

UNA APROXIMACIÓN A LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

Alumna: CATALINA ADROVER ROSSELLÓ

Tutora: DRA. MARÍA JOSÉ CUENCA GARCÍA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho, curso 2019 – 2020

Fecha de entrega: mayo de 2020

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación que ofrece el Código Penal español en materia de delincuencia organizada, a partir de la reforma penal propiciada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Reforma que, en relación con el mencionado fenómeno, ha sido de gran relevancia, ya que ha supuesto la inclusión de un nuevo Capítulo en el Código Penal en el que se prevé de manera autónoma el delito de organización criminal, art. 570 bis CP, y el de grupo criminal, art. 570 ter CP. Sin embargo, esta nueva regulación no se halla exenta de problemas en lo que se refiere a su delimitación respecto de figuras afines.

La problemática objeto de estudio radica, por un lado, en el mantenimiento del delito de asociación ilícita, previsto en los arts. 515 y ss. CP y, por otro lado, en la conservación de los tipos cualificados por pertenencia a organización o a grupo criminal previstos en determinados delitos de la parte especial.

En este sentido, por un lado, se analizarán las diferencias conceptuales y los distintos ámbitos de aplicación de las figuras de organización y grupo criminal, respecto de la mera codeincuencia y de la conspiración para delinquir. Y, por otro lado, se examinarán los problemas concursales que se plantean entre las mencionadas figuras delictivas y el delito de asociación ilícita y las cualificaciones específicas por integración en organización o grupo criminal. Ello, de una parte, mediante un estudio doctrinal sobre los problemas que se derivan de tal acumulación normativa y, de otra, a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia.

PALABRAS CLAVE

Organización criminal. Grupo criminal. Codeincuencia. Asociación ilícita. Tipos agravados.

ABREVIATURAS

Art. / s.	Artículo/s
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador/a
CP	Código Penal
Dir.	Director/a
DM	Decisión Marco
ed.	Edición
etc.	Etcétera
FGE	Fiscalía General del Estado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
núm.	Número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p. / pp.	Página / páginas
s.p.	Sin paginar
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STS / SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	- 4 -
2.	REGULACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL.....	- 6 -
2.1.	Conforme a la normativa internacional.....	- 6 -
2.2.	Con arreglo al Código Penal español.....	- 10 -
2.2.1.	<i>Concepto legal</i>	- 14 -
2.2.2.	<i>Notas esenciales</i>	- 16 -
2.2.3.	<i>Acciones típicas y penalidades</i>	- 27 -
2.2.4.	<i>Agravaciones específicas</i>	- 30 -
3.	COMPARATIVA DE LA «ORGANIZACIÓN DELICTIVA» SEGÚN LA DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI DEL CONSEJO DE LA UE Y LA «ORGANIZACIÓN CRIMINAL» SEGÚN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	- 33 -
4.	Distinciones y problemas concursales.....	- 38 -
4.1.	Distinción de las organizaciones y grupos criminales respecto de la codeinfluencia.....	- 38 -
4.2.	Delimitación de la conspiración respecto de las organizaciones y grupos criminales.....	- 41 -
4.3.	Contraposición de la asociación ilícita respecto de las organizaciones y grupos criminales.....	- 42 -
4.4.	Delitos que prevén una cualificación específica por pertenencia a organización o grupo criminal.....	- 47 -
4.5.	Concurso de delitos entre los delitos de organización o grupo criminal y los delitos singulares cometidos por sus miembros.....	- 59 -
5.	CONCLUSIONES.....	- 62 -
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	- 66 -

1. INTRODUCCIÓN.

A pesar de que no exista una definición auténtica y compartida entre la doctrina, la «criminalidad organizada» o la «delincuencia organizada» ha adquirido un desarrollo trasnacional y una importancia sin precedentes. En este sentido, se configura como uno de los principales retos a los que se enfrentan los países contemporáneos, puesto que estas formas de criminalidad tienen la capacidad de desestabilizar, tanto la organización política como económica de los Estados.

Ante esta situación, desde los Organismos Supranacionales, como son la Organización de las Naciones Unidas o la Unión Europea, se pone de manifiesto la insuficiencia de las legislaciones penales nacionales para hacer frente a este tipo de criminalidad y la necesidad de coordinar sus esfuerzos para combatir el fenómeno. Por esta razón, desde dichas instituciones, se crean una serie de instrumentos normativos comunes cuya finalidad sea la de combatir, de manera eficaz, la delincuencia organizada trasnacional, así como promover una aproximación de las legislaciones nacionales en esta materia.

Ahora bien, desde un punto de vista criminológico, debe ponerse de relieve la complejidad que acarrea el concepto de criminalidad organizada, puesto que dentro de este se hallan integrados múltiples fenómenos. A modo de ejemplo, se incluyen desde grandes organizaciones criminales clásicas, como serían las mafias italianas (Camorra, Cosa Nostra o Ndrangheta), las mafias rusas (Solntsevskaya Bratva o Vor v Zakone), los cárteles mexicanos (de Sinaloa) o colombianos (de Medellín); hasta pequeños grupos que difieren de las características que se acuñan a las típicas organizaciones criminales, puesto que se hallan sustentados en estructuras simples, como serían las bandas de “carteristas” o descuideros.

Consecuentemente, con el objetivo de dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español y, también, responder a las preocupaciones de política-criminal para combatir de manera eficaz las distintas formas de criminalidad organizada que se ponen de manifiesto en nuestro país, el legislador español reforma el Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Entre las novedades introducidas por la citada reforma se halla, por una parte, la creación de un nuevo Capítulo, ubicado en el Título XXII del Libro II del Código Penal, que prevé la tipificación de manera autónoma de los delitos de integración en una organización (art. 570 bis CP) y en un grupo criminal (art. 570 ter CP) y, por otra parte, la introducción de numerosos tipos cualificados por pertenencia a una asociación,

organización o grupo criminal en determinadas figuras delictivas de la parte especial del Código Penal.

La tipificación de estas figuras delictivas viene motivada porque el delito de asociación ilícita, previsto en los arts. 515 y ss. CP, no había resultado idóneo para reprimir la criminalidad organizada. Ello porque el tipo penal de asociación ilícita para delinquir era interpretado de manera estricta y se consideraba que el fenómeno aquí objeto de análisis no implicaba un ejercicio abusivo del derecho de asociación, que es el bien jurídico que se pretende proteger mediante dicho precepto penal, llevando así a su escasa aplicación por los tribunales.

En ese aspecto, la reforma del Código Penal de 2010 ha sido de gran relevancia en el ámbito de la delincuencia organizada. No obstante, ello ha suscitado múltiples problemas técnicos, por un lado, en atención a la caracterización y extensión de estas figuras delictivas y, por otro lado, por el solapamiento respecto de otras modalidades delictivas. Así, la problemática concursal que rodea los tipos penales de criminalidad organizada resulta del mantenimiento del delito de asociación ilícita y de la conservación de los múltiples tipos agravados por pertenencia a organización o a grupo criminal.

Por consiguiente, el presente trabajo tiene como objetivo exponer aquellos elementos que permitan, en lo posible, diferenciar entre sí los conceptos de organización criminal y grupo criminal, distinguir su campo de aplicación respecto de la codelincuencia y la conspiración para delinquir, y abordar los problemas concursales que surgen en relación con el delito de asociación ilícita y los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal previstos en numerosas figuras delictivas. Y ello, de una parte, mediante una revisión de las diversas líneas doctrinales existentes sobre los problemas derivados de tal acumulación normativa y, de otra, de su aplicación a la luz de las sentencias de nuestros tribunales en materia de criminalidad organizada.

2. REGULACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL.

2.1. Conforme a la normativa internacional.

Pese a la falta de consenso entre la doctrina sobre la conceptualización jurídico-penal de la «delincuencia organizada» o de la «criminalidad organizada», la prevención y el control de dicho fenómeno se ha convertido en una de las grandes preocupaciones de los Estados y los Organismos Supranacionales. De acuerdo con las definiciones proporcionadas desde la ONU y la UE, la criminalidad organizada requiere la presencia de: en primer lugar, asociaciones orientadas a la comisión de delitos graves; en segundo lugar, una estructura organizativa compleja, que normalmente abarca dos modelos y que coinciden con el jerárquico piramidal y las redes criminales de tipo horizontal; y, en tercer lugar, la búsqueda de beneficio o poder como fin¹.

En el marco de la ONU, el resultado más importante de los trabajos desarrollados en la lucha contra el crimen organizado lo constituye la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**², conocida comúnmente como Convención de Palermo, aprobada en el año 2000 y ratificada por España en 2002, por lo que se erige como derecho vigente en nuestro país³.

La Convención suscrita en Palermo marca un punto de inflexión en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, en tanto en cuanto la comunidad internacional pone de manifiesto la voluntad política de abordar esta problemática mundial; con ese fin, promueve la cooperación para prevenir y combatir de manera eficaz la delincuencia organizada y se compromete a adquirir estándares legislativos básicos en la citada materia.

Dicha Convención incorpora, en su artículo 2, una definición de «grupo delictivo organizado» y de «grupo estructurado», precisando también las características que debe reunir un delito para ser considerado como transnacional.

«Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que

¹ Vid. CUENCA GARCÍA, María José, “La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano”, *La Ley Penal*, núm. 93, 2012, p. 3.

² Vid. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

³ Vid. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, “Aspectos penales del delito de pertenencia a organización o grupo criminal”, *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, p. 2.

actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

«Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada».

Por su parte, en el contexto europeo, el Consejo de la UE adopta la **Acción Común 98/733/JAI**, de 21 de diciembre, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados Miembros de la UE⁴. En este acto jurídico se pone de relieve que, la gravedad que acarrearán determinadas formas de delincuencia organizada, requiere una mayor cooperación entre los Estados Miembros de la UE con el objetivo de adoptar un enfoque conjunto sobre la materia⁵.

Posteriormente, mediante la **Decisión 2004/579/CE del Consejo**, de 29 de abril⁶, la Comunidad se adhiere a la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ya mencionada con anterioridad⁷.

Finalmente, destacar la **Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada**⁸, que sustituye la Acción Común 98/733/JAI. La DM 2008/841/JAI pretende facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, favorecer la cooperación judicial y policial en materia penal y armonizar las legislaciones de los Estados Miembros de la UE en materia de delincuencia organizada, por lo que obliga a incorporar en los ordenamientos jurídicos

⁴ Vid. Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la UE, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/joint_action/1998/733/oj. Concretada a partir de la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 1997, sobre el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada.

⁵ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Manual Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II*, Aranzadi, 7ª ed., Navarra, 2018, p. 827.

⁶ Vid. Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2004/579/oj>.

⁷ Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 3.

⁸ Vid. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82239>

de dichos Estados el delito de participación en una organización delictiva⁹. En su artículo 1 se define lo que se entiende por «organización delictiva» y por «asociación estructurada».

1) *«organización delictiva: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».*

2) *«asociación estructurada: una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada».*

La mencionada normativa de carácter supranacional motiva importantes cambios de gran calado en el ordenamiento jurídico español, en el que la única referencia, a efectos de definición de la criminalidad organizada, era la que se hallaba en el art. 282 bis. 4 de la LECrim¹⁰, sin embargo, solo producía efectos en la aplicación de las medidas especiales

⁹ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva: crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 34, 2014, p. 514.

¹⁰ El art. 282 bis LECrim dispone que: «1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. [...] 4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

previstas en el mencionado artículo, referente al agente encubierto¹¹. Por consiguiente, todo este conjunto normativo internacional incide en la reforma del Código Penal operada en 2010 que, en el ámbito de la criminalidad organizada, tiene especial relevancia al propiciar la inclusión, por primera vez, de una definición auténtica de organización criminal y de grupo criminal.

Asimismo, las sucesivas reformas de las que ha sido objeto el ordenamiento jurídico español, han supuesto que no solo se incluya el delito de organización y grupo criminal sino que, además, en relación con determinados delitos, se prevean subtipos agravados por pertenencia a una organización, asociación o grupo delictivo que se corresponden con las exigencias derivadas de actos jurídicos adoptados en el seno de la UE¹² (por ejemplo, en el delito de trata de seres humanos¹³, en el de abusos y agresiones

h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando».

Dicho artículo se introduce en la LECrim en 1999, vinculando la noción de delincuencia organizada a una lista de infracciones penales tasadas en el mismo. En este sentido, el concepto se reconduce a la actividad de al menos tres personas asociadas con el fin de cometer, de manera permanente o repetida, una o varias de las infracciones recogidas por la lista cerrada legalmente establecida. Con lo cual, se precisan de tres elementos, uno estructural, otro temporal y otro final.

¹¹ Vid. DE LA CUESTA-ARZAMENDI, José Luis, “Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal de 2010”, *Criminalidad*, vol. 55, núm. 1, 2013, p. 83.

¹² Vid. ESCUCHURI AISA, Estrella, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código Penal español en la relación con la delincuencia organizada”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 37, 2015, p. 4.

¹³ El delito de trata de seres humanos, previsto en el art. 177 bis CP, recoge una agravación por pertenencia a una organización o asociación de más de dos personas, que se corresponde con las exigencias derivadas de la Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, actualmente substituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

sexuales a menores¹⁴, en el de descubrimiento y relevación de secretos¹⁵, etc.). Previsiones que dificultan, aún más, la aplicación de los instrumentos penales disponibles para hacer frente a la criminalidad organizada.

Los mencionados cambios legislativos se encuadran dentro del fenómeno de armonización del Derecho penal en el ámbito internacional en virtud del cual, en determinadas materias como la que aquí nos ocupa, se está produciendo una aproximación entre las legislaciones penales de los diferentes Estados de la comunidad europea¹⁶.

2.2. Con arreglo al Código Penal español.

A raíz de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español, al formar parte de la ONU y al ser un Estado Miembro de la UE, el legislador aborda la lucha contra la delincuencia organizada. Ello propicia una reforma legislativa del Código Penal, llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, que introduce en el Código Penal los

¹⁴ El art. 183 CP, relativo al delito de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis, prevé una pena agravada cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal. La introducción de dicho tipo cualificado aparecía regulada en la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, substituida por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82637>

¹⁵ La agravación prevista en el delito de descubrimiento y relevación de secretos, cuando el hecho sea cometido en el seno de una organización o grupo criminal (art. 197 quáter CP), se introduce para dar cumplimiento a la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, substituida por la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81648>

¹⁶ Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 3.

delitos de pertenencia a organización criminal¹⁷, art. 570 bis CP¹⁸, y a grupo criminal, art. 570 ter CP¹⁹.

Con la citada reforma se introducen novedades significativas en el Título XXII del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra el orden público. Una de ellas es la inclusión del **Capítulo VI**, que tiene como rúbrica «**De las organizaciones y grupos**

¹⁷ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 514.

¹⁸ El art. 570 bis CP señala que: «1. *Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

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.

2. *Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:*

a) *esté formada por un elevado número de personas.*

b) *disponga de armas o instrumentos peligrosos.*

c) *disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.*

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. *Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos».*

¹⁹ El art. 570 ter CP establece que: «1. *Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:*

a) *Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.*

b) *Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.*

c) *Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves.*

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.

2. *Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:*

a) *esté formado por un elevado número de personas.*

b) *disponga de armas o instrumentos peligrosos.*

c) *disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.*

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado».

criminales», tipificando de manera autónoma como delito diversas formas de participación e integración en organizaciones y grupos criminales²⁰.

El bien jurídico protegido por estos tipos penales se sitúa en el concepto de **orden público**, entendido como la preservación de los principios, derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española²¹. En el Preámbulo de la LO 5/2010, el legislador señala que las organizaciones y grupos criminales transgreden dicho bien jurídico, puesto que «*el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia*», y ello porque dichos entes se caracterizan cuantitativamente por multiplicar «*la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas*» y cualitativamente «*por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos [...], alterando el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado*»²².

Por esta razón, hasta la reforma de 2010, la criminalidad organizada solo podía perseguirse a través de la figura de asociación ilícita (arts. 515 y ss. CP²³), que se enmarca

²⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 20ª ed., Valencia, 2015, p. 778.

²¹ Como señala REY HUIDOBRO (“Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 4) se optó por situarlos dentro del Título XXII, relativo a los delitos contra el orden público, con el propósito de alterar lo menos posible la estructura vigente del CP.

²² Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Manual Derecho Penal Parte Especial, Tomo II*, Aranzadi, 6ª ed., Navarra, 2011, p. 673. En este mismo sentido, LÓPEZ MUÑOZ (*Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2015, p. 43) considera que la ubicación sistemática de estos tipos penales dentro del Título XXII del Libro II del Código Penal, que recoge los delitos contra el orden público, es acertada al entender que la criminalidad organizada repercute directamente contra la propia democracia, a la que es capaz de desestabilizar. Afirmación que realiza tomando como referencia el ordenamiento jurídico italiano que se caracteriza por una dilatada tradición en la lucha contra la mafia.

²³ El art. 515 CP recoge que: «*Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad».

El art. 517 CP dispone que: «*En los casos previstos en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515 (*) se impondrán las siguientes penas:*

en el ámbito de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, dicho precepto resultó ineficaz para perseguir esta clase de criminalidad, tal y como ha puesto de manifiesto su escasa aplicación por los tribunales²⁴. En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se evidencia la voluntad del legislador de diferenciar las organizaciones y los grupos criminales de las asociaciones ilícitas, al indicar que: «*el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales*», dado que «*las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad*». Por consiguiente, considera necesaria la creación de una regulación autónoma para las organizaciones y los grupos criminales²⁵.

No obstante, cabe destacar la falta de acuerdo entre la doctrina acerca de la necesidad de incorporar estas nuevas figuras delictivas. Así lo recoge ESCUCHURI AISA, al señalar que algunos sectores consideraban que podía prescindirse la introducción del delito de participación en organización o grupo criminal, pues ya existía el delito de asociación ilícita para hacer frente a la criminalidad organizada; mientras que otros entendían que el delito de asociación ilícita no era apto, en vista de que los tribunales habían limitado su aplicación²⁶.

Ahora bien, la reforma de 2010 ha supuesto un cambio importante al recoger, por primera vez, en el Código Penal una definición de lo que se entiende por organización y grupo criminal. Puesto que, hasta entonces, solo había existido una rica discusión doctrinal y jurisprudencial en relación a las características que debía reunir el concepto de organización o agrupación que se hallaba en algunos tipos penales en los que se preveía

1.º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

2.º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses».

