría que incluir la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana declarada a su vez inconstitucional por el TC.

orgánicas 3/1988 de reforma del Código penal y 4/1988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ambas de 25 de mayo, el Código penal vigente se adjudica la exclusiva competencia en esta materia. La normativa antiterrorista se incluye entre los delitos contra el orden público del Título XXII (L.II) en el Capítulo V, arts. 571 a 580, bajo la rúbrica «De los delitos de terrorismo»²⁹.

El hecho de que el legislador haya optado por incluirlos entre los delitos contra el orden público conlleva una serie de consecuencias. En efecto, todos los tipos penales incluidos en el Título XXII manifiestan una serie de características comunes. Así, el sujeto activo de los hechos punibles, que aquí se tratan, es pluripersonal y exige la concurrencia de una base organizativa entre ellos; el tipo subjetivo incorpora un elemento tendencial consistente en el ánimo de atentar contra la paz pública; por último, la acción debe encuadrarse en alguna de las posibles vías de materialización descritas por el legislador³⁰.

En cuanto al criterio seguido en la ubicación de estos delitos en el Capítulo V tiene un valor más sistemático y formal que material. La mayoría de los delitos incriminados son básicamente delitos comunes agravados por las características terroristas de su comisión. Sólo un reducido número de aquéllos merecen un tratamiento autónomo, los tipos de cooperación terrorista. No obstante, entendidos como formas de participación de los mencionados delitos comunes cualificados³¹.

A) Concepto jurídico de terrorismo propuesto en el Código penal

Una de las novedades más importantes del Código de 1995 ha sido la de aportar elementos que hicieran posible una definición jurídica del terrorismo. De forma expresa se establece que sólo serán consideradas terroristas aquellas bandas armadas, organizaciones o grupos, e incluso un individuo aislado, si persiguen como finalidad «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública» (art. 571 CP) o «contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional» (inciso añadido por Ley Orgánica de 7/2000, de 22 de diciembre que reforma el art. 577). De esta manera, lo realmente importante no es la existencia de la organización, sino la finalidad subversiva perseguida. Al incluirse, además, dentro de la misma la alteración de la paz pública, se elimina de algún modo de esta materia la connotación de delincuencia política que a veces se le atribuye³².

²⁹ También en el mismo Capítulo V se trata: «De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos».

³⁰ PRATS CANUT, «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal», obra dirigida por Quintero Olivares, Pamplona, 1996, p. 1579.

³¹ POLAINO NAVARRETE, «Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial», t. II, obra dirigida por Cobo del Rosal, Madrid, 1977, p. 902.

³² MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 780.

B) Tratamiento agravatorio de los delitos comunes

Los arts. 571, 572, 573, 574 y 575 del CP establecen una pena superior a la que corresponde por los delitos comunes de estragos, incendios, delitos contra las personas, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, y delitos contra el patrimonio, cuando sean cometidos por personas que pertenecen o actúan al servicio o colaboran con las organizaciones terroristas. Asimismo, merece agravación, aunque más reducida, la actuación del terrorista aislado, es decir, sin pertenencia a organización alguna, que cometa alguno de los delitos antes mencionados con la finalidad que es propia de todos los actos de terrorismo (art. 577 CP).

ii/ Estragos e incendios

El artículo 571 requiere para que la acción sea calificada de terrorista de estos dos requisitos: a) la realización de los delitos comunes de estragos e incendios (arts. 346 y 351 CP); b) la pertenencia del autor a «bandas armadas, organizaciones o grupos» cuya finalidad sea atentar contra el orden constitucional o la paz pública.

Los supuestos descritos en los tipos comunes son: a) destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos de materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, o medios de transportes colectivos; b) inmersión o varamiento de nave; c) inundación (o) explosión de una mina o instalación industrial; d) levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte; e) voladura de puente, destrozo de calzada pública; f) perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación; g) provocar un incendio que comporte un peligro para la vida o la integridad física de las personas.

Todos los delitos anteriormente examinados se castigan con una pena de prisión de 15 a 20 años.

ii/ Delitos de lesión personal

Un conjunto de delitos contra bienes jurídicos personales, como la vida, la salud o la libertad también merecen una agravación en aquellos supuestos en los cuales sus autores actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Con penas de prisión que oscilan entre los 20 y 30 años se castigan a aquellos que causaren la muerte de una persona (art. 572.1.1º CP); con pena de prisión de 15 a 20 años las lesiones graves³³ (art. 572.1.2º CP); y con la pena de 10 a 15 años de prisión los que causaren cualquier otro tipo de lesión³⁴, detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a otra persona³⁵.

³³ Las descritas en los arts. 149 y 150 CP.

³⁴ Descritas como lesiones menos graves en los arts. 147 y 148, y lesiones imprudentes del art. 152.

³⁵ Las detenciones ilegales reguladas en el art. 163, las amenazas en los arts. 169 y 170, y las coacciones en el art. 172.

Todas las anteriores penas establecidas para delitos de lesión de bienes jurídicos personales serán objeto de una nueva agravación en razón de las cualificaciones que ostente el sujeto pasivo. Así, en el caso de que la víctima sea miembro del Gobierno, del Parlamento, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, o de las Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales (art. 572.2 CP).

iii/ Delitos de peligro a la seguridad pública

Asimismo, resultarán cualificados o agravados, imponiéndose penas de prisión de 6 a 10 años, aquellos delitos comunes consistentes en depósito de armas o municiones, tenencia o depósito, fabricación, tráfico o transporte y suministro de objetos explosivos, inflamables o incendiarios, asfixiantes, o sus componentes³⁶, siempre que sus autores pertenezcan a banda armada, organización o grupo terrorista (art. 573 CP).

iv/ Cualesquiera otros delitos o faltas

En este supuesto se castiga la realización de cualquier otro delito o falta de los comprendidos en el Código penal, excepto los de contenido patrimonial, siempre que concurran las notas características de pertenencia a organización terrorista y ánimo de atentar contra el orden constitucional y la paz pública. La pena será la señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior (art. 574).

v/ Delitos contra el patrimonio

Por último, también supone una cualificación todos aquellos delitos contra el patrimonio realizados con fines de recaudar medios económicos destinados a financiar la actividad terrorista. En este caso, es indiferente que el autor pertenezca o no a estas organizaciones delictivas. Lo importante es que aquél haya perpetrado un delito contra el patrimonio con el exclusivo objeto de «allegar fondos» a la organización o «favorecer sus finalidades» (art. 575 CP).

C) Delito de colaboración con banda armada

Este delito se configura de forma autónoma, castigándose con pena de prisión de 5 a 10 años al que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o finalidades perseguidas por una organización terrorista (art. 576.1. CP).

Así pues, la acción típica consiste «en llevar a cabo» la actividad de colaboración y no es preciso, como sucedía en el Código penal derogado, «obtener»

lo que se proponía el colaborador. El mero apoyo moral no es punible, sino que se requiere de una efectiva actuación sin llegar a la pertenencia en banda armada. En efecto, sujeto activo sólo puede serlo aquel que no pertenece a la organización terrorista. Pues, caso de serlo, se le castigaría por pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista en calidad de promotor, director o simple integrante (arts. 515 y 516 CP)³⁷. Este delito de colaboración es de mera actividad, constituyendo, en suma, una forma de actos preparatorios de favorecimiento. Su distinción con la participación se establece en función de la fase delictual en la que se preste la colaboración.

El tipo subjetivo exige de dolo: «tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida». No tiene ningún poder despenalizador la existencia de otros móviles —afecto, unión sentimental— que, en todo caso, deberían tratarse por la vía de las circunstancias atenuantes. Asimismo, la conducta mediadora de los familiares en los casos de secuestro con rescate sólo podría justificarse por la vía del estado de necesidad (auxilio necesario)³⁸.

Son actos de colaboración: a) la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos; b) la ocultación o traslado de personas vinculadas orgánicamente; c) organización o asistencia a prácticas de entrenamiento; d) cualquier forma equivalente de cooperación. La pena básica que se impone a los actos de colaboración terrorista es la de prisión de 5 a 10 años. Se prevé un tipo cualificado por la puesta en peligro de la vida, integridad física, libertad o patrimonio que será sancionado con pena de prisión de siete años y medio a diez años.

La Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre introduce un desafortunado tipo penal que tiene su origen en una decisión del Tribunal Supremo español de ilegalizar a un partido político vasco por sus concommitancias con el grupo terrorista de ETA. En el nuevo artículo 576 bis se castiga a la autoridad o funcionario público que allegare fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo actuaciones o conductas relacionadas con el terrorismo. De más difícil entendimiento es la extensión de tal responsabilidad a la ayuda prestada a «partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos disueltos o suspendidos». Obsérvese que no siendo ya preceptiva resolución judicial la intervención penal queda sujeta a la discrecionalidad del propio Ejecutivo ejercida a través del Ministerio Fiscal. Parecería que esta norma de dudosa constitucionalidad desconoce por completo la relación que se da en un Estado de Derecho entre los diferentes poderes, así como el criterio elemental de la generalidad de las leyes penales³⁹.