(*) La remisión a los números 1º y 3º al 6º del art. 515 se entiende hecha a los actuales números 1º a 4º del art. 515, tras la modificación efectuada por el art. único.239 de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

²⁴ Vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, “La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuesta de reforma”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, p. 20.

²⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, 4ª ed., Barcelona, 2015, p. 430.

²⁶ ESCUCHURI AISA, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones (...)”, p. 6.

una cualificación por pertenencia a organización o asociación delictiva, término que se utilizaba pero que no se definía legalmente²⁷.

A juicio de GONZÁLEZ RUS la nueva regulación de la criminalidad organizada es una clara manifestación del “Derecho Penal del enemigo”²⁸, ya que ha supuesto pasar de una doble a una triple vía de represión. En este sentido, en primer lugar, se conserva el delito de asociación ilícita; en segundo lugar, se mantienen los tipos agravados de determinados delitos por la integración en una organización, grupo o asociación criminal, los cuales, además, han experimentado un incremento a raíz de las sucesivas reformas del Código Penal; y, en tercer lugar, se ha introducido un nuevo Capítulo en el Código Penal en el que se tipifica de manera autónoma los delitos de pertenencia a organización y a grupo criminal.

La opción por la que se ha decantado el legislador ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina, considerando que el legislador, o bien, debió eliminar el delito de asociación ilícita y reemplazarlo por un tipo penal más concreto y coherente, tomando como punto de partida otros ordenamientos jurídicos de derecho comparado; o bien, mantener el delito de asociación ilícita, pero con un nuevo concepto reformulado, más claro y preciso, para responder a la delincuencia organizada²⁹.

2.2.1. Concepto legal.

En el ámbito penal, a raíz de la reforma propiciada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se ofrece una regulación del concepto de **organización criminal** (art. 570 bis CP), definiéndose como «*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*».

Por el contrario, el **grupo criminal** (art. 570 ter CP) se conceptualiza como «*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la*

²⁷ Vid. FARALDO CABANA, Patricia, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 19, 2013, p. 16.

²⁸ GONZÁLEZ RUS, “La criminalidad organizada en el Código Penal español (...)”, p. 16.

²⁹ Vid. BRETONES ALCARAZ, Francisco Javier, “La criminalidad organizada en nuestro Código Penal: tratamiento anterior y posterior a la LO 5/2010 y LO 1/2015”, *Diario La Ley*, núm. 8613, 2015, p. 7; SUÁREZ LÓPEZ, José María, “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada”, *Anales de derecho*, núm. 30, 2012, p. 99.

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».

Posteriormente, estos preceptos son objeto de modificación de la mano de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por razones de coherencia interna derivadas de la supresión de las faltas penales que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, lo que exige adecuar un gran número de preceptos que hacían referencia a la dualidad delito o falta, simplemente eliminando la mención a las faltas.

En este marco, dado que las faltas dejan de existir, no cabe el mantenimiento de la referencia a la “perpetración reiterada de faltas” en los tipos penales. Con lo cual, la modificación de la que es objeto el art. 570 bis CP consiste en la supresión de la alusión a *«llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas»*. Congruentemente, en el art. 570 ter CP se elimina la referencia a la *«comisión concertada y reiterada de faltas»*.

Esta última reforma es criticada contundentemente por parte de la doctrina, y ello porque el cambio, en principio, suponía una reducción del ámbito de aplicación de los tipos penales si el legislador, realmente, hubiera erradicado las faltas del Código Penal. Sin embargo, lo que ha sucedido es que un elevado porcentaje de las mismas han sido desplazadas al Libro II del Código Penal, regulándolas como delitos leves³⁰. Ello ha desencadenado que aquellos ilícitos que hasta el momento requerían de una reiteración, ahora pueden acarrear las mismas consecuencias de manera inmediata, es decir, sin necesidad de que su comisión sea de manera repetida³¹.

Con lo cual, no solo no se han superado las críticas doctrinales dirigidas a la escasa entidad de las infracciones penales que podían ser objeto de enjuiciamiento a través de los tipos de organización o grupo criminal, sino que, además, como ahora se persiguen delitos leves sin necesidad de reiteración, se ha producido una aplicación del ámbito típico de estos preceptos³².

³⁰ A modo de ejemplo, el delito de denuncia falsa, previsto en el art. 456 CP, con anterioridad a la reforma de 2015 disponía que: *«Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal [...] serán sancionados: 1.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave; 2.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave; 3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta»*. Después de la citada reforma, el último inciso del precepto es objeto de modificación y su redacción actual es la que sigue *«3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara un delito leve»*.

³¹ Vid. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “Organizaciones y Grupos Criminales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2015, pp. 1347 a 1349.

³² Vid. BRETONES ALCARAZ, “La criminalidad organizada en nuestro Código (...)”, p. 13. Así, por ejemplo, la falta de hurto que preveía el art. 623.1 CP, cuando el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros, pasa a

2.2.2. Notas esenciales.

A partir de la definición que ofrece el Código Penal y de acuerdo con lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, la **organización criminal** debe reunir una serie de características esenciales. Éstas se hallan recogidas en numerosas sentencias, entre ellas, la SAN 1/2019, de 18 de febrero, que dispone que para la apreciación de una organización criminal se exige: «1) *Pluralidad subjetiva: agrupación formada por más de dos personas*; 2) *Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido*; 3) *Estructura: que de modo concertado y coordinado se repartan diversas tareas o funciones*; 4) *Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos*»³³. En este sentido:

ser un delito leve regulado en el art. 234.2 CP. En este sentido, lo que antes era castigado con pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses, ahora es castigado una pena de multa de uno a tres meses. Otro ejemplo sería la falta de lesiones anteriormente regulada en el art. 617 CP y que rezaba: «1. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses*. 2. *El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días*». Precepto que con la reforma operada en 2015 se deroga y pasa a regularse, con casi idéntica redacción, como un delito leve de lesiones dentro del art. 147.2 y 3 CP. Para el primer supuesto mencionado ahora se prevé una pena de multa de uno a tres meses y, para el segundo, una pena de multa de uno a dos meses.

³³ En similares términos, la STS 559/2018, de 15 de noviembre, señala que las notas características de la organización criminal son: «1.- *Constitución por más de dos personas*; 2.- *La estabilidad en el tiempo*; 3.- *El reparto de funciones entre los miembros*; 4.- *El fin delictivo*». Asimismo, la SAN 17/2019, de 23 de julio, argumenta que, partiendo de que el concepto de organización criminal es relativamente indeterminado, para la apreciación de una organización criminal se requiere «a) *Una pluralidad de personas (actualmente 3 o más)*; b) *Una cierta organización interna y estructura*; c) *Una distribución de cometidos o roles*; d) *Un fin al que todos coadyuvan*; e) *Una dotación de medios idóneos instrumentales aptos*; f) *Una cierta estabilidad o vocación de permanencia, aunque sea para alguna operación concreta y no se exija una estabilidad indeterminada en el tiempo*».

En esta sintonía, en la STS 337/2014, de 16 de abril, consta como hechos probados que los acusados son miembros del colectivo Trinitarios, ubicado en Barcelona, algunos de ellos en calidad de dirigentes y otros en calidad de participantes activos, y que planearon castigar a un ex miembro de la mara. Para ello prepararon una emboscada a la víctima, le golpearon en las nalgas, en la parte baja de la espalda y en las piernas hasta, al menos, hasta 90 “tablazos” de forma repetida y sistemática y, a continuación, le marcaron una “X” en la espalda, de 48 cm, con un cuchillo de cocina. Con lo cual, los hechos objeto de enjuiciamiento constituirían un delito de organización criminal (del art. 570 bis CP) y un delito de lesiones (del art. 148.1 CP). A continuación, la sentencia pasa a analizar las notas característica que sirven para delimitar la organización criminal, considerando que son las que siguen:

«a) *Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas [...]*». Este requisito se ve cumplido al considerar que es indudable la integración de los siete acusados en la banda delictiva Mara dominicana Trinitarios.

«b) *La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina y la definición y reparto de funciones entre sus miembros [...]*». Requisito que se ve satisfecho, puesto que la sentencia pone de manifiesto que dentro de la banda existe una estructura jerárquica y piramidal, con una distribución de tareas y responsabilidades, llegándose a explicar, de manera pormenorizada, la posición de cada uno de los acusados dentro de la organización y los diferentes roles asumidos.

«c) *Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio*». Requisito que se cumple, dado que es una banda constituida desde hace tiempo, en la que se celebran reuniones semanales con los miembros, los cuales ejecutan acciones concertadas y preestablecidas previamente. Asimismo, un elemento indiciario sería la existencia de

1) Debe tratarse de una **agrupación**³⁴ **formada por más de dos personas** (elemento cuantitativo) configurándose así como un delito plurisubjetivo. Ahora bien, destacar que la organización no es solo una suma de personas, sino una agrupación estructurada con unas características especiales, lo que justifica un plus de penalidad que se fundamenta en la mayor capacidad criminógena que posee³⁵. Este requisito se halla íntimamente relacionado con la fungibilidad de los miembros que la configuran.

La jurisprudencia considera que no es suficiente con que conste acreditado en hechos probados que en el hecho delictivo estén presentes un mínimo de tres personas, sino que, necesariamente, éstas deben conformar la organización³⁶. Sin embargo, no es imprescindible que exista un contacto personal entre el conjunto de integrantes, ni que todos sean partícipes de los delitos que son atribuidos a la organización³⁷.

2) Se destaca su **carácter estable o por tiempo indefinido** (elemento de durabilidad o permanencia). Es decir, la agrupación no debe ser solamente esporádica, sino que debe denotarse una duración en el tiempo y una vinculación entre los integrantes por lazos estables o permanentes. No obstante, según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la permanencia no puede entenderse solo como un criterio temporal, sino como la subsistencia de la agrupación más allá de la singularidad de sus miembros³⁸. Con lo cual, lo que realmente

antecedentes, penales y policiales, violentos de varios miembros de la banda, cuyos hechos son coincidentes, lo que sugiere que no se trata de acciones aisladas, sino ejecutadas en el seno de la organización.

«d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una “voluntad colectiva”, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar». Requisito que se ve satisfecho, ya que las actividades habituales de la banda, entre otras, son los robos violentos, el tráfico de estupefacientes y las “cacerías”, que consisten en agresiones planificada a otros grupos, como sería el presente caso, dando lugar a un delito de lesiones.

³⁴ Mientras que en la definición de organización criminal el Código Penal utiliza el sustantivo «*agrupación*», en la definición de grupo criminal se habla de «*unión*». A pesar de esta diferencia terminológica, se considera que es una característica compartida entre ambas instituciones, ya que las dos figuras exigen que el ente se halle conformado por más de dos personas.

³⁵ En este sentido, la STS 149/2017, de 9 de marzo, destaca que lo decisivo para la existencia de una organización criminal, y el consiguiente endurecimiento de la pena, es la posibilidad de desarrollar el plan delictivo concertado independientemente de las personas que, de manera individual, conforman el ente, constituyendo así una especie de “empresa criminal”.

³⁶ Así se recoge en la SAN 1/2019, de 18 de febrero, al señalar que la simple presencia de varias personas en la ejecución de unos hechos típicos, aunque exista cierta coordinación entre ellas, indica una pluralidad de autores o partícipes, pero no tiene porque suponer la perpetración de los hechos delictivos en el seno de una organización. En este sentido, destacar que la organización es algo más que la mera codelinquencia y debe reunir cada una de las características señaladas en el presente epígrafe.

³⁷ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 523 y 524.

³⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal: estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, Navarra, 1ª ed., Aranzadi, 2015, pp. 112 y 113.

visibiliza el elemento de la permanencia es la existencia de unas estructuras preparadas para delinquir, es decir, la subsistencia tanto de medios materiales como personales vinculados por nexos estables³⁹.

Ahora bien, hay que tener presente que algunos tipos agravados sancionan la participación en organizaciones transitorias, lo que exige una cierta relativización de esta característica⁴⁰. En este sentido, la estabilidad no debe interpretarse como duración indefinida, sino como capacidad de mantenerse en el tiempo mientras persista la voluntad de los asociados⁴¹.

El elemento de permanencia o estabilidad, en muchas ocasiones, ha servido para establecer la línea divisoria entre la organización y el grupo criminal. En este sentido, para apreciar la existencia de una organización debe predicarse una consistencia o permanencia en el tiempo, es decir, el acuerdo asociativo tiene que ser duradero, no puramente transitorio. En virtud de esta interpretación, si la agrupación no se reviste de cierto carácter estable será calificada como grupo. Asimismo, este elemento es uno de los requisitos centrales para distinguir la organización criminal de la mera codeincuencia⁴², al entender que la permanencia de la organización se evidencia en la perpetración de más de un delito en su seno⁴³.

Ello se ve corroborado por la STS 760/2018, de 28 de mayo, al disponer que la existencia de una organización no depende tanto del número de personas que la integran, a pesar de que ello se halle en relación, sino que lo decisivo es la posibilidad de llevar a cabo el plan criminal concertado de manera independiente a las personas que, individualmente, configuran la organización, pasando así, a ser considerada como una “empresa criminal” con sustantividad propia.

³⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal (...)”, pp. 113 y 114.

⁴⁰ En este aspecto, FARALDO CABANA (“Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 24) y REY HUIDOBRO (“Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 10) apuntan que las notas esenciales de la organización criminal, expresadas en el art. 570 bis CP, son trasladables a aquellos tipos penales que prevén una cualificación específica por pertenencia a una organización criminal. Sin embargo, en numerosos tipos agravados se alude expresamente a que la organización o asociación pueda tener, incluso, carácter transitorio. Ello implica que deba matizarse la nota de estabilidad o permanencia. Este hecho ha sido criticado por la doctrina al entender que se produce una ampliación del ámbito de aplicación de la agravante que, por un lado, tiene un cuestionable fundamento punitivo y, por otro lado, genera problemas de delimitación respecto de los casos de simple coautoría. En opinión de FARALDO CABANA (“Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, pp. 33 a 35) la referencia expresa a la «transitoriedad» en algunos tipos agravados tiene como objetivo evitar que no sean perseguibles dichas agrupaciones cuando consigue acreditarse la existencia de una organización que ha cometido un delito en cuestión, concurriendo los demás requisitos previstos legalmente, pero no consigue probarse una voluntad de permanencia en base a un plan criminal en el que se prevea la comisión de otras infracciones futuras.

⁴¹ Vid. FARALDO CABANA, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 24.

⁴² Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal (...)”, pp. 112 a 114.

⁴³ Según la jurisprudencia del TS, en virtud de una interpretación conjunta del Código Penal y de la Convención de Palermo, la codeincuencia se ha reservado para aquellos casos de uniones de solo dos personas para la comisión de uno o varios delitos o cuando la agrupación se halla integrada por más de dos personas, pero ésta

3) El **reparto de tareas ejecutivas de manera concertada y coordinada** entre sus miembros (elemento instrumental y finalístico). Es decir, es imprescindible que exista una estructura organizativa adecuada para la comisión de los objetivos pretendidos, que puede ser más o menos compleja en función del tipo de actividad que la agrupación desempeñe⁴⁴. Sin embargo, tal y como señala la STS 636/2016, de 14 de julio, no basta cualquier estructura distributiva de roles o cometidos, sino que es preciso apreciar un reparto de tareas y responsabilidades con la suficiente consistencia y rigidez que no pongan en peligro las posibilidades delictivas de la agrupación⁴⁵.

Por su parte, FARALDO CABANA señala que es requisito esencial, aunque no se incluya de manera literal en el tipo penal, la existencia de una estructura jerárquica con una división de trabajo (horizontal o vertical)⁴⁶. Considerando que dicho requisito puede verse confirmado al preverse penas distintas, por una parte, para quienes dirigen y coordinan y, por otra, para los miembros activos de la organización⁴⁷. En sentido, numerosas decisiones jurisprudenciales reafirman la necesidad de que exista una estructura coordinada más bien orientada al modelo piramidal y, por ello, proponen como requisito una estructura jerárquica⁴⁸.

se hubiera formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Con lo cual, tanto la organización como el grupo criminal están configurados para la comisión de una pluralidad de hechos delictivos, ya que si no se exige en ambas figuras de criminalidad organizada el requisito de pluralidad delictiva dejaría de existir la figura de coautoría, puesto que se habría suprimido su ámbito de aplicación. Por ello, tal y como se pronuncia la STS 526/2019, de 31 de octubre, «cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización».

⁴⁴ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 524.

⁴⁵ En este mismo sentido se pronuncia la STS 457/2019, de 8 de octubre.

⁴⁶ FARALDO CABANA, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 19. En palabras de LÓPEZ MUÑOZ (*Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, p. 92) el modelo jerárquico se caracteriza por mantener una estructura rígida, en la que el liderazgo lo ostenta, por lo general, un único sujeto a partir del que se deriva toda una relación vertical, lo que implica que debe probarse la presencia de un centro de decisiones del que emanan órdenes que son acatadas por los subordinados, es decir, que exista un sometimiento de los miembros a las decisiones de los que ostentan la jefatura.

⁴⁷ Vid. FARALDO CABANA. “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, pp. 18 y 19; GARCÍA ALBERO, Ramón, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Aranzadi, 7ª ed., Navarra, 2016, s.p.

⁴⁸ En esta dirección se pronuncia la STS 760/2018, de 28 de mayo, que para la calificación de una agrupación como organización delictiva, en virtud del art. 369 bis CP, exige que los acusados «*hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos*», que permita que los miembros de la misma sean substituidos para asegurar la subsistencia del proyecto criminal, lo que, además, dificulta la persecución de los delitos cometidos y aumenta el eventual daño causado. Por lo tanto, «*es necesario que esta pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir la droga se encuentran coordinadas entre sí, normalmente con una estructura jerárquica que determina la existencia de unos jefes, administradores o encargados, cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación ahora vigente, con distintas tareas encomendadas a cada uno de los partícipes*». Asimismo, la STS 337/2014, de 16 de abril, cuando enumera las características que debe reunir la organización, en concreto, cuando hace referencia a la

En sentido contrario, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ considera que, desde un punto de visto criminológico, ello es cuestionable dado que en la realidad el modelo jerárquico coexiste con el modelo-red⁴⁹.