³⁷ En los dos primeros casos a penas de prisión de 8 a 14 años, y como integrante a penas de 6 a 12 años.

³⁸ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 782 y 783.

³⁹ CARBONELL MATEU y otros, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 1047.

³⁶ Regulados en los arts. 563 a 570 CP.

D) *Problemas especiales en la regulación de estos delitos*

i) Los «terroristas arrepentidos»

En la lucha contra el terrorismo y el tráfico de drogas parece que una de las mayores dificultades reside en acceder al último escalón de la pirámide organizativa, facilitando así su completa desarticulación. El origen de estas dificultades habría que situarlo en la clandestinidad de sus actuaciones y en sus sólidas vinculaciones internacionales. El legislador del anterior y vigente Código penal introduce un sistema atenuatorio (premio) para los integrantes de aquellas organizaciones que abandonen sus actividades delictuales o colaboren con la justicia. Se trataría de figuras dogmáticas intermedias entre el desistimiento y el arrepentimiento, cuyo fundamento y razón de ser es eminentemente práctico, utilitario, al que se adicionan motivaciones basadas en una «menor necesidad de la pena», tanto desde la óptica de la prevención general como especial.

El Código penal de 1995, a diferencia del anterior, regula un sistema premial menos privilegiado y de mayor dificultad de acceso. En efecto, se exige conjuntamente: a) abandonar voluntariamente las actividades delictivas; b) presentarse ante las autoridades; c) confesar los hechos en que haya participado; d) colaborar con la justicia. Para este último caso, la colaboración podrá consistir alternativamente en: a') impedir la producción de un delito; b') coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de los responsables; c') impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones terroristas o de narcotráfico a las que haya pertenecido o con ellas colaborado. A su vez, el cumplimiento de estos requisitos nunca supondrá una remisión total de la pena, sino sólo la imposición de la inferior en uno o dos grados (arts. 376 y 576 CP).

ii) La agravante de reincidencia internacional

Se contempla la posibilidad de aplicar la agravante de reincidencia (art. 22.8) a estos delitos existiendo una condena anterior y aun cuando hay sido impuesta por Tribunal extranjero (art. 580 CP). No obstante, la aplicación de este precepto debe hacerse a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 199/87, 16 de diciembre) que exige: a) la necesidad de establecer la correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes jurídicos protegidos; y b) averiguar si la sentencia se ajustó a los requerimientos garantistas procesales propios de un Estado de Derecho.

iii) La punición de los actos de participación intentada

En el art. 578 se castiga la proposición, conspiración y provocación. Dentro de la provocación debe entenderse la apología del terrorismo cuando «por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito» (art. 18.2). La Ley Orgánica 7/2000 ya mencionada, no obstante, modifica en sentido extensivo la aplicación de la apología al exigir tan sólo «el enaltecimiento

o la justificación». Así definido este acto preparatorio se plantean serias dudas acerca de su constitucionalidad⁴⁰ ya que se trata de una limitación a la libertad de expresión que va mucho más allá de lo que es lícito reprimir.

XII. DELITO DE CONTRABANDO

Este tipo de delitos queda regulado fuera del Código penal por Ley especial de represión del contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre). En el Título Primero se describe el delito base de contrabando que comprende diez supuestos: exportación e importación de géneros comunitarios o no comunitarios de lícito comercio, sin observar las debidas formalidades; exportación o importación de géneros prohibidos o que se atribuyan al Estado en régimen de monopolio; exportación, sin autorización, de obras u objetos de interés artístico o de especímenes de la fauna y flora silvestre; obtener de cualquier modo ilícito las autorizaciones pertinentes exigidas; contrabando por vía marítima; exportación de material de defensa; por último, destinar al consumo interno las mercancías que están en tránsito (art. 2 LRC). Asimismo, con independencia de su cuantía, se castigará el contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas⁴¹, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos o cualquier otro bien cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realice a través de una organización; si el objeto del contrabando se trata de labores de tabaco el valor del mismo debe ser superior a un millón de pesetas.

Los Jueces y Tribunales impondrán la pena en su grado máximo cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo (art. 3 LRC).

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 912; CARBONELL MATEU, *op. cit.*, p. 1050.

⁴¹ En este punto se suscita un grave problema concursal con los tipos penales que castigan estas actividades en el Código. Opinión dominante es considerar al artículo 368 ley especial frente a la Ley de Contrabando.