En suma, la complejidad de la estructura criminal es un elemento significativo para dirimir si estamos ante una organización o un grupo criminal, pues se entiende que aquélla goza de un mayor desarrollo mientras que éste posee una menor complejidad⁵⁰. Para resolver sobre la mayor o menor complejidad, la jurisprudencia suele acudir a una serie de indicios vinculados a elementos como, por ejemplo: la cantidad de droga incautada, el número de personas intervinientes, la utilización de medios sofisticados y su mayor profesionalidad, el carácter internacional de la actividad o el carácter jerárquico de la organización. No obstante, ninguno de los requisitos es suficiente por sí solo, sino que deben aparecer interrelacionados⁵¹.

existencia de una estructura más o menos compleja, afirma que: *«deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros»*.

⁴⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal (...)”, pp. 124 y 125. En palabras de LÓPEZ MUÑOZ (*Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, pp. 100 y 101) el modelo red consiste en una organización caracterizada por su flexibilidad respecto al modelo jerárquico y que, por lo general, se crea a partir de un individuo (que supone el nexo que conecta las acciones de la red) que se rodea de otros individuos o grupos mediante acuerdos para desarrollar el plan criminal.

Así se recoge en la SAP de Barcelona 109/2016, de 15 de febrero, cuando señala que *«la organización criminal puede adoptar diferentes modelos de configuración siendo el más frecuente el piramidal o jerárquico, pero puede adoptar también otras estructuras del tipo horizontal, celular o de red»*. En este sentido, en la mencionada sentencia, pese a no constar acreditada la estructura jerárquica, la Sala considera que la agrupación debe ser calificada como organización criminal al apreciarse una clara división de tareas o roles y dos niveles de ejecución de actividades diferenciados. Añadiendo que, aunque no cuenten con medios o tecnología especialmente sofisticados, por la actividad que desarrollan (que es la de traer mujeres desde Nigeria hasta España, a veces atravesando diversos países de África), se requiere una estructura compleja de mayor envergadura que la que caracterizaría al grupo criminal, además de contar con importantes medios personales, materiales y financieros para la captación de mujeres como para el posterior traslado.

En este mismo sentido, la STS 426/2014, de 28 de mayo, destaca que la relación de jerarquía entre los miembros de la organización, aunque es significativa, no se exige expresamente en la definición legal del art. 570 bis CP. También la STS 110/2012, de 9 de febrero, considera que lo general, a la luz de la experiencia, es que exista un principio de jerarquía entre quien ostenta el papel de directivo y los demás integrantes de la organización, ahora bien, ello no impide que las organizaciones puedan adoptar una estructura de carácter más horizontal.

⁵⁰ En similares términos se pronuncia la STS 371/2014, de 7 de mayo, al disponer que la complejidad y la consistencia de la estructura organizativa son mayores en la organización criminal respecto al grupo criminal, ya que en ello radica su mayor sanción. En este sentido, la confluencia de la estabilidad temporal y la complejidad estructural, que se predica de la organización, entraña un mayor incremento en la capacidad de lesión de la conducta delictiva desarrollada, puesto que ello permite afrontar operaciones de mayor nivel como, por ejemplo, en cuanto a la cantidad de droga traficada o al ámbito territorial en el que se opera.

⁵¹ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal (...)”, pp. 124 a 125. Vid. SAP de Barcelona 109/2016, de 15 de febrero.

Como podemos comprobar, la STS 426/2014, de 28 de mayo, condena como autores responsables de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, cometido por organización a los siete acusados. Ello fundamentado en que, pese a que no resulte con claridad una relación jerárquica entre los acusados, se desprende un reparto concertado y coordinado de papeles para la ejecución de las acciones delictivas, añadiendo que se trata de una agrupación que se dedica a *«la recepción,*

4) En último lugar, debe tener como **finalidad cometer delitos**, fruto de la voluntad colectiva de la agrupación, que es superior a la voluntad individual de cada uno de sus integrantes. Ahora bien, debe destacarse el concepto en plural de delitos y ello porque ésta última nota nos permite diferenciar la organización criminal de la figura de la coautoría⁵². Asimismo, recordar que dichos entes no solo lesionan los bienes jurídicos protegidos por los delitos-fin perpetrados en su seno, sino también el orden público⁵³.

En resumen, se reserva la noción de organización criminal para *«aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, puesto que es la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al incremento en su capacidad de lesión»*⁵⁴. Con lo cual, una agrupación debe ser calificada como organización criminal cuando conste acreditado la concurrencia de una pluralidad de personas que, de manera estable, se hallen dotadas de una articulación interna en la que exista un reparto claro de tareas y dispongan de los medios adecuados para desarrollar un

almacenamiento y distribución de una importante cantidad de cocaína, pues el total de la droga intervenida asciende a unos 245 kg», así como resulta relevante capacidad operativa de la agrupación, puesto que organizan el transporte y la recepción de la cocaína desde Argentina hasta España.

Asimismo, la STS 1035/2013, de 9 de enero, advierte que para poder calificar unos hechos como organización criminal no es un requisito indispensable que *«se halle provista de medios muy sofisticados de comunicación y transporte»*, puesto que ello se halla expresamente tipificado en el subtipo agravado previsto en el art. 570 bis. 2 c) CP. *«Ahora bien, sí ha de operarse con un baremo intermedio que imponga la exigencia de unos medios de cierta entidad, aunque no fueran altamente sofisticados, con el fin de que la organización alcance una capacidad delictiva superior a la que tendría un grupo criminal o un mero supuesto de coautoría»*. Es por ello que un grupo de diez personas que tiene por objeto traficar con cocaína, a pesar de que tuvo estabilidad, acaban siendo condenados por el tipo penal de integración en grupo criminal, al considerar que no se disponía de una compleja organización ni de especiales medios técnicos para operar, sino que solo estaba dotado de una estructura más bien elemental y sin una distribución específica de funciones.

La STS 371/2014, de 7 de mayo, considera que con los datos que constan en hechos probados no puede apreciarse la existencia de una organización (en virtud del art. 369 bis CP), sin embargo, si puede tratarse de un grupo criminal, porque los medios empleados no son de especial relevancia, la conducta no presenta una altísima gravedad dado que, aunque se desarrolla a lo largo del tiempo, el ámbito territorial es limitado al barrio donde residen los acusados y las cantidades de droga a las que tienen acceso no son especialmente importantes, si se atiende a lo incautado.

⁵² Este último requisito es un elemento en común con el grupo criminal y, a su vez, es un elemento diferenciador de ambas instituciones respecto a los supuestos de coautoría. Ver lo argumentado en la nota núm. 43.

⁵³ Vid. STS 149/2017, de 9 de marzo.

⁵⁴ Vid. GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Tema 34. Las organizaciones y grupos criminales y terrorismo” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Compendio de la parte especial del derecho penal, 1ª ed.*, Navarra: Aranzadi, 2016, p. 572. Pronunciamiento que es homogéneo en las siguientes sentencias: SSTS 457/2019, de 8 de octubre; 526/2019, de 31 de octubre; 636/2016, de 14 de julio.

En este mismo sentido, la STS 77/2019, de 12 de febrero, considera que los cuatro acusados integran una organización criminal, puesto que concurren todos los elementos típicos necesarios para su calificación. Entiende que existe una pluralidad de personas, por lo menos cuatro, que se dedican, de común acuerdo, a la captación de mujeres jóvenes en Nigeria con el fin de trasladarlas a España y a otros países europeos para su posterior prostitución. Ello mediante la existencia de una estructura mantenida en el tiempo, dado que la actividad se desarrolla de manera repetida y con carácter estable durante el tiempo que dura la captación de las víctimas y su posterior sometimiento. Y, para tal fin, se distribuyen entre los distintos miembros las funciones y las tareas que se detallan, de manera pormenorizada, en la sentencia.

plan criminal que, «por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica»⁵⁵.

En contraposición, del tenor literal del art. 570 ter CP se deduce que el **grupo criminal** carece de estabilidad y/o no actúa de manera concertada y coordinada repartiendo las distintas tareas o funciones entre sus miembros⁵⁶. En este sentido, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el concepto de grupo criminal tiene carácter residual frente al de organización criminal, con el que comparte algunas características, sin embargo, se crea sobre los conceptos negativos de no concurrencia de alguna o algunas características que configuran la organización⁵⁷.

Así, el grupo es definido mediante la técnica de subsidiariedad expresa y su finalidad es anticiparse a una eventual interpretación restrictiva que los tribunales pudieran adoptar respecto del concepto de organización⁵⁸. En este aspecto, según el Tribunal Supremo, los grupos se constituyen como «formas de concentración criminal que, aunque no encajan en el arquetipo de las organizaciones criminales, sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes respecto a la delincuencia común»⁵⁹.

No obstante, según la doctrina, la tipificación del grupo criminal ha conformado un concepto mucho más amplio de criminalidad organizada que ha suscitado críticas generalizadas por no responder a la realidad criminológica de este fenómeno (ya que en la definición se prescinden de los requisitos que la caracterizan estructuralmente) y por

⁵⁵ Vid. STS 849/2013, de 12 de noviembre.

⁵⁶ Así se recoge en la SAN 17/2019, de 23 de julio, cuando señala que el tipo penal de integración en grupo criminal se configura como figura residual respecto de la organización criminal, de modo que, aunque ambos tipos penales precisen de una unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto concertado y coordinado de tareas entre sus miembros son dos elementos propios de la organización criminal. En consecuencia, mientras que la organización requiere, necesariamente, conjuntamente ambos requisitos (el de estabilidad y el reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de los dos, o cuando concurra solo uno. En este mismo sentido se pronuncia la STS 15/2018, de 16 de enero, y la STS 372/2018, de 19 de julio. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal (...)*, p. 432. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial (...)*, p. 779.

⁵⁷ Vid. STS 216/2018, de 8 de mayo. Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo III, Volumen II, Parte especial*, Madrid, 1ª ed., Iustel, 2011, p. 325.

⁵⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) - MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 9ª ed., Navarra, 2011, p. 2228.

⁵⁹ Vid. STS 216/2018, de 8 de mayo. En este mismo sentido se pronuncia VELASCO NÚÑEZ (“Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *La Ley Penal*, núm. 86, 2011, p. 4), cuando afirma que el grupo criminal se caracteriza como una organización que posee una menor integridad y cohesión y que es definido por exclusión, al no reunir las características que se enumeran para el caso de las organizaciones criminales. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal (...)*, p. 431.

generar problemas de delimitación con otras instituciones (como, por ejemplo, la codelincuencia)⁶⁰.

Para MÉNENDEZ RODRÍGUEZ el grupo criminal se definiría a partir de dos requisitos: en primer lugar, uno de carácter objetivo que se sustenta en la necesidad de que **se concierten al menos tres personas** y, en segundo lugar, uno de carácter subjetivo que se concreta en que la finalidad del acuerdo se dirija a la **comisión de más de un delito**⁶¹.

Sin embargo, es imposible conformarse con esta escueta caracterización, puesto que el grupo criminal se considera una modalidad de criminalidad organizada y, como tal, precisa la concurrencia de una serie de elementos objetivos de carácter material que permitan respaldar la existencia de una cierta estructura u organización. Con lo cual, desde la doctrina se afirma que los grupos criminales carecen de una estructura jerárquica clara y de un reparto de funciones definido, pero presentan **una cierta estructuración y una vocación de permanencia**⁶². De hecho, el Preámbulo de la LO 5/2010 propugna que las penas son más graves para las organizaciones criminales porque su estructura es más compleja que la de los grupos criminales.

A pesar de que los tribunales enfatizan en la caracterización negativa del grupo y la suficiencia de los dos requisitos mencionados inicialmente (la pluralidad de sujetos y la finalidad de perpetrar concertadamente delitos), en la praxis jurisprudencial, se recurre a las características objetivas que lo configuran como una modalidad de criminalidad organizada, al estimar cierta estabilidad o estructura⁶³.

⁶⁰ Vid. SUÁREZ LÓPEZ, “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal (...)”, p. 103; MÉNENDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 531 y 532.

⁶¹ MÉNENDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 536. En esta sintonía, la STS 950/2013, de 5 de diciembre, dispone que el grupo criminal *«solo requiere dos elementos: 1º Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas; y 2º Finalidad criminal: que tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos»*. Asimismo, la STS 289/2014, de 8 de abril, destaca que *«la pertenencia al grupo criminal exige una actuación concertada de más de dos personas, concebida para la perpetración de delitos»*.

⁶² Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual Derecho Penal Parte Especial (...)*, 2018, p. 828; MÉNENDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 536. Así se recoge en la STS 162/2015, de 11 de marzo, cuando condena a los acusados por pertenecer a un grupo criminal diseñado para la perpetración concertada de delitos de tráfico de drogas, argumentando que se trata de *«cuatro personas que de modo reiterado se dedicaban conjuntamente a la planificación, preparación y ejecución de todas las actuaciones precisas para la introducción de maletas conteniendo cocaína»*, con cierta vocación de permanencia y de modo continuado, donde *«cada uno de los acusados desempeñaba en el grupo funciones concretas y complementarias entre sí, tendentes al éxito del plan último de distribuir la cocaína en España»*, evidenciando así un mínimo de estructuración.

⁶³ Vid. MÉNENDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 536 a 538.

En primer lugar, al exigirse cierta **estabilidad o permanencia**, la jurisprudencia pretende, no solo conceptualizar el grupo como una modalidad de criminalidad organizada, sino también configurar un criterio que permita distinguirlo de la codelincuencia, puesto que tal estabilidad impediría afirmar que el grupo se ha formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito⁶⁴. En este mismo sentido apuntan ZÚÑIGA RODRÍGUEZ y FARALDO CABANA, al considerar que, si para la calificación de grupo puede obviarse el requisito de «*con carácter estable o por tiempo indefinido*», sería difícil distinguir éste de un supuesto de coautoría, quedando esta última absorbida por el grupo⁶⁵.

En consecuencia, parece más acertado interpretar que se requiere un mínimo de estabilidad o permanencia, puesto que en el propio precepto penal se hace alusión a la «*concertación*», lo que implica que debe existir algún elemento aglutinador de los miembros⁶⁶. Es dicho concierto lo que permite el desarrollo del proyecto criminal de manera independiente a los integrantes del grupo, dificultando su prevención y persecución y agravando el daño ocasionado por las infracciones pretendidas. Por ello, no podemos obviar totalmente el mencionado requisito, ya que estamos ante agrupaciones concertadas, pero que no poseen la magnitud de las organizaciones.

⁶⁴ En este sentido, la STS 15/2018, de 16 de enero, y la STS 372/2018, de 19 de julio, resaltan que cuando la agrupación se halla conformada por más de dos personas no siempre es posible apreciar la existencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador entre el grupo criminal y la codelincuencia se halla en las disposiciones internacionales, que suponen el precedente de las figuras delictivas en materia de criminalidad organizada que incluye el Código Penal y que, además, forman parte del derecho interno español desde su transposición. En concreto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la que en su art. 2 establece lo que se entenderá por grupo estructurado (equivalente a la figura de grupo criminal del Código Penal). Así las cosas, interpretando el art. 570 ter CP en relación con la norma contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría «*en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito*». El TS añade que el grupo criminal debilita el presupuesto de la estabilidad (que se exige en la organización) pasando a requerirse una relativa permanencia, que corrobore que no se trata de una formación fortuita y puntual.

⁶⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal (...)”, p. 114; FARALDO CABANA, Patricia, “Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal” en BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio (Coord.); ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 517.

⁶⁶ Como apunta la STS 30/2019, de 29 de enero, y la STS 559/2018, de 15 de noviembre, debe existir algún elemento aglutinador de todos los integrantes del grupo, ya que en el caso contrario estaríamos ante un claro ejemplo de coautoría. Ahora bien, para el caso de que no exista una clara conexión entre los integrantes del grupo criminal, ésta debe ser suplida a través de una mínima estructura entre sus integrantes.

Resaltar que, tal y como recoge la STS 289/2014, de 8 de abril, la figura de grupo criminal exige una actuación concertada de más de dos personas para la perpetración de delitos, ahora bien, «*no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuya*». Es decir, la «concertación» a la que se refiere el precepto penal no evoca la proximidad física entre aquellos que acuerdan llevar a cabo un plan criminal. En este mismo sentido, la STS 372/2018, de 19 de julio, recalca que la pluralidad subjetiva es imprescindible para determinar la existencia de un grupo criminal, no obstante, no es necesario que estén presentes todos los integrantes en la ejecución de cada uno de los episodios delictivos de su plan de actuación.

El grupo criminal se sitúa, entonces, en esa estación intermedia entre el elemento: “con cierta permanencia”, es decir, que sea una formación no fortuita u ocasional, que lo permite distinguir de la coautoría; y el elemento: “sin una vocación de estabilidad en el tiempo”, que lo distingue de la organización criminal⁶⁷. No obstante, este elemento, de estabilidad o permanencia, no es de tipo cuantitativo ni temporal, sino cualitativo y ha de tener en cuenta otras variables, por lo que es mejor definirlo como la existencia de estructuras (medios personales y materiales) estables para delinquir⁶⁸.

En segundo lugar, **la estructura y el reparto de funciones**, pese a ser un elemento que define las organizaciones criminales, también se exige en algunas resoluciones judiciales⁶⁹. Sin embargo, debemos entender que, como el grupo es una figura de carácter residual frente a la organización, éste solo precisa de una estructura básica y elemental pero no una asignación formal de funciones entre los distintos miembros⁷⁰.

Partiendo de que la legislación española considera que el grupo criminal es una modalidad de criminalidad organizada, consecuentemente, éste no puede definirse de forma exclusivamente negativa (es decir, indicando los requisitos que no hace falta que el grupo reúna) ni solamente con referencia a un elemento de carácter subjetivo (como sería el propósito de cometer varios delitos). La definición de grupo criminal que propone MÉNDEZ RODRÍGUEZ, en base a una serie de requisitos objetivos, es la que sigue:

1) Se requiere que el grupo no se haya formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, para ello se necesita que tenga una cierta permanencia.

⁶⁷ Vid. STS 8/2015, de 22 de enero, que distingue el grupo de la organización con la siguiente expresión: «*en el grupo criminal existe una intencionalidad delictiva conjunta “a corto plazo”, ya que un mínimo de estabilidad sí debe concurrir al hablar el precepto de delitos, en plural; mientras que en la organización la intencionalidad se proyecta “a largo plazo” o por tiempo indefinido*».

⁶⁸ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal (...)”, pp. 115 y 116.

⁶⁹ Como podemos comprobar, en la STS 289/2014, de 8 de abril, se condena a los acusados como autores de un delito de pertenencia a grupo criminal, de falsedad en documento mercantil y de estafa, argumentando que «*formaban un grupo organizado dedicado a la comisión de delitos de estafa mediante la falsificación de documentos mercantiles, en los que realizaban manipulaciones y alteraciones sobre los documentos originales para luego cobrarlos en distintas entidades bancarias*». Añadiendo, que «*dentro del grupo ejercían labores de dirección, dando órdenes y coordinando las distintas operaciones, los acusados, Sixto y su esposa, Florencia, quienes a su vez otorgaban a los demás distintas funciones, siendo el acusado, Juan Luis, el encargado de realizar las falsificaciones, tanto en los documentos bancarios como en los documentos de identidad utilizados para el cobro, mientras que los acusados Carlos Jesús y Mari Juana eran los cobradores de los efectos bancarios falsificados*».

⁷⁰ Vid. STS 372/2018, de 19 de julio. Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 538 y 539.

2) Que no se hayan asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, es decir, que los integrantes realicen diversas funciones sin que exista una asignación específica.

3) Que no se vislumbre una estructura desarrollada o compleja, es decir, que el grupo se revista de una estructura básica y elemental⁷¹.

A pesar de que esta definición es principalmente negativa, no es menos cierto que está estableciendo unos requisitos materiales más clarificadores para la caracterización del grupo criminal y que son compartidos por la jurisprudencia⁷².

Así, de la comparación de las notas características de la organización con las del grupo criminal se desprende que son elementos comunes la exigencia de un mínimo de tres personas y la finalidad de cometer delitos. Pese a que, del tenor literal de los artículos, no lo podría parecer, también es un elemento compartido la nota de permanencia, en el sentido de que ambas figuras tienen por objeto la comisión de delitos, en plural, más allá de una unión meramente transitoria para la comisión de una sola infracción, lo que permite distinguir las de la simple codeinencia. Ahora bien, en el grupo criminal, al ser el “hermano menor” de la organización, es suficiente que exista un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia, sin llegar a alcanzar la estabilidad que se exigiría en el caso de una organización criminal⁷³.

La diferencia más notable entre ambas instituciones radica en la mayor complejidad de la estructura organizativa que caracteriza la organización criminal⁷⁴. Así, tal y como apunta la STS 30/2019, de 29 de enero, el grupo criminal, pese no reunir las notas de complejidad estructural necesarias para configurarse como una organización, se reviste de una serie de medios y recursos que proporcionan cierta estructura interna a sus integrantes. Ahora bien, se caracteriza por ser un esquema básico, sin una gran

⁷¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 557.

⁷² Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 558.

⁷³ Vid. STS 30/2019, de 29 de enero. En este sentido, FARALDO CABANA (“Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, pp. 517 y 518) considera que no debe entenderse la permanencia de la organización como duración indefinida (aunque si incluya tal posibilidad), sino como capacidad de mantenerse en el tiempo mientras dure la voluntad de los asociados.

⁷⁴ En este sentido, VELASCO NÚÑEZ (“Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal (...)”, p. 4) considera que la estructura de ambos entes criminales responde a un esquema similar, diferenciándose por la mayor afectación al orden público y el carácter más complejo de la organización respecto al grupo criminal.

sofisticación, ni con un reparto de papeles exhaustivo, pero con la capacidad suficiente para perpetrar el plan criminal concertado.

En definitiva, la figura del grupo criminal pretende ofrecer un distinto tratamiento a aquellas asociaciones, sin vocación de permanencia ni estructura estable, por lo general, destinadas a la comisión reiterada de hurtos, robos u operaciones de tráfico de drogas de poca entidad; respecto de aquellas estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel de drogas internacional o una red transnacional dedicada a la trata de seres humanos. Y ello, bajo la consideración que estas dos clases de fenómenos no deben conllevar la misma antijuricidad, reconociendo así dos niveles de peligro para el bien jurídico protegido y favoreciendo que se respete el principio de proporcionalidad del poder punitivo⁷⁵.

2.2.3. Acciones típicas y penalidades.

En el tipo penal de **organización criminal** el legislador español ha optado por distinguir varias clases de pertenencia a la misma, al contrario de lo establecido en los instrumentos internacionales objeto de transposición. De manera que, el art. 570 bis CP diferencia dos modalidades, en función del rol asumido en la organización, sancionadas con penas diferentes; y, a su vez, estas dos formas de participación vuelven a diferenciarse en la sanción, dependiendo de si el objetivo de la organización es la perpetración de delitos graves o no⁷⁶. En consecuencia, se distinguen cuatro niveles penológicos en el tipo básico⁷⁷:

a) Para quienes *promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren* una organización criminal:

a.1) Si tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves: pena de prisión de **4 a 8 años**.

a.2) En los demás casos: pena de prisión de **3 a 6 años**.

b) Para quienes *participaren activamente* en la organización, *formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo*:

⁷⁵ Vid. STS 950/2013, de 5 de diciembre y STS 162/2015, de 11 de marzo. Ello sintoniza con la distinta gravedad de la sanción que el Código Penal prevé para cada una de estas figuras delictivas. Vid. VELASCO NÚÑEZ, “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal (...)”, p. 4.

⁷⁶ En todo caso, para determinar si los delitos perpetrados son graves o no hay que estar a lo dispuesto en los arts. 13 y 33 CP.

⁷⁷ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 543 y 544; SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal (...)*, p. 431.

b.1) Si tuviere como fin la comisión de delitos graves: pena de prisión de **2 a 5 años**.

b.2) En los demás casos: pena de prisión de **1 a 3 años**.

Dichas penas se impondrán en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

En el caso de los **grupos criminales**, la configuración del esquema de penas no atiende a la entidad de la participación dentro del colectivo, sino a la naturaleza de los delitos proyectados⁷⁸. En este sentido, las penas para quienes *constituyeren, financiaren o integraren* un grupo criminal son:

a) Si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos:

a.1) Si se tratase de uno o más delitos graves: pena de **2 a 4 años** de prisión.

a.2) Si se tratase de delitos menos graves: pena de **1 a 3 años** de prisión.

b) Si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave: pena de **3 meses a 2 años** de prisión.

c) Si se tratase de cometer uno o varios delitos menos graves que no fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos o de la perpetración reiterada de delitos leves: pena de **3 meses a 1 año** de prisión.

En conclusión, la estructura de estas figuras responde a un esquema similar, aunque las penas son más graves en el caso de las organizaciones, por el mayor nivel de amenaza que constituyen, tanto cualitativa como cuantitativa, para la seguridad y el orden público. Ahora bien, tanto en las organizaciones como en los grupos criminales se requiere un dolo referido a la realización de delitos. Es decir, se exige la voluntad y la conciencia de participar o integrarse en la actividad del ente criminal, aunque no sea necesario conocer hasta los últimos entresijos del mismo⁷⁹.

⁷⁸ Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal (...)*, p. 327. SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal (...)*, p. 432. GARCÍA ALBERO (“Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, s.p.) entiende que ello es coherente con la estructura elemental y básica que caracteriza el grupo criminal.

⁷⁹ Vid. GARCÍA RIVAS, “Tema 34. Las organizaciones y grupos criminales (...)”, p. 575. En este mismo sentido, la FGE (Circular 2/2011 de la FGE, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 10) asegura que es preciso que el sujeto activo del

Ante esta situación, es palpable la extensión que rodea los mencionados tipos penales, puesto que son perseguibles aquellos entes criminales que reúnan las características típicas, independientemente de la gravedad de las infracciones que pretendan cometer. Extensión que aumenta, aún más, si se hace hincapié en la amplitud de las conductas incriminadas en los arts. 570 bis y ter CP.

El art. 570 bis CP tipifica y reprime dos modalidades de participación, por un lado, las conductas de *promoción, constitución, coordinación o dirección* de una organización criminal y, por otro lado, *quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo*. Tal y como se observa, dentro de estas dos modalidades se incluyen conductas de distinta trascendencia y gravedad, lo que según MUÑOZ CONDE es cuestionable, al considerar que no es lo mismo promover la creación de una organización, que dirigir una ya constituida, como tampoco es igual participar activamente que formar parte de ella de manera pasiva⁸⁰.

Según la Circular 2/2011 de la FGE, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales⁸¹:

a) Deben considerarse **promotores o constituyentes** quienes ostentan responsabilidades derivadas de la fundación y puesta en funcionamiento de la organización. Con lo cual, serían aquellos que contribuyen a que nazca la misma, así como quienes determinan las actividades, finalidades y líneas esenciales de actuación y los que promocionan y realizan labores de captación⁸².

b) Son **dirigentes y directores** los que mandan y ostentan el liderazgo de la organización, es decir, aquéllos que poseen capacidad de decisión y dan ordenes o directrices que deben seguirse por los subordinados. Son **organizadores y coordinadores** quienes gestionan y regulan la actividad de los integrantes para asegurar la vida y eficacia de la organización⁸³.

tipo penal actúe a sabiendas de la ilicitud de la organización o grupo criminal y con el ánimo de contribuir con sus actos a la pervivencia o al logro de los fines del ente criminal.

⁸⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial (...)*, p. 781.

⁸¹ Vid. Circular 2/2011 de la FGE, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 8 a 10 y 13. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00002>

⁸² Vid. CUENCA GARCÍA, “La criminalidad organizada tras la reforma (...)”, p. 13.

⁸³ Vid. CUENCA GARCÍA, “La criminalidad organizada tras la reforma (...)”, pp. 13 y 14.

c) La **participación activa** es toda actuación que sea de común acuerdo con el quehacer criminal de la organización, lo que incluye cualquier intervención causal relevante en la preparación y/o ejecución de alguno de los delitos pretendidos⁸⁴.

d) Con la **cooperación económica o de cualquier otra forma** se hace referencia a aquellos actos relevantes (mediante la aportación de medios personales, materiales y/o logísticos) que favorezcan la finalidad criminal que persigue la organización.

A diferencia del precepto anterior, el art. 570 ter CP castiga las conductas de *constitución, financiación o integración*, sin embargo, no menciona a los promotores, directores, dirigentes, coordinadores ni colaboradores. Por consiguiente, dichos sujetos quedan absorbidos en la modalidad genérica de integrante, excepto el colaborador que debe quedar impune, salvo que preste una ayuda económica y, por lo tanto, pase a ser financiador⁸⁵. Así:

a) La **constitución** abarcaría cualquier acto fundacional del grupo criminal.

b) La **integración** implicaría participar activamente en el grupo, con perfecto conocimiento de sus fines, mediante una colaboración permanente, no solo esporádica. Con lo cual, serían integrantes quienes intervengan tanto en la planificación como en la ejecución de los objetivos del grupo.

c) La **financiación** se asemeja a la cooperación económica tipificada en relación con las organizaciones criminales⁸⁶.

En cualquier caso, la mera pertenencia ideológica debe quedar impune si se quiere preservar la libertad de pensamiento consagrada en el art. 16 CE. En este sentido, será el juez quien deba dirimir si estamos ante una simple concertación de voluntades, carente de lesividad material, o ante una conducta merecedora de punición⁸⁷.

2.2.4. Agravaciones específicas.

Las penas previstas en el epígrafe anterior se impondrán en su mitad superior cuando en la organización o en el grupo concurra una de las circunstancias que se enumeran

⁸⁴ Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 11.

⁸⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal (...)*, p. 432.

⁸⁶ Vid. GARCÍA RIVAS, “Tema 34. Las organizaciones y grupos criminales (...)”, p. 574.

⁸⁷ Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 12.

a continuación, en el caso de que concurran dos o más se impondrá la pena superior en grado.

a) «*esté formado/a por un elevado número de personas*»: el fundamento de dicha agravación reside en el mayor desvalor que supone una organización o grupo criminal formado por muchas personas intercambiables, lo que potencia una mayor estabilidad en el tiempo y un aumento de las posibilidades de ejecución de los delitos que conforman el plan criminal⁸⁸, aumentando así su capacidad de incidir en el quebrantamiento de la tranquilidad o paz públicas⁸⁹. Ahora bien, dicha agravación se caracteriza por un elevado grado de indeterminación que no acaba de encajar con las exigencias que el art. 25.1 CE impone a los tipos penales en base al principio de taxatividad⁹⁰. Con lo cual, será la jurisprudencia la que deberá establecer una cifra subrogándose en el papel del legislador, aunque autores como QUINTERO OLIVARES – MORALES PRATS consideran que no caben cifras fijas sino variables, en función de la gravedad de los delitos objeto de la agrupación, con lo cual, debe vincularse a la clase y naturaleza de los delitos perpetrados⁹¹.

b) «*disponga de armas o instrumentos peligrosos*»: el fundamento de dicha agravación radica en el mayor peligro que supone para la vida o integridad de las personas la disposición y el uso sistemático de armas o instrumentos peligrosos en los delitos planificados por el ente criminal y en la mayor capacidad para afectar a la tranquilidad o paz públicas⁹². Dicha agravante debe predicarse de la agrupación, no respecto de alguno de sus integrantes, lo que implica que las armas o instrumentos deben de estar a disposición de cualquier miembro, es decir, ser patrimonio del ente criminal⁹³. Que la agravación se predique respecto de la organización o del grupo es la única forma que permite paliar la aplicación de esta agravación con la eventual cualificación que pueda darse en el concreto delito ejecutado, así como con el delito de tenencia de armas, todo ello respetando el principio de *non bis in idem*⁹⁴.

⁸⁸ Vid. FARALDO CABANA, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 25.

⁸⁹ Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 14.

⁹⁰ Vid. GARCÍA ALBERO, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, s.p. En este sentido, CUENCA GARCÍA (“La criminalidad organizada tras la reforma (...)”, p. 20) pone de relieve que el Código Penal italiano en este aspecto es más taxativo, ya que establece que la modalidad agravada por el número de miembros es aplicable a partir de diez integrantes.

⁹¹ QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial (...)*, p. 2228.

⁹² Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 14.

⁹³ Vid. GARCÍA ALBERO, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, s.p.

⁹⁴ Vid. QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial (...)*, p. 2228; FARALDO CABANA, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 26.

c) «disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables»: el fundamento de la agravación radica en, por un lado, las características y, por otro lado, las finalidades que se persiguen con la posesión de tales medios. En este sentido, la aplicación de dicha agravación debe limitarse a aquellos casos en que la organización o grupo dispone de medios de comunicación o transporte que no estén al alcance de cualquier persona y que, además, refuercen notoriamente su capacidad operacional⁹⁵. Esta agravación excluye cualquier medio ordinario, a menos que haya sido especialmente adaptado para la perpetración de algún delito y ésta resulte compleja⁹⁶, con lo cual, hay que encontrar parámetros que conduzcan a una interpretación restrictiva de dicha agravación para no alterar la regla de excepcionalidad que opera entre los tipos básicos y los agravados.

En definitiva, tal y como se desprende de los dos últimos subepígrafos analizados, se trata de figuras delictivas complejas con diversos niveles penológicos sobre los cuales se pueden aplicar una o varias agravaciones. Todo ello vislumbra las dificultades que pueden presentarse ante eventuales concursos de normas o de delitos⁹⁷.

Como podemos comprobar, en la STS 371/2014, de 7 de mayo, consta como hechos probados que en el domicilio de los dos dirigentes del grupo criminal (dedicado a la venta de heroína, cocaína y hachís a los consumidores drogodependientes en la Cañada Real Galiana de Madrid) fueron decomisadas dos armas, una pistola y una escopeta. La Sala del TS considera que, en el presente caso, no procede la aplicación de la agravante de disposición de armas (art. 570 ter. 2 apartado b) CP), dado que no consigue probarse que exista un uso de las armas a favor del grupo, ni tampoco que quienes las poseían lo hicieran en beneficio o por cuenta del grupo.

En la SAN 32/2018, de 31 de octubre, consta como hechos probados que los tres acusados integraban un grupo mediante el que pretendían la defensa de sus ideales políticos frente a aquellas personas que no compartiesen su ideología, a través del empleo de la fuerza y la violencia. A ese efecto, comenzaron a proveerse de armas e instrumentos, que les permitiesen enfrentarse a sus adversarios, así como defenderse personalmente, entre ellos: navajas, cuchillos, machetes, defensas extensibles, un spray de defensa personal y una pistola de aire comprimido. El tribunal considera que, dado el elevado número de armas blancas que estaban a disposición de los acusados, debe imponerse el tipo agravado de disposición de armas o instrumentos peligrosos (art. 570 ter. 2 apartado b) CP). La justificación que ofrece el tribunal es que, dado que los acusados están integrados en un grupo criminal cuya finalidad es ejercer la violencia sobre sus adversarios políticos, la tenencia de armas cobra especial relevancia, implicando una especial peligrosidad, ya que consta que son utilizadas para la ejecución de las actividades delictivas del grupo criminal al que pertenecen.

⁹⁵ Vid. FARALDO CABANA, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 29.

⁹⁶ Vid. QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial (...)*, p. 2229.

⁹⁷ Es decir, ante eventuales concursos de normas o de delitos, no solo deberán valorarse las circunstancias que concurran en el tipo genérico de pertenencia a organización o grupo criminal, sino que también deberán ser objeto de análisis las condiciones que concurran en los delitos perpetrados por el ente criminal y en los posibles subtipos agravados por integración en una organización o grupo criminal. Por lo que, para seleccionar la sanción aplicable al caso, se debe realizar una comparación que tenga en cuenta múltiples variables lo que conlleva que los tribunales deban realizar un análisis minucioso de los hechos del caso en concreto.

3. COMPARATIVA DE LA «ORGANIZACIÓN DELICTIVA» SEGÚN LA DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI DEL CONSEJO DE LA UE Y LA «ORGANIZACIÓN CRIMINAL» SEGÚN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

Si comparamos la redacción del art. 1.1) de la DM 2008/841/JAI⁹⁸, donde se conceptualiza la **organización delictiva**, con la del art. 570 bis CP⁹⁹, donde se regula la **organización criminal**, podemos observar algunas diferencias en la tipificación de tales figuras:

1) En la transposición española, el adjetivo «estructurada» que propugnaba la DM 2008/841/JAI se ha perdido, sin embargo, se opta por añadir que la actuación sea concretada y coordinada y exista un reparto de tareas o funciones entre los miembros. No obstante, se mantiene el número mínimo de integrantes, que se concreta en más de dos.

2) El requisito temporal, que en la DM 2008/841/JAI se expresa como «*establecida durante un cierto período de tiempo*», en el Código Penal pasa a ser «*con carácter estable o por tiempo indefinido*».

3) En cuanto al objetivo criminal, la DM 2008/841/JAI puntualiza que el fin de la organización debe ser la comisión de «*delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa*», y que sea con el objetivo de «*obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*». En cambio, en la transposición española, se prescinde de cualquier referencia a la gravedad de los delitos que pretenda cometer la organización (siendo solo un criterio para la graduación de la pena) y se omite cualquier alusión a la obtención de un beneficio específico¹⁰⁰. Con lo cual, no solo incluye las organizaciones dirigidas a la comisión de delitos graves, sino también a los menos graves y a la comisión reiterada de faltas o posteriores delitos leves. Se entiende que ello es porque la lucha contra la pequeña delincuencia es una de las finalidades político-criminales de la reforma de 2010.

⁹⁸ El art. 1.1) DM 2008/841/JAI dispone que una organización delictiva es: «*una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*».

⁹⁹ El art. 570 bis CP señala que: «*[...] 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*».

¹⁰⁰ Vid. BRETONES ALCARAZ, “La criminalidad organizada en nuestro Código (...)”, p. 8.

Asimismo, a la hora de establecer las distintas penalidades, el tipo penal de pertenencia a organización criminal del Código Penal ha optado por diferenciar distintas formas de integración o participación en la organización, más allá de lo previsto en los instrumentos internacionales que traspone¹⁰¹.

Centrándonos en la legislación española, destacar que, en un primer momento, con la reforma del Código Penal de 2010, son perseguibles las organizaciones criminales que tengan como fin la comisión de delitos como la perpetración reiterada de faltas. Aspecto que es objeto de modificación con la reforma operada en 2015, ya que con esta se suprimen las faltas penales, todo ello, sobre el pretexto del principio de intervención mínima. No obstante, con esta última reforma, algunas de ellas pasan a ser tipificadas como delitos leves.

En consecuencia, debe ponerse de relieve la escasa entidad de los hechos que, en un primer momento, eran objeto de persecución, sin embargo, se requería de una reiteración para el caso de que el objetivo de la organización fuese la perpetración de faltas. Ahora bien, con la actual regulación, los mismos hechos pueden ser objeto de enjuiciamiento sin la necesidad de dicha reiteración, puesto que son tipificados como delitos leves, como ya hemos señalado anteriormente, lo que conlleva una ampliación del ámbito típico de la figura.

En este sentido, de la comparación de ambas normativas, cabe destacar que la europea regula y tipifica de manera más taxativa la participación en una organización delictiva, dado que asocia un límite mínimo al rango de pena prevista por los delitos-fin que persiga la organización para que sea aplicable este tipo penal, lo que justificaría el plus de penalidad que lleva aparejada la figura de organización delictiva.

El umbral que utiliza la DM, y que es «*delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años*», coincidiría con los delitos que el ordenamiento jurídico penal español castiga, por lo general, con una pena grave, en virtud de lo establecido en los arts. 13 y 33 CP. Con lo cual, si la normativa española siguiera lo dispuesto en la DM serían infracciones que, en nuestro ordenamiento jurídico, ostentan un elevado reproche penal, al revestir cierta gravedad. Sin embargo, el legislador opta por no incluir la barrera punitiva cuando los

¹⁰¹ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 543. Sin embargo, puede entenderse que se hace en virtud de que la DM 2008/841/JAI dispone que las obligaciones que se derivan de esta normativa deben entenderse, sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para tipificar como delito aquellos tipos de conducta que se consideren convenientes relacionados con una organización delictiva.

hechos son desarrollados en el seno de una organización, por lo que son perseguibles todas las organizaciones al margen del tipo de infracción pretendida. Según VELASCO NÚÑEZ los «compromisos políticos para reprimir los grupúsculos de profesionales dedicados a cometer reiteradamente la falta de hurto parece que llevaron al legislador a abandonar la barrera punitiva de los cuatro años, descendiendo la española hasta incluso alcanzar las faltas»¹⁰².

De todo ello se desprende que el concepto de organización criminal desarrollado en el Código Penal, a pesar de tener su origen en el art. 1.1 de la DM 2008/841/JAI, es más amplio que el acuñado en el citado texto internacional, en vista de que existen diferencias relevantes en el objetivo criminal perseguido por la agrupación¹⁰³. Así, la normativa europea compele la tipificación de aquellos entes que pretendan la comisión de delitos que revistan cierta gravedad y que busquen un beneficio económico o material, mientras que la transposición española extiende su ámbito a entes que pretenden cometer cualquier tipo de infracción y sin la necesidad de un móvil específico¹⁰⁴.

En este marco, las propuestas doctrinales generalmente apuntan a que se exija determinada gravedad de los delitos-fin que persigue la organización, como mandato del principio de proporcionalidad en la intervención penal. Por ejemplo, no es lo mismo perseguir con el mismo tipo penal, organizaciones internacionales mafiosas de tráfico de estupefacientes o de personas, que bandas cuyo fin es el robo o hurto de ganado¹⁰⁵. No obstante, según VELASCO NÚÑEZ, ampliar el objetivo de la agrupación a infracciones que no persigan lucro sería admisible, ya que existen agrupaciones delictivas que no tienen un móvil estrictamente económico (por ejemplo, hacking, distribución de pornografía infantil, etc.)¹⁰⁶.

Así las cosas, las figuras delictivas previstas en el Código Penal para hacer frente a la criminalidad organizada contienen parámetros que van más allá de lo exigido por la normativa europea, no solo en la redacción del concepto hasta aquí analizado, sino también en la obligación de tipificación de las figuras. En realidad, desde la UE, se pretendía una

¹⁰² VELASCO NÚÑEZ, “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal (...)”, p. 7.

¹⁰³ Vid. SUÁREZ LÓPEZ, “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal (...)”, pp. 102 y 103.

¹⁰⁴ Vid. FARALDO CABANA, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 18. Vid. STS 950/2013, de 5 de diciembre.

¹⁰⁵ Vid. ESCUCHURI AISA, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones (...)”, p. 9.

¹⁰⁶ VELASCO NÚÑEZ, “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal (...)”, p. 7.

armonización penal de los delitos relativos a la participación en una organización delictiva pero no respecto de la asociación estructurada, es decir, la obligación era acerca de la organización criminal pero no del grupo criminal.

Ahora bien, el legislador español opta por introducir en nuestro ordenamiento jurídico, junto al delito de organización criminal, el delito de pertenencia a grupo criminal¹⁰⁷. La justificación que ofrece es que la finalidad no es solo combatir la delincuencia organizada transnacional mediante las organizaciones criminales, sino también dar respuesta a otros fenómenos análogos, extendidos en la sociedad actual y que no reúnen los requisitos estructurales. Es decir, proporcionar una solución a la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y que comete delitos menores, es por ello que se diseña la figura del grupo criminal¹⁰⁸.

En este sentido, en España, una de las grandes preocupaciones del gobierno, a lo largo de los años, es la pequeña delincuencia patrimonial que, según las encuestas que se realizan a la población, genera una gran sensación de inseguridad en la ciudadanía y, según los medios sociales y políticos, ha ido en aumento. Ante esta situación, las sucesivas reformas del Código Penal están orientadas a proporcionar soluciones a dicho aumento de la pequeña delincuencia patrimonial. Es por ello que en 2003 se introduce la figura delictiva del hurto habitual, regulado en el párrafo 2º del art. 234 CP¹⁰⁹, y que suponía castigar con la misma pena prevista para el delito de hurto (del párrafo 1º del art. 234 CP) al que en el

¹⁰⁷ Lo que tiene su fundamento en que la DM, que propugna que las obligaciones derivadas del artículo 2, letra a) (en el que se prevé la tipificación como delito determinados tipos de conductas relacionadas con una organización delictiva), deben entenderse sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para tipificar como organizaciones delictivas a otros grupos de personas.

¹⁰⁸ Vid. ESCUCHURI AISA, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones (...)”, p. 4. Vid. STS 950/2013, de 5 de diciembre, que considera que la justificación de la inclusión del grupo criminal, al margen de la organización criminal, recae en la necesidad de responder a otros fenómenos análogos y que se hallan muy extendidos en la sociedad, tal y como se desprende del Preámbulo de la LO 5/2010. La citada sentencia considera que la tipificación del grupo criminal de manera autónoma tiene como finalidad la persecución de *«comportamientos cada vez más frecuentes que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana, al tratarse de agrupaciones criminales menores que desarrollan una modalidad de delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable. Estos grupos criminales son útiles para la comisión reiterada de pequeños hurtos, robos o estafas, y otros delitos contra la propiedad, e incluso operaciones de tráfico de drogas de entidad media»*.

¹⁰⁹ El art. 234 CP, según redacción de 2003, disponía que: *«El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de cincuenta mil pesetas.*

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

plazo de un año realizase cuatro veces la acción del art. 623.1 CP¹¹⁰, según redacción de 2003, que es donde se preveía la falta de hurto, siempre que el montante de lo hurtado en las infracciones fuese superior a 50.000 pesetas. En este mismo sentido, con la reforma penal operada en 2010 se regula otro conjunto de medidas para combatir la pequeña criminalidad patrimonial, endureciendo la respuesta punitiva. Por una parte, se mantiene el delito de hurto habitual (párrafo 2º del art. 234 CP¹¹¹), en el que se rebajan a tres el número de acciones a realizar y el montante de lo hurtado se eleva a 400 euros; y, por otra parte, se introduce la falta reiterada de hurto en el art. 623.1 CP¹¹².

En esta misma línea, el art. 570 ter. 1 c) CP, conforme a la redacción de 2010, disponía que la perpetración reiterada de faltas se castigará con la pena equivalente a la mitad inferior de tres meses a un año de prisión, no obstante, añadía que para el caso de que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de faltas de hurto (del art. 623.1 CP), se podía imponer la pena en toda su extensión.

En virtud de todo ello, parece ser que los compromisos políticos para reprimir aquellos pequeños grupos dedicados a cometer reiteradamente faltas de hurto, conocidos comúnmente como “carteristas” o descuideros, llevaron al legislador a incluir la figura del grupo criminal, de manera autónoma a la organización criminal¹¹³, y a obviar la barrera punitiva de los cuatro años para alcanzar esta clase de infracciones.

¹¹⁰ El art. 623.1 CP, según redacción de 2003, establecía que: «Serán castigados con arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses: 1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de cincuenta mil pesetas».

¹¹¹ El art. 234 CP, según redacción de 2010, señalaba que: «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

¹¹² Vid. CUENCA GARCÍA, María José, “La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales”, *Revista Penal*, núm. 29, 2012, pp. 61 y 62.

El art. 623.1 CP, según redacción de 2010, disponía que: «Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses: 1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente [...] Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas».

¹¹³ Vid. CUENCA GARCÍA, “La pequeña criminalidad insidiosa (...)”, *Revista Penal*, núm. 29, 2012, p. 65.

4. DISTINCIONES Y PROBLEMAS CONCURSALES.

La problemática concursal que rodea los delitos de organización y grupo criminal se caracteriza por su enorme complejidad, y a ella contribuyen: a) la existencia de la figura de asociación ilícita y, b) la existencia de numerosos tipos agravados por pertenencia a una asociación, organización o grupo en algunas figuras de la parte especial¹¹⁴. Asimismo, existen numerosos problemas de delimitación de los mencionados tipos penales respecto de otras instituciones, como son la codelincuencia o la conspiración para delinquir.

4.1. Distinción de las organizaciones y grupos criminales respecto de la codelincuencia.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo *«la mera pluralidad de personas, aun con cierta planificación para la comisión de un ilícito penal, no constituye ni una organización ni un grupo criminal»*¹¹⁵. En este sentido, la pertenencia a la organización o al grupo criminal debe acreditarse fehacientemente, lo que significa que debe probarse que el acusado es miembro del ente criminal, siendo insuficiente probar la mera colaboración con éste.

Es la condición de miembro la que permite deslindar la organización y el grupo criminal, respecto de la mera coparticipación. Los miembros conocen y comparten el objetivo delictual de la agrupación, así como forman parte de la estructura mediante el desempeño de alguna función o rol y contribuyen a su mantenimiento. Así, la nota que identificaría la pertenencia, y permitiría distinguirla de la codelincuencia, sería la “integración” en la organización o el grupo. Según la jurisprudencia, la integración se evidencia en la presencia de elementos jerárquicos entre los miembros en el caso de la organización, en la asunción de funciones concretas que tengan relevancia causal en el desarrollo de los hechos delictivos, en contribuciones a la agrupación mediante un papel activo, en la vocación o disponibilidad de participación en otros hechos futuros, etc., con lo cual, se compone por una circunstancia subjetiva y personal. No obstante, la integración excluye la colaboración esporádica, en consecuencia, si una persona participa en un delito

¹¹⁴ Vid. FARALDO CABANA, “Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, p. 509.

¹¹⁵ Vid. STS 636/2016, de 14 de julio. Asimismo, la mencionada sentencia añade que *«la codelincuencia viene a ser un simple consorcio ocasional para la comisión de un delito»* mientras que la organización y el grupo criminal *«constituyen un aliud en relación a la codelincuencia»*, puesto que *«no concurre una mera ocasionalidad»* sino un objetivo dirigido a la realización de una pluralidad de delitos de manera concertada.

cometido en el marco de una “empresa criminal”, ello no lo convierte en miembro de la misma¹¹⁶.

Ante esta situación se plantean dudas respecto a dónde se sitúa el límite entre los tipos penales de organización o grupo criminal y la coautoría, puesto que esta última se define como un consorcio ocasional para la comisión de un delito, es decir, un simple acuerdo. En este sentido, desde la doctrina y la jurisprudencia, se pone de relieve que la característica de las organizaciones y grupos criminales, relativa al reparto de tareas entre sus miembros, coincide con el elemento que se atribuye a la coautoría y que es: el acuerdo previo¹¹⁷.

Con lo cual, es preceptivo distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia y para ello, por lo general, se recurre a una caracterización negativa del grupo, no solamente respecto de la organización criminal sino también de la actuación meramente consorcial. Es decir, el grupo criminal sería lo que no es ni organización criminal ni coautoría.

Para efectuar esta delimitación, la jurisprudencia considera conveniente tener en cuenta lo recogido en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado, esto es, como aquel *«no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito»*. Conforme a ello, la codelincuencia se apreciaría en los casos de uniones de solo dos personas para la comisión de uno o varios delitos o cuando la agrupación se halla integrada por más de dos personas, pero ésta se hubiera formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito¹¹⁸.

De manera que, cuando se pretenda trazar la línea divisoria entre el grupo criminal y la codelincuencia, bastará acreditar la existencia de una mínima permanencia que nos lleve a entender que el concierto del grupo *«supera rotundamente la realización de un hecho delictivo concreto o determinado, recayendo en una serie indeterminada, pero*

¹¹⁶ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 525 a 527.

¹¹⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial (...)*, p. 779.

¹¹⁸ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 533 y 534. En este sentido, la STS 372/2018, de 19 de julio, considera que cuando la agrupación se halle integrada por más de dos personas no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal, el criterio que permitiría diferenciar la existencia de un grupo criminal respecto de la codelincuencia debe buscarse en las normas internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal, en concreto, la Convención de Palermo. Asimismo, la STS 950/2013, de 5 de diciembre, afirma que tanto la organización como el grupo están configurados para la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por este motivo, cuando se constituya una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, es decir, concreto, nos hallaremos ante un supuesto de codelincuencia, siendo inaplicables las figuras de participación en organización o grupo criminal. Vid. STS 526/2019, de 31 de octubre, y STS 86/2018, de 20 de diciembre.

*plural y estable, de actos»*¹¹⁹ ilegales. En cambio, cuando se trata de delimitar el grupo respecto de la organización criminal, se necesita una cierta estabilidad y/o estructura organizativa que no alcance el grado de permanencia, estructuración y división de funciones que caracteriza la organización¹²⁰.

Con lo cual, el grupo criminal debe haberse constituido “con cierta permanencia”, es decir, que sea una formación no fortuita u ocasional, que permite distinguirlo de la coautoría; “pero sin una vocación de estabilidad temporal”, que lo diferencia de la organización criminal¹²¹.

La distinción de la organización criminal respecto de la codelinquencia es más sencilla, ya que para que una agrupación pueda catalogarse como organización se exige la concurrencia de una serie de requisitos y que son: una pluralidad de personas (más de dos) con un plan criminal previamente concertado, dirigido a la perpetración de más de un delito, la predisposición de medios y recursos idóneos, la distribución de funciones o cometidos entre los sujetos que la conforman y, finalmente, una actividad persistente y duradera. Requisitos que no debe reunir la codelinquencia¹²².

Por último, poner de relieve que, tanto la organización como el grupo criminal, tienen una dimensión institucional que hace que sean algo más que la suma de sus partes, por lo que es en esta dimensión institucional donde radica su diferencia respecto a las meras agrupaciones consorciales para cometer un delito determinado¹²³. En este sentido, el

¹¹⁹ Vid. STS 559/2018, de 15 de noviembre. Asimismo, la STS 372/2018, de 19 de julio, destaca que en el grupo criminal es, precisamente, el acuerdo permanente dirigido a la comisión de distintas infracciones lo que traza la línea divisoria entre este y los supuestos de mera coautoría y que, además, «subsiste con independencia de que no todos los integrantes participen en cada uno de los episodios delictivos perpetrados».

¹²⁰ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 540 y 541.

¹²¹ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal (...)”, p. 116.

¹²² Así se recoge en la STS 950/2013, de 5 de diciembre, cuando dispone que la permanencia y la estructuración interna son los dos elementos que permiten una clara diferenciación de los supuestos de organización criminal de los supuestos de codelinquencia. En este sentido, el TS afirma que la mera codelinquencia «se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, [...] y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes». Vid. CUENCA GARCÍA, “La criminalidad organizada tras la reforma (...)”, pp. 18 y 19.

¹²³ Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 10. En ese sentido, la STS 372/2018, de 19 de julio, señala que es importante distinguir una participación plural de personas, incluida dentro del ámbito de la coautoría, de la participación de varias personas coordinadas que implican un plus de peligrosidad frente a la mera codelinquencia. Es decir, la organización criminal supone una modalidad agravada por hallarse integrada por más de dos personas y no haberse formado fortuitamente para la comisión inmediata de un solo delito, lo que merece un reproche penal mayor. En este sentido, es la estructura organizativa, de la que gozan las figuras penales de criminalidad organizada, lo que lleva aparejada una mayor peligrosidad respecto de una simple actuación individual o de una actuación conjunta de varias personas, pero no coordinadas, puesto que aquéllas ven incrementada su eficacia y las posibilidades de impedir su persecución.

criterio que permitiría delimitar el campo aplicativo de las figuras para hacer frente a la criminalidad organizada, respecto de las reglas generales de la codelincuencia, viene de la mano del bien jurídico protegido por esos delitos y que es el orden público o la seguridad. Por lo tanto, cuando la agrupación tenga una estructura idónea para afectar al orden público nos encontraremos ante a un supuesto de organización o grupo criminal, sin embargo, cuando éste no resulte afectado estaremos ante una actuación meramente consorcial¹²⁴.

4.2. Delimitación de la conspiración respecto de las organizaciones y grupos criminales.

La conspiración se define en el art. 17.1 CP, el cual dispone que ésta *«existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo»*. En este sentido, el acuerdo previo es también un elemento atribuido a la conspiración, aunque existen diferencias fundamentales entre ésta última y las organizaciones o grupos criminales.

En primer lugar, se considera que en la conspiración es suficiente que concurren dos personas, en cambio, tanto la organización como el grupo criminal, requieren la unión de más de dos personas.

En segundo lugar, en la conspiración es preciso una concreción respecto al crimen que se piensa cometer y solo se castiga en relación con determinados delitos graves en los que expresamente así se tipifica, en cambio, la pertenencia a organización o grupo criminal es punible en relación con todos los delitos¹²⁵.

En tercer lugar, y siendo la diferencia más importante, la conspiración solo se castiga si el delito en cuestión aún no ha llegado a la fase de ejecución o consumación, quedando la conspiración absorbida por la pena de la tentativa (en el caso de que se inicie la ejecución) o de la consumación (en el caso de que el delito se consuma). Por el contrario, la organización y el grupo criminal mantienen su autonomía respecto del delito que se cometa a través del ente criminal¹²⁶. En definitiva, el delito de organización o grupo

¹²⁴ Vid. CUENCA GARCÍA, “La criminalidad organizada tras la reforma (...)”, p. 19.

¹²⁵ Vid. GARCÍA RIVAS, “Tema 34. Las organizaciones y grupos criminales (...)”, p. 574.

¹²⁶ En este mismo sentido, la STS 950/2013, de 5 de diciembre, destaca que la diferencia entre el delito de organización criminal y la conspiración para delinquir radica, en primer lugar, en el régimen jurídico. Así, la conspiración queda absorbida por la comisión del delito posterior, con lo cual, no puede castigarse cumulativamente la conspiración y el delito ejecutado finalmente; por el contrario, la organización criminal constituye un delito autónomo, así que se castiga separadamente de los delitos que se cometen por los integrantes de la organización, dando lugar, o bien, a un concurso real de delitos, o bien, a la aplicación del

criminal es un delito permanente y su antijuridicidad se centra en la existencia de una estructura preparada para delinquir, no en la perpetración efectiva de los delitos concertados, dado que estos últimos se castigan de manera independiente. En consecuencia, el injusto de estas figuras de criminalidad organizada se perfecciona con la constatación de la disponibilidad de medios materiales y personales con vocación de perpetrar varios delitos¹²⁷.

Por último, cabe señalar que, las anteriores diferencias conceptuales se traducen en diferencias punitivas. En este sentido, mientras que la pena prevista para la conspiración es inferior en uno o dos grados a la del delito de referencia intentado o consumado, la prevista para la organización o grupo criminal es autónoma, aunque relacionada con la gravedad del delito que se pretenda cometer¹²⁸.

4.3. Contraposición de la asociación ilícita respecto de las organizaciones y grupos criminales.

En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se afirma que el delito de asociación ilícita (arts. 515 y ss. CP¹²⁹) no es adecuado o capaz de responder al fenómeno de la delincuencia organizada, por lo que en la reforma penal de 2010 se introducen los delitos de organización y grupo criminal, dejando subsistente el de asociación ilícita. Por otro lado, se menciona que las organizaciones y grupos criminales no son realmente asociaciones que delinquen sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de apariencia jurídica alguna. Dicha afirmación ha sido criticada por parte

subtipo agravado correspondiente. Asimismo, la conspiración supone un comportamiento aislado y acotado en el tiempo, es decir, constituye una unión de personas que se agota en la comisión de un delito, único y concreto; en cambio, la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades con un plan criminal que vaya más allá de una concreta realización futura de un ilícito determinado. Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal Parte Especial (...)*, pp. 779 y 780.

¹²⁷ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal (...)”, p. 118.

¹²⁸ Vid. CUENCA GARCÍA, “La criminalidad organizada tras la reforma (...)”, p. 18.

¹²⁹ El art. 515 CP establece que: «*Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad».

de la doctrina, al considerar que es incierta, pues no es correcto estimar que solo tengan cabida entre las asociaciones ilícitas para delinquir aquellas agrupaciones que se constituyen con cierta apariencia jurídica¹³⁰.

A lo largo de los años, los tribunales han aplicado de forma restrictiva el delito de asociación ilícita, condicionándola a la prueba de unos requisitos que no aparecen en el texto legal, pero que el Tribunal Supremo considera consustanciales a su configuración¹³¹. La jurisprudencia ha entendido que el delito de asociación ilícita debe dar cumplimiento a las siguientes exigencias: «a) *Pluralidad de personas*; b) *Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad*; c) *Consistencia y permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio*; d) *El fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos*»¹³². En este punto se cuestiona si eran suficientes estas previsiones para hacer frente a las organizaciones criminales. Así, algunos autores consideran que con la amplitud que está formulado el tipo de asociación ilícita podría absorber cualquier concepto de criminalidad organizada; sin embargo, en la praxis jurisprudencial española, la aplicación de este delito en el ámbito que nos ocupa ha sido escasa¹³³.

En esta línea, destacar que el concepto de organización criminal se caracteriza por: «a) *Pluralidad subjetiva: agrupación formada por más de dos personas*; b) *Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido*; c) *Estructura: que de modo concertado y coordinado se repartan diversas tareas o funciones*; d) *Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos*»¹³⁴. Como puede comprobarse, existe un paralelismo de los elementos que caracterizan la organización criminal en relación con los rasgos definidores acuñados por

¹³⁰ Vid. GONZÁLEZ RUS (“La criminalidad organizada en el Código Penal español (...)”), pp. 24 y 25) considera que no es adecuado afirmar que dentro de las asociaciones ilícitas solo tengan cabida agrupaciones que se han constituido con cierta apariencia jurídica, ya que el art. 515.1 CP prevé asociaciones que en el momento de su constitución ya tengan por objeto la comisión de algún delito, como las que lo adquieren con posterioridad, por lo que las primeras también serían originariamente delictivas. En este mismo sentido, cabe destacar que las definiciones y caracterizaciones efectuadas por la jurisprudencia o la doctrina sobre las asociaciones ilícitas en ningún momento prevén como requisito necesario que éstas se revistan de cierta apariencia de legalidad en el momento de su constitución.

En consecuencia, puesto que el art. 515.1 CP recoge tanto las asociaciones que desde el principio tienen un objetivo delictivo como las que lo adquieren después de su constitución, tengan o no apariencia jurídica, sería absurdo que, tras la reforma del Código Penal de 2010, una agrupación que nace para cometer delitos y que se dota de una apariencia jurídica para facilitar la comisión de ilícitos no pueda ser considerada una organización criminal (castigada con mayor pena), sino que tenga que ser calificada si o si como asociación ilícita (castigada con menor pena). Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 19.

¹³¹ Vid. CUENCA GARCÍA, “La criminalidad organizada tras la reforma (...)”, p. 8.

¹³² Vid. STS 852/2016, de 11 de noviembre.

¹³³ Vid. ESCUCHURI AISA, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones (...)”, pp. 7 y 8.

¹³⁴ Vid. SAN 1/2019, de 18 de febrero.

la jurisprudencia a la asociación ilícita para delinquir. Por lo que diferenciar en que supuestos nos hallamos ante una organización criminal y en cuales ante una asociación ilícita es una tarea compleja¹³⁵.

En este punto, el problema que surge es ¿cómo debe resolverse el conflicto de normas que puede aflorar cuando un supuesto pueda ser calificado conforme a lo previsto en el art. 515.1 CP y, simultáneamente, conforme al art. 570 bis CP? Ante tal maraña de normas aplicables, la cuestión no es, en absoluto, sencilla.

En la relación entre los delitos de asociación ilícita y de organización criminal hay que tener en cuenta que existe una cláusula concursal en el art. 570 quáter. 2 CP, que dispone que cuando las conductas previstas en los arts. 570 bis o ter CP estuvieran comprendidas en otro precepto del Código Penal será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8 CP¹³⁶, que remite al principio de alternatividad e implica que deba aplicarse aquel precepto penal que prevea una pena mayor cuando exista un concurso de normas¹³⁷.

Que la remisión se haga exclusivamente a la regla núm. 4 (principio de alternatividad) plantea la duda de si se debe entender que se descartan las demás reglas de resolución del concurso aparente de leyes que, de acuerdo con la regulación general del art. 8 CP, son de aplicación preferente al principio de alternatividad, o bien si las tres primeras reglas siguen siendo aplicables antes que éste último principio.

¹³⁵ Vid. SUÁREZ LÓPEZ, “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal (...)”, p. 105. En este mismo sentido, la SAN 32/2018, de 31 octubre, pone de relieve que el delito de pertenencia a asociación ilícita y el de pertenencia a organización criminal tienen elementos compartidos, ya que en ambas figuras debe concurrir: «una pluralidad de personas, que se conciertan para cometer delitos de una forma planificada, jerarquizada y estable».

¹³⁶ El art. 8 CP determina que: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

¹³⁷ Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal (...)*, p. 382. En este mismo sentido se pronuncia la SAN 32/2018, de 31 de octubre, al afirmar que para solucionar el concurso de normas entre el delito de asociación ilícita y el de pertenencia a organización criminal será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8 CP, por ello, el precepto penal más grave excluirá el que castigue el hecho con una pena menor. Ahora bien, recordar que el art. 8 CP en la regla 4 remite al principio de alternatividad solo cuando no se haya podido solventar el concurso de normas en aplicación de los principios de especialidad, de subsidiariedad o de consunción.

La FGE, en la Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales¹³⁸, defiende la primera postura, considerando que deberá aplicarse el tipo penal que prevea la pena más grave (es decir, el art. 570 bis CP en contraposición al art. 515.1 CP), por decisión expresa del legislador justificada en base a los principios de proporcionalidad y de congruencia de la pena. En este mismo sentido lo apuntan REY HUIDOBRO y VELASCO NÚÑEZ, al considerar que ambas figuras se solapan, por lo que el concurso que se plantea debe resolverse a través de la regla de la alternatividad¹³⁹. Asimismo, la FGE defiende que, si se aplica el criterio de especialidad, contenido en la regla núm. 1 del art. 8 CP, supondría privilegiar con una pena menor aquellas agrupaciones que se revistan de una cierta formalidad asociativa. En este sentido, sería absurdo que una agrupación de personas que se constituye para cometer delitos y que se dota de una apariencia jurídica para facilitar su comisión, sea castigada con menor pena, al no poder ser considerada organización criminal, pero sí asociación ilícita, que tiene un marco penal inferior¹⁴⁰.

En contraposición, FARALDO CABANA y GARCÍA ALBERO consideran que la remisión al art. 8.4 CP es una remisión a la totalidad del artículo y, por tanto, los tres primeros ordinales siguen siendo aplicables antes que la regla 4ª, al entender que no existe justificación para alterar los criterios de resolución del concurso aparente de normas, así como porque la propia regla 4ª dispone su aplicación, únicamente, «*en defecto de los criterios anteriores*»¹⁴¹.

En este sentido, GARCÍA ALBERO considera que las asociaciones ilícitas de los ordinales 2 a 4 del art. 515 CP deben considerarse normas especiales aplicándose con preferencia al delito de organización criminal en las siguientes hipótesis¹⁴²:

¹³⁸ Vid. Circular 2/2011 de la FGE, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 17 y 18. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00002>

¹³⁹ REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 19; VELASCO NÚÑEZ, “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal (...)”, p. 6.

¹⁴⁰ Vid. BRETONES ALCARAZ, “La criminalidad organizada en nuestro Código (...)”, p. 9.

¹⁴¹ FARALDO CABANA, “Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, pp. 514 y 515; GARCÍA ALBERO, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, s.p.

¹⁴² GARCÍA ALBERO citado en FARALDO CABANA, “Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, pp. 514 y 515. En el mismo sentido, REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, pp. 19 y 20. La FGE entiende que cuando un supuesto pueda ser calificado conforme al art. 515.1 CP y el art. 570 bis CP, existirá un concurso de normas que deberá resolverse mediante la regla 4ª del art. 8 CP. Sin embargo, en los otros tres supuestos de asociación ilícita (previstos en los apartados 2, 3 y 4 del art. 515 CP) debe entenderse que se configuran a partir de unas características diferentes respecto de la organización criminal, por lo que ante cada supuesto concreto deberán valorarse las circunstancias que concurren para determinar el tipo penal aplicable.

a) Cuando se trate de organizaciones que fomenten, promuevan o inciten al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por las razones previstas en el ordinal 4. Solo cuando, adicionalmente, la agrupación tenga por objeto principal la comisión de otros delitos prevalecerá el art. 570 bis CP porque dispone una mayor pena para el hecho cometido.

b) Aparentemente también podría predicarse la especialidad respecto de las organizaciones de carácter paramilitar del ordinal 3. Sin embargo, no tendría sentido una organización paramilitar sin el objetivo de cometer hechos constitutivos de delito, en consecuencia, este último inciso hará que prevalezca el art. 570 bis CP.

c) En las asociaciones del ordinal 2 que son las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución, existirá una relación de especialidad si el único delito cometido por la organización tiene que ver con el sometimiento de sus integrantes. En caso contrario, será de aplicación el art. 570 bis CP.

d) La relación más controvertida es la que tiene que ver con el ordinal 1, que son aquellas asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. En este caso, considera que existe un solapamiento total de las organizaciones criminales con el primer supuesto de este ordinal, por lo que sería aplicable el art. 570 bis CP, ya que no existiría una relación de especialidad¹⁴³. Por lo que se refiere a la segunda modalidad, considera que sí regiría el principio de especialidad, puesto que se dan notas específicas frente a la simple organización criminal.

Ahora bien, lo cierto es que, si casi todas las clases de asociación ilícita al final son reconducibles a la asociación para delinquir, el único criterio aplicable de los consagrados en el art. 8 CP es el de la regla 4ª, puesto que el contenido de los tipos penales de asociación ilícita y organización criminal coincidiría completamente. Así las cosas, aquellos supuestos que puedan ser calificados de acuerdo con lo previsto en el art. 515.1 CP y el art. 570 bis CP deben resolverse por el principio de alternatividad.

La STS 544/2012, de 2 de julio, pone de relieve que la inclusión en el Código Penal del delito autónomo de pertenencia a organización criminal *«ha de llevarnos a una reinterpretación de los parámetros del art. 515 CP»* que incrimina como punibles cuatro tipos de asociaciones ilícitas, *«donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es*

¹⁴³ Vid. CUENCA GARCÍA, “La criminalidad organizada tras la reforma ...”, pp. 6 y 7.

otro que la conculcación del derecho de asociación», por lo que su interpretación ha de verse reconducida a éste ámbito en concreto, lo que condicionará su posterior aplicación.

Por lo que se refiere a su distinción respecto del grupo criminal, FARALDO CABANA y GONZÁLEZ RUS, consideran que éste no entra, en ningún caso, en concurso con el delito de asociación ilícita, dado que se trata de una unión de tres o más personas que no reúne alguna o algunas de las características que conforman el concepto de asociación ilícita (estructura organizativa y permanencia)¹⁴⁴. En este mismo sentido apunta la FGE, al afirmar que el problema concursal no se planteará entre el delito de asociación ilícita y el de grupo criminal, puesto que los requisitos de los grupos criminales no alcanzan el grado de estructuración y permanencia que caracteriza las asociaciones ilícitas¹⁴⁵.

4.4. Delitos que prevén una cualificación específica por pertenencia a organización o grupo criminal.

Con anterioridad a la reforma penal de 2010, la falta de una regulación general relativa a la delincuencia organizada había llevado al legislador a introducir previsiones agravatorias específicas, solo para determinadas infracciones, cuando se probara la pertenecía o dirección de una asociación u organización criminal. Ahora bien, tras la reforma de 2010, el legislador, de una parte, prevé una regulación autónoma del delito de integración en organización o grupo criminal y, de otra, opta por aumentar el número de cualificaciones específicas por pertenencia a organización, grupo o asociación, llegando a prever, incluso, tipos híperagravados si se trata de los jefes o directores de los mencionados entes.

Los delitos que, en la actualidad, prevén una cualificación específica por integración en organización, grupo o asociación son los que siguen:

- a) Homicidio y asesinato¹⁴⁶.

¹⁴⁴ FARALDO CABANA, “Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, p. 517; GONZÁLEZ RUS, “La criminalidad organizada en el Código Penal español (...)”, p. 36.

¹⁴⁵ Vid. Circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 17; BRETONES ALCARAZ, “La criminalidad organizada en nuestro Código (...)”, p. 11.

¹⁴⁶ El art. 138 CP señala que: «1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140».

El art. 140 CP dispone que: «El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] 3.º Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal».

- b) Tráfico de órganos¹⁴⁷.
- c) Manipulación genética¹⁴⁸.
- d) Trata de seres humanos¹⁴⁹.
- e) Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años¹⁵⁰.

¹⁴⁷ El art. 156 CP recoge que: «1. Los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida [...] 6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades. [...] Cuando se tratare de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o grupos, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado».

¹⁴⁸ El art. 162 CP establece que: «En los delitos contemplados en este título [Delitos relativos a la manipulación genética], la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades». Destacar que, en el delito de manipulación genética, en el de alteración de los precios en concursos y subastas públicas y en el de falsificación de moneda y efectos timbrados, no se sigue el esquema básico de tipificación de participación en organización, grupo o asociación criminal, sino que en estos se prevé que la autoridad judicial pueda imponer alguna de las consecuencias previstas en el art. 129 CP cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de las actividades delictivas penadas en el tipo concreto. Las consecuencias accesorias que pueden adoptarse son: La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años; La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años; La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años; Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años; La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años; La prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita, entre otras, medidas.

¹⁴⁹ El art. 177 bis CP destaca que: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades [...] 6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. [...] Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado».

¹⁵⁰ El art. 183 CP estipula que: «1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2. 4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades».

- f) Prostitución¹⁵¹.
- g) Prostitución y corrupción de menores¹⁵².
- h) Descubrimiento y revelación de secretos¹⁵³
- i) Delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico¹⁵⁴.
- j) Alteración de precios en concursos y subastas públicas¹⁵⁵.

¹⁵¹ El art. 187 CP determina que: «1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona [...]. 2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades».

¹⁵² El art. 188 CP recoge que: «1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos. 3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

El art. 189 CP indica que: «1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas. b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. [...] 2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: [...] f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

¹⁵³ El art. 197 quáter CP precisa que: «Si los hechos descritos en este Capítulo [Del descubrimiento y revelación de secretos] se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado».

¹⁵⁴ El art. 235 CP expone que: «1. El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: [...] 9.º Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza».

El art. 240 CP señala que: «1. El culpable de robo con fuerza en las cosas [...] 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235».

¹⁵⁵ El art. 262 CP dispone que: «1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. 2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

- k) Daños informáticos¹⁵⁶.
- l) Delitos relativos a la propiedad intelectual¹⁵⁷.
- m) Delitos relativos a la propiedad industrial¹⁵⁸.
- n) Corrupción en los negocios¹⁵⁹.
- o) Blanqueo de capitales¹⁶⁰.
- p) Financiación ilegal de partidos¹⁶¹.
- q) Defraudación a la Hacienda Pública¹⁶².
- r) Defraudación a la Seguridad Social¹⁶³.

¹⁵⁶ El art. 264 CP recoge que: «1. El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrarse, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años. 2. Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal».

¹⁵⁷ El art. 271 CP regula que: «Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: [...] c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual».

¹⁵⁸ El art. 276 CP establece que: «Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial».

¹⁵⁹ El art. 286 quáter CP destaca que: «Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección [Delitos de corrupción en los negocios] resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando: c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal».

¹⁶⁰ El art. 302 CP estipula que: «1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones».

¹⁶¹ El art. 304 ter CP determina que: «1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones».

¹⁶² El art. 305 bis CP recoge que: «1. El delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: [...] b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal».

¹⁶³ El art. 307 bis CP indica que: «1. El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando en la comisión del delito concurriera alguna de las siguientes circunstancias: [...] b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal».

- s) Delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros¹⁶⁴.
- t) Falsificación de productos médicos y delitos relacionados¹⁶⁵.
- u) Trafico de drogas y precursores¹⁶⁶.
- v) Falsificación de moneda y efectos timbrados¹⁶⁷.
- w) Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje¹⁶⁸.

¹⁶⁴ El art. 318 bis CP precisa que: «1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. [...] 3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado».

¹⁶⁵ El art. 362 quáter CP expone que: «Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos 361, 362, 362 bis o 362 ter, cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: [...] 3.ª Que el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos».

¹⁶⁶ El art. 369 CP señala que: «1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias: [...] 2.ª El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito».

El art. 369 bis CP dispone que: «Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos. A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero».

El art. 370 CP recoge que: «Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando: [...] 2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369».

El art. 270 CP regula que: «1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio [...] 2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior 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».

¹⁶⁷ El art. 386 CP establece que: «1. Será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda: 1.º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa; 2.º El que exporte moneda falsa o alterada o la importe a España o a cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea; 3.º El que transporte, expendo o distribuya moneda falsa o alterada con conocimiento de su falsedad. [...] 4. 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 imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código».

¹⁶⁸ El art. 399 bis CP destaca que: «1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades».

x) Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos¹⁶⁹.

Como acabamos de señalar, las cualificaciones específicas por pertenencia a organización, grupo o asociación criminal se han previsto en numerosos delitos, sobre todo económicos, considerados, desde un punto de vista criminológico, propios de la delincuencia organizada. Sin embargo, otras figuras tradicionalmente relacionadas con la criminalidad organizada no prevén cualificaciones específicas, a pesar de la ampliación del catálogo derivada de las sucesivas reformas del Código Penal, como sería el caso del delito de secuestro de personas (arts. 164 a 166 CP), los delitos de tráfico de especies de flora y fauna amenazada (arts. 332 y 334 CP) y los delitos de tráfico de material nuclear y radioactivo (art. 345 CP).

A partir del análisis de los subtipos agravados mencionados se pone de manifiesto la ausencia de criterio político-criminal, esencial para fundamentar la mayor punición de la criminalidad organizada en relación con la delincuencia común, dado que:

En primer lugar, es difícil determinar la lógica a la que obedece la selección de los delitos y, asimismo, es criticable que no se haya utilizado una terminología uniforme con la empleada en la regulación de la criminalidad organizada de los arts. 570 bis y ter CP. En este sentido, en algunas figuras delictivas aparece la pertenencia a grupo u organización criminal; en otras, pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio; en otras, cometer el delito en el seno de una organización o grupo; en otras, ser miembro de una organización o grupo criminal, etc.

En este punto, mencionar que, algunas de las características de las organizaciones criminales son trasladables a los tipos agravados, en concreto, aquellas relacionadas con la

¹⁶⁹ El art. 566 CP estipula que: «1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados: 1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo, con la pena de prisión de cinco a diez años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación. 2.º Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación. 3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo».

El art. 568 CP determina que: «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 o la autoridad competente, serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años, si se trata de sus promotores y organizadores, y con la pena de prisión de tres a cinco años para los que hayan cooperado a su formación».

El art. 569 CP recoge que: «Los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo, determinarán la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución».

estructura, las relaciones de coordinación y subordinación entre los integrantes, el reparto de roles y tareas, etc. Sin embargo, hay que matizar la nota de estabilidad o permanencia, pues muchos tipos agravados prevén que la organización o asociación pueda tener carácter transitorio. Este hecho ha sido criticado por la doctrina al considerar que se produce una ampliación del ámbito de aplicación de la agravante, que tiene un fundamento punitivo, por lo menos, cuestionable y que genera problemas para delimitarlo respecto de los casos de coautoría¹⁷⁰. En opinión de FARALDO CABANA, la mención expresa a la «transitoriedad» pretende impedir que no sean perseguibles aquellas agrupaciones en las que se consigue probar la existencia de una organización que ha cometido una infracción concreta, pero no una voluntad de permanencia en base a un plan criminal que prevea la comisión de otros delitos futuros¹⁷¹.

En segundo lugar, hallar un sentido a los criterios penológicos utilizados es una tarea difícil. Y ello, porque en algunos tipos se toma en consideración el grado de participación en la organización o grupo, individualizando la responsabilidad, mientras que, en otros casos, es irrelevante el papel concreto que se lleva a cabo dentro del ente. Asimismo, es destacable la distinta agravación de la pena prevista, ya que en algunas ocasiones se prevé la pena superior en grado y, en otras, la mitad superior de la pena, lo que da lugar a incongruencias punitivas.

En tercer y último lugar, es difícil determinar cual es el criterio seguido por el legislador a la hora de mantener los subtipos agravados por pertenencia a organización, grupo o asociación, cuando a partir del 2010 se prevé una regulación general de las figuras delictivas de organización y grupo criminal. En este sentido, la técnica legislativa utilizada plantea numerosos problemas concursales entre los tipos agravados por pertenencia y los propios delitos de organización y grupo criminal, que se han pretendido resolver mediante la cláusula concursal del art. 570 quáter. 2 CP¹⁷².

En el caso de no existir estos tipos agravados la solución sería un concurso de delitos entre el art. 570 bis o ter CP y los delitos perpetrados por el ente criminal. Ahora bien, con la actual regulación, es inadmisibles el concurso de delitos entre el tipo cualificado por pertenencia y los delitos de los arts. 570 bis o ter CP, puesto que el dato de pertenencia

¹⁷⁰ Vid. FARALDO CABANA, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 33; REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 10.

¹⁷¹ FARALDO CABANA, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas (...)”, p. 34.

¹⁷² Vid. ESCUCHURI AISA, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones (...)”, pp. 16 y 17.

a una organización o grupo sería considerado doblemente sin existir diferente fundamento, vulnerándose, por consiguiente, el principio *non bis in idem*¹⁷³.

Así las cosas, debemos diferenciar varios supuestos:

a) **Cuando el subtipo agravado solo comprende la pertenencia a organización criminal** (y no a grupo criminal)¹⁷⁴. En este caso, cuando el sujeto activo del delito perpetrado pertenezca a un grupo criminal no se plantea un conflicto de normas, sino un concurso real de delitos entre el tipo básico del delito cometido y el de integración en grupo criminal del art. 570 ter CP¹⁷⁵. En cambio, si el sujeto activo del delito perpetrado pertenece a una organización criminal estaríamos ante un concurso de normas entre el precepto que prevé la cualificación específica por pertenencia a organización y el delito de organización del art. 570 bis CP¹⁷⁶.

b) **Cuando el subtipo agravado incluya la pertenencia a organización o a grupo criminal**. En este caso, estamos ante un concurso de normas entre el subtipo cualificado y

¹⁷³ QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (...)*, p. 2233. En este sentido, la STS 457/2019, de 8 de octubre, afirma que la doctrina jurisprudencial proclama la «existencia de un concurso de normas entre la subsunción de los hechos en un delito contra la salud pública perpetrado por una organización delictiva de una parte (art. 369 bis CP) y, de otra parte, su calificación como un concurso formado por un delito contra la salud pública (sin esa agravación específica) y el delito de pertenencia a organización criminal (del art. 570 bis)». Añadiendo que «no puede apreciarse la concurrencia de un delito del art. 369 bis, y además imponerse la pena por el delito de pertenencia a una organización criminal del art. 570 bis, por tratarse de un supuesto de *bis in idem* en el que las razones de punición de la organización criminal son coincidentes con las de la agravación por aprovechamiento de la organización delictiva del art. 369 bis».

¹⁷⁴ Señalar que la mayoría de los tipos agravados comprenden la pertenencia o dirección de una organización o asociación, no de un grupo criminal. Se alude expresamente a los grupos criminales, únicamente, en el art. 138.2.a) CP (homicidio), en el art. 140.1.3ª CP (asesinato), en el art. 156 bis.6 CP (tráfico de órganos), en el art. 183.4.f) CP (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis), en el art. 187.2.b) CP (prostitución), en el art. 197 quáter CP (descubrimiento y revelación de secretos), en el art. 235.1.9º CP (hurto), en el art. 240.2 CP (robo con fuerza), en el art. 286 quáter CP (corrupción en los negocios), en el art. 305.1.b) CP (defraudación de la Hacienda Pública), en el art. 307.1.b) CP (defraudación de la Seguridad Social) y en el art. 362 quáter CP (falsificación de productos médicos y relacionados).

¹⁷⁵ Ello es lo que sucede en numerosos casos de tráfico de drogas, dado que la agravación prevista en el art. 369 bis CP es objeto de aplicación, exclusivamente, cuando quienes ejecutan las conductas descritas pertenecen a una organización delictiva. En este sentido, en los casos en que solo se constata la existencia de un grupo criminal, y no de una organización criminal, los hechos no son subsumibles en el subtipo agravado del art. 369 bis CP ya que no comprende a quienes simplemente formen parte de un grupo criminal. De este modo, es de aplicación un concurso de delitos entre los tipos básicos de tráfico de drogas (arts. 368 o 369 CP) y el delito de pertenencia a grupo criminal (art. 570 ter CP). Vid. SSTS 457/2019, de 8 octubre; 132/2019, de 12 marzo; 760/2018, de 28 de mayo.

¹⁷⁶ Un ejemplo de ello sería el subtipo agravado por integración en una organización previsto en el art. 369 bis CP, relativo al tráfico de drogas, el cual suscita complejos problemas concursales con la regulación de las organizaciones criminales del art. 570 bis CP. Según la STS 132/2019, de 12 de marzo, el posible concurso de normas entre, por una parte, el subtipo agravado de organización (art. 369 bis) y, por otra, el concurso real del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369 CP) con el de organización criminal (art. 570 bis CP), con sus respectivas agravaciones específicas, debe dirimirse aplicando el supuesto que tenga asociada una mayor pena, en base a lo dispuesto en el art. 570 quáter. 2 CP.

los delitos de los art. 570 bis o ter CP. Ahora bien, el problema es determinar con que criterio debe resolverse este concurso de normas.

En este punto, según la doctrina y la jurisprudencia, debemos recurrir al art. 570 quáter. 2 CP que dispone que «*cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8*». Ante esta previsión, la doctrina mantiene dos posturas diferenciadas, una parte se decanta por considerar que la regla a seguir es la de la alternatividad, mientras que la otra parte considera aplicables, con preferencia, las otras reglas contenidas en el art. 8 CP, entre ellas, el principio de especialidad.

Así, según MUÑOZ CONDE la relación existente entre los delitos que prevén un subtipo agravado por pertenencia y los propios delitos de organización o grupo criminal, es de un concurso de leyes que debe resolverse por la regla de la alternatividad¹⁷⁷. En este mismo sentido, la Circular 2/2011 de la FGE, relativa a la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales¹⁷⁸, considera que la regla 4 del art. 8 CP, pese a tener carácter subsidiario respecto del resto de criterios establecidos, su aplicación directa ha de prevalecer por decisión expresa del legislador, lo que está justificado desde el punto de vista que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave, enviándose así sanciones atenuadas, un tanto incongruentes.

En consecuencia, se opta por aplicar, conforme al principio de alternatividad, un concurso de delitos entre los arts. 570 bis o ter CP y el tipo básico de los delitos cometidos, prescindiendo del tipo agravado por integración en organización o grupo criminal, siempre que la pena que resulte de aplicar este concurso de delitos sea superior a la que prevé el tipo agravado. Así se recoge en la SAP de Barcelona 109/2016, de 15 de febrero, que condena a los acusados por el tipo básico de los siguientes delitos: trata de seres humanos con fines de explotación sexual, determinación a la prostitución y explotación de la misma, falsedad en documento oficial y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en concurso real con el delito de integración en organización criminal, y ello pese a que los mencionados delitos contengan una agravante específica por pertenencia a organización, puesto que esa es la alternativa que otorga mayor penalidad a los hechos.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial (...)*, p. 784.

¹⁷⁸ Vid. Circular 2/2011 de la FGE, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 20. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00002>

En contra de la aplicación del criterio de alternatividad y partidarios de la aplicación del de especialidad, destacamos a GONZÁLEZ RUS y FARALDO CABANA, quienes consideran que la remisión al art. 8 CP es a su totalidad. En este sentido, entienden que los tipos cualificados resultan ley especial respecto del régimen general de la criminalidad organizada¹⁷⁹. Ahora bien, dicha solución, a favor de los tipos agravados, no está exenta de problemas, ya que supone que en algunos casos la pena que corresponde imponer es inferior a la que resultaría de aplicar un concurso real de delitos entre el tipo básico del delito cometido y los delitos de organización o grupo criminal¹⁸⁰. Sin embargo, FARALDO CABANA y GARCÍA ALBERO añaden que «los pequeños desajustes penológicos han de ser asumidos como consecuencia de la desidia del legislador», con lo cual, el concurso de leyes debe resolverse, por aplicación del principio de especialidad, a favor del tipo agravado del delito de que se trate¹⁸¹.

Así las cosas, la jurisprudencia, de forma mayoritaria, aplica el principio de alternatividad, tal y como se observa en la STS 132/2019, de 12 de marzo, que afirma que el eventual concurso de normas, entre el subtipo cualificado por pertenencia y el concurso real del delito básico pretendido con el de organización criminal, debe dirimirse a favor de aquel supuesto que tenga asignada una mayor pena¹⁸². Sin embargo, algún sector de la doctrina pone de relieve que, en alguna ocasión, los tribunales han resuelto de acuerdo con

¹⁷⁹ GONZÁLEZ RUS (“La criminalidad organizada en el Código Penal español (...)”, p. 37), además, añade que los subtipos agravados serán aplicables independientemente de que la pena sea mayor o menor a la que correspondería en el caso de un concurso de delitos entre el tipo básico del delito perpetrado por el ente criminal y el delito de organización o grupo criminal. FARALDO CABANA (“Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, pp. 531 y 536), considera que el elemento que distingue los delitos de organización o grupo criminal de los tipos agravados por pertenencia a organización o grupo criminal es que, mientras que los primeros sancionan sin que, necesariamente, se haya cometido alguno de los delitos del plan delictivo del ente criminal, los segundos castigan la pertenencia y su posterior comisión de los delitos tipificados en el artículo en cuestión.

¹⁸⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (...)*, p. 2233.

¹⁸¹ FARALDO CABANA, “Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, pp. 531 y 538; GARCÍA ALBERO citado en BRETONES ALCARAZ, “La criminalidad organizada en nuestro Código (...)”, s.p.

¹⁸² En este mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana 35/2017, de 4 de octubre, afirma que no se puede emplear la condición de los acusados como miembros de una organización o grupo criminal, para condenarlos en virtud del art. 570 bis o ter CP y por el tipo agravado del art. 235 CP (hurto), puesto que afectaría al principio de *non bis in idem*. Añadiendo que, al estar ante un concurso de normas, el propio CP ofrece una solución expresa en el art. 570 quáter. 2 CP, lo que lleva a aplicar aquellos preceptos que prevean una mayor pena, es decir, que posean un mayor rango punitivo. En el caso objeto de enjuiciamiento, las dos opciones a valorar son: aplicar la modalidad agravada para penar los delitos de hurto cometidos por los miembros de un grupo u organización (art. 235 CP) o bien castigar a los acusados por la modalidad básica del delito de hurto en concurso con el delito de organización o grupo criminal de los arts. 570 bis o ter CP. La sala opta por la primera opción, puesto que esta determina una consecuencia punitiva más grave. Vid. SAN 17/2016, de 11 de mayo; SAN 32/2018, de 31 de octubre, y SSTS 149/2017, de 9 de marzo; 1035/2013, de 9 de enero; 457/2019, de 8 de octubre.

el criterio de la especialidad¹⁸³. Ahora bien, como señala ESCUCHURI AISA, no es lógico que los tribunales señalen la aplicación del principio de especialidad y, al mismo tiempo, dejen abierta la posible aplicación de otros principios en función de la singularidad del caso¹⁸⁴.

La doctrina, por tanto, ha cuestionado el deficiente criterio seguido por el legislador en la remisión al principio de alternatividad para resolver estos concursos. Ahora bien, lo más probable es que el legislador se haya decantado por tal solución al entender que la existencia de estas disposiciones, con un fundamento y tipificación similar, dificulta la posibilidad de optar por uno u otro tipo penal en aplicación de las tres primeras reglas contenidas en el art. 8 CP, siendo más sencillo resolver atendiendo al criterio de alternatividad¹⁸⁵.

En definitiva, el problema subyacente en la aplicación de dicho principio es que se trata de tipos amplios que contienen distintos subtipos en atención a diversas circunstancias, por lo que la solución del caso va a depender de las condiciones que concurran en los delitos objeto de enjuiciamiento¹⁸⁶. En este aspecto, MÉNDEZ RODRÍGUEZ utiliza un ejemplo clarificador: cuando nos encontramos ante un delito de tráfico de drogas perpetrado a través de una organización criminal¹⁸⁷. En este caso, para determinar el supuesto que disponga de una mayor pena, debe valorarse, por un lado, el delito de tráfico de drogas realizado por integrantes de una organización criminal (art. 369 bis CP) y, por otro lado, el resultado del concurso de delitos entre el tipo básico de tráfico de drogas (art. 368 CP) y el de pertenencia a una organización criminal (art. 570 bis CP).

Así, el primer problema con el que nos encontramos es que los delitos de tráfico de drogas son tipos complejos que, a su vez, contienen distintos subtipos agravados, por lo

¹⁸³ La STS 195/2014, de 3 de marzo, considera que la relación entre el delito de pertenencia a una organización criminal (art. 570 bis CP) y el de tráfico de drogas ejecutado en el seno de una organización delictiva (art. 369 bis CP), debe ser resuelta por el principio de especialidad del art. 8.1 CP, en virtud del cual el precepto especial (en el presente caso, el art. 369 bis CP) excluye la aplicación del precepto general (en el presente caso, el art. 570 bis CP). Añadiendo, que ésta es la regla general, lo que no implica excluir otras soluciones alternativas en función de la singularidad del caso concreto, conforme a las reglas propias del concurso de normas.

¹⁸⁴ ESCUCHURI AISA, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones (...)”, pp. 17 y 18. Además, añade que, tomando en consideración todo el abanico de formulaciones que utiliza el legislador para la tipificación de los tipos agravados, no podemos afirmar que siempre se denote una relación de especialidad entre el delito de organización o grupo y los tipos agravados por pertenencia a una organización o grupo criminal.

¹⁸⁵ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 551.

¹⁸⁶ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, p. 549.

¹⁸⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 548 a 551.

que, para determinar la sanción, debe realizarse una comparación que tenga en cuenta varias circunstancias. En este sentido, la pena del art. 369 bis CP varía en función de: la calidad de la sustancia (si causa grave daño a la salud o no), el grado de participación, el rol que ostenta el sujeto dentro de la organización (ya sea en calidad de jefe, encargado o administrador) y la concurrencia de algún tipo agravado.

En el caso del concurso de delitos, en primer lugar, con respecto al tráfico de drogas (art. 368 CP) para determinar la pena aplicable debe tenerse en cuenta: la calidad de la sustancia, el grado de participación y la existencia o no de alguna agravación (de los arts. 369 o 370 CP) y, en segundo lugar, con respecto al delito de participación en organización criminal (art. 570 bis CP) debe prestarse atención: a la modalidad de participación del sujeto (por un lado, promoción, constitución, organización, coordinación o dirección y, por otro lado, participación activa, formar parte de la organización o cooperar económicamente o de cualquier otro modo), la finalidad de la organización (comisión de delitos graves o no) y la existencia de algún subtipo agravado (del art. 570 bis. 2 o 3 CP) o híperagravado (si concurren dos o más de las circunstancias agravantes del art. 570 bis. 2 CP).

Con lo cual, la opción por la que se ha decantado el legislador en la punición de los mencionados concursos, y que es el principio de alternatividad, obliga a los tribunales a realizar una labor compleja, para poder determinar cual es la solución que otorga mayor pena a los hechos, lo que exigirá un análisis minucioso de cada supuesto concreto¹⁸⁸.

En este punto, dado el semejante fundamento de los tipos cualificados y el delito de organización o grupo criminal, las propuestas doctrinales apuntan hacia dos alternativas posibles: la primera vía sería el mantenimiento, únicamente, de los tipos agravados en aquellas áreas afectadas por el fenómeno de la criminalidad organizada, mientras que la segunda sería mantener, solamente, los delitos de pertenencia a organización y grupo criminal. A favor de la primera opción encontramos a GONZÁLEZ RUS, quien considera que si se opta por la vía de los subtipos agravados se puede ofrecer un tratamiento particularizado a determinados delitos y se simplificaría la determinación de las penas, puesto que se acabaría con los concursos de normas¹⁸⁹. A favor de la segunda opción, BRETONES ALCARAZ destaca las reflexiones de MAGALDI PATERNOSTRO y

¹⁸⁸ Vid. REY HUIDOBRO, “Aspectos penales del delito de pertenencia (...)”, p. 24.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ RUS, “La criminalidad organizada en el Código Penal español (...)”, p. 38. Añadiendo que, para prevenir posibles problemas interpretativos, debería unificarse la terminología utilizada en los subtipos agravados, que únicamente deberían contener la referencia a organización y a grupo criminal. Incluyéndose una definición de estos dos conceptos dentro de las Disposiciones Generales del Capítulo VI, Libro I, del Código Penal.

GARCÍA RIVAS, en las que sostienen que los subtipos agravados por pertenencia a organización o grupo deberían haber sido eliminados a partir del momento en que se introduce en el Código Penal una regulación de la criminalidad organizada, inclinándose por la aplicación del concurso de delitos¹⁹⁰.

4.5. Concurso de delitos entre los delitos de organización o grupo criminal y los delitos singulares cometidos por sus miembros.

El delito de pertenencia a organización o grupo criminal tiene como finalidad sancionar diversas formas de participación en la agrupación, de manera independiente de los delitos que se cometan en su seno. Ahora bien, es objeto de debate lo que sucede con los delitos singulares perpetrados por los miembros de la organización o grupo criminal (los cuales se sujetan a las reglas generales de autoría y participación), puesto que la actual regulación no contiene ninguna mención a los posibles concursos que puedan darse entre los delitos de organización o grupo criminal y los cometidos por los integrantes del ente en la preparación o ejecución del plan delictivo.

En este aspecto, la FGE considera que la tipificación de las organizaciones y grupos criminales, de manera autónoma, se halla justificada porque estas figuras delictivas ponen en peligro el bien jurídico protegido (el orden público), puesto que dichos entes, constituidos por varias personas, estructurados, estables y con el propósito de cometer varios delitos, conllevan un plus de peligrosidad en los delitos pretendidos¹⁹¹. Sin embargo, la incriminación autónoma de estas figuras delictivas ha generado un gran debate doctrinal al suponer una ampliación de los esquemas tradicionales en materia de autoría¹⁹².

Por un lado, porque teniendo en cuenta la naturaleza de estas figuras delictivas, la consumación del delito se produce en el momento en que se realice alguna de las conductas típicas previstas en los arts. 570 bis y ter CP, esto es, alguna forma de colaboración o participación en la agrupación criminal, sin ser preceptivo ni que se inicien o ejecuten las infracciones penales que constituyen su plan criminal. Es decir, es suficiente que conste

¹⁹⁰ BRETONES ALCARAZ, “La criminalidad organizada en nuestro Código (...)”, p. 11.

¹⁹¹ Vid. Circular 2/2011 de la FGE, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 8. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00002>

¹⁹² Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (...)”, pp. 541 y 542.

acreditado alguna actuación de la que pueda estimarse que los integrantes han pasado del mero pensamiento a la acción¹⁹³.

Por otro lado, porque el criterio seguido por la jurisprudencia es el de no vincular la incriminación del delito de organización o grupo criminal a la participación en los delitos-fin concertados¹⁹⁴. En este sentido, como ya se ha señalado en el anterior epígrafe, los hechos delictivos perpetrados por un integrante de una organización o grupo criminal, en el marco proporcionado por esta, desembocan en un concurso real de delitos¹⁹⁵. Ello a excepción de que, para el supuesto en cuestión, exista un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal aplicable y éste disponga de una mayor pena.

La única excepción admisible a la regla anteriormente marcada es que, como señala FARALDO CABANA, el hecho delictivo pueda considerarse inherente al comportamiento típico como integrante o miembro de la agrupación¹⁹⁶. En este aspecto, la cuestión controvertida radica en: si la comisión de delitos instrumentales para el mantenimiento de la agrupación pueden considerarse consustanciales a la conducta típica prevista en los arts. 570 bis y ter CP. Si es así, existiría una unidad de hecho entre el delito de organización o grupo criminal y los delitos instrumentales para su sostenimiento.

Por ello, es preceptivo distinguir, por un lado, los delitos relacionados con la agrupación (por ejemplo, tenencia de armas) y, por otro lado, los relacionados con el objetivo criminal que persigue la misma, puesto que, únicamente, respecto de los delitos relacionados con la agrupación podría hablarse de una unidad de hecho con el delito de participación en organización o grupo criminal¹⁹⁷.

En resumen, existiría una inherencia cuando el hecho delictivo perpetrado por el integrante sirve, al mismo tiempo, «como fundamento del estado antijurídico creado por el

¹⁹³ Vid. Circular 2/2011 de la FGE, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 8. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00002>

¹⁹⁴ Vid. GARCÍA ALBERO, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales”, s.p. Es decir, se permite castigar por los delitos de organización o grupo criminal a un miembro del ente sin exigir su intervención en la comisión de los delitos que constituyen el objetivo de la agrupación.

¹⁹⁵ A modo de ejemplo, en la STS 289/2014, de 8 de abril, se condena a los seis acusados, por un lado, por un delito de pertenencia a grupo organizado y, por otro lado, por un delito de falsedad en documento mercantil y de estafa. En la STS 390/2016, de 4 de febrero, se condena a los acusados por un delito de pertenencia a grupo criminal, por un delito de robo con violencia en casa habitada en grado de tentativa, por un delito consumado de robo con violencia en casa habitada y por un delito de hurto. En la STS 337/2014, de 16 de abril, se castiga a los acusados como autores de un delito de organización criminal y de un delito de lesiones del art. 148.1 CP.

¹⁹⁶ FARALDO CABANA, “Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, p. 522.

¹⁹⁷ Vid. FARALDO CABANA, “Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, p. 523.

delito de organización o grupo criminal»¹⁹⁸. En este caso, se aplicaría un concurso ideal de delitos, resultante de la coincidencia parcial de las acciones. En los otros casos, cuando no exista una inherencia, se aplicará, como regla general, un concurso real de delitos, puesto que no cabe hablar de una unidad de hecho¹⁹⁹.

Por tanto, no debe confundirse la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a la organización o grupo criminal con la exigible por la comisión de los delitos-fin que pueden llegar a ejecutarse en su seno.

¹⁹⁸ Vid. FARALDO CABANA, “Cuestiones concursales en los delitos de organización (...)”, pp. 523 y 524

¹⁹⁹ Vid. ESCUCHURI AISA, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones (...)”, p. 13. Con la excepción referente a los subtipos agravados, mencionada con anterioridad.

5. CONCLUSIONES.

Los compromisos internacionales adquiridos en materia de criminalidad organizada y la incapacidad del delito de asociación ilícita, y de los subtipos agravados por pertenencia a organización o asociación delictiva, para hacer frente al fenómeno de la delincuencia organizada, orientan la reforma legislativa de nuestro Código Penal de 2010. Reforma que es de gran relevancia en materia de delincuencia organizada puesto que, por primera vez, se tipifica de manera autónoma, e incluyendo una definición, la pertenencia a organización y a grupo criminal.

No obstante, esta reforma es criticada por la doctrina por varios motivos: en primer lugar, se cuestiona la necesidad de incluir estas nuevas figuras, puesto que ya existía el delito de asociación ilícita en Código Penal. Sin embargo, dicho precepto era insuficiente para responder a la delincuencia organizada, dado que el tipo penal de asociación ilícita se concibe como un ejercicio abusivo del derecho de asociación y no parece ser que la criminalidad organizada ponga en peligro el bien jurídico protegido por esta figura, por ello, los tribunales habían limitado su aplicación.

En segundo lugar, porque la trasposición española del concepto de organización criminal prescinde de dos elementos que propugna la normativa internacional. En este sentido, de una parte, se omite cualquier referencia a la gravedad de los delitos pretendidos y, de otra, se prescinde del requisito de la obtención de un beneficio específico. En este aspecto, cabe poner de relieve que, en un primer momento, incluso podían ser objeto de enjuiciamiento agrupaciones cuya finalidad fuese la comisión de faltas reiteradas, extremo que fue suprimido por la reforma del Código Penal de 2015, sin embargo, muchas de las faltas penales pasaron a ser tipificadas como delitos leves. Considero que, ante la creación de esta nueva categoría delictual, el legislador español podría, como mínimo, haber continuado exigiendo una reiteración respecto de los delitos leves (dada la escasa entidad de las infracciones), no obstante, optó por lo contrario, ampliando así, aun más, el ámbito típico de los preceptos penales.

En consecuencia, entiendo que el legislador debería haber limitado la aplicación de la figura de organización criminal a las infracciones penales con un notable reproche penal, añadiendo la barrera punitiva de delitos cuya penalidad máxima hubiera sido de, al menos, 4 años. Y ello, en virtud del principio de proporcionalidad del poder punitivo y en atención a las pautas marcadas por las normas internacionales, puesto que el fundamento de este tipo penal debe ser el castigo de la mera pertenencia a aquellos entes que tengan la suficiente

entidad para quebrantar el bien jurídico que es objeto de protección, más allá de los delitos pretendidos o efectivamente perpetrados.

En tercer lugar, también es objeto de crítica que el legislador opte por incluir el delito de pertenencia a grupo criminal, al margen de lo exigido por la normativa internacional, bajo el pretexto de dar respuesta a otros fenómenos análogos, que no reúnen las características de la organización criminal, pero que se hallan muy extendidos en la sociedad actual española. En este sentido, el legislador prioriza la atención a la problemática interna de la pequeña delincuencia patrimonial, diseñando esta nueva figura y suprimiendo la barrera punitiva establecida en los textos internacionales, lo que se ve corroborado con las sucesivas modificaciones de las que son objeto los arts. 234 y 623 CP.

Así las cosas, se pasa de una doble a una triple vía de represión de la criminalidad organizada, ya que se mantiene el delito de asociación ilícita, se conservan y aumentan los tipos cualificados de integración en organización o grupo criminal, y se introducen los delitos autónomos de pertenencia a organización y a grupo criminal.

Centrándonos en la tipificación española de los tipos genéricos de organización y grupo criminal, puesto que ambas figuras precisan de la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, los criterios diferenciadores deben buscarse en el presupuesto de estabilidad o permanencia y en el reparto de tareas de manera concertada y coordinada. De modo que, la organización criminal requiere, por un lado, de una mayor estabilidad o permanencia, en el sentido que el acuerdo de los integrantes tiene que ser duradero y debe subsistir más allá de la singularidad de los miembros y, por otro lado, la estructura organizativa debe ser más compleja, por tanto, el reparto de tareas debe tener una suficiente consistencia y rigidez para abordar el plan criminal. En cambio, para el grupo criminal, pese a que del tenor literal del artículo parecerían suficientes los dos requisitos iniciales, por su difícil delimitación conceptual y al considerarse una expresión de la delincuencia organizada, la jurisprudencia exige cierta permanencia, pero sin una vocación de estabilidad, y una estructura elemental con un reparto de funciones sin que sean formalmente definidas. En este sentido, la mayor complejidad estructural y estabilidad temporal de la organización justifican su mayor penalidad, atendiendo a su mayor capacidad de lesión.

Para establecer el límite entre el tipo penal de grupo criminal y la codeincuencia, es preceptivo acudir a la definición de «grupo organizado» que contiene la Convención de Palermo. Conforme a una interpretación conjunta de dicha norma internacional y el Código Penal, la figura de grupo criminal se reserva para aquellos casos en los que se denote una

mínima permanencia que permita apreciar que no se trata de un simple consorcio ocasional para la comisión de un delito en cuestión. En cambio, la distinción de la organización criminal respecto de la codelincuencia radica en que la primera requiere de una serie de requisitos que no se predicán de la segunda y que son: la pluralidad subjetiva de un mínimo de tres sujetos activos, la permanencia, la estructuración y la finalidad de cometer varios delitos.

Como ya se ha avanzado, las nuevas figuras delictivas generan problemas concursales en dos ámbitos: por un lado, con el delito de asociación ilícita y, por otro lado, con los subtipos agravados por pertenencia a organización o a grupo criminal.

Por lo que se refiere a la asociación ilícita para delinquir, si analizamos los parámetros que se venían exigiendo para su conceptualización, se observa que estos mantienen un paralelismo con las notas esenciales que caracterizan la organización criminal, en este sentido, cuando unos hechos pueden ser calificados como asociación ilícita para delinquir y como organización criminal, nos hallamos ante un concurso de normas. Por lo que respecta al grupo criminal, éste en ningún caso entra en concurso con la asociación ilícita, dado que se caracteriza por no reunir las notas que se exigen para la conceptualización de aquélla.

Por otro lado, por lo que se refiere a los delitos que prevén una cualificación específica por integración en una organización o grupo criminal, cuando los sujetos activos del delito perpetrado pertenezcan a uno de los entes tipificados en la agravante específica, nos hallaremos ante un concurso de normas (entre el subtipo cualificado por integración y los art. 570 bis o ter CP).

En este aspecto, el legislador español, plenamente consciente de la problemática en la que podría desembocar tal maraña de preceptos, establece que los eventuales concursos de normas se solucionarán recurriendo al principio de alternatividad (art. 570 quáter. 2 CP).

No obstante, si los concursos de normas entre la asociación para delinquir y la organización criminal se solucionan recurriendo al principio de alternatividad se está dejando a la figura de la asociación para delinquir sin ámbito de aplicación, puesto que el art. 570 bis CP siempre dispone de una mayor pena. Ante esta situación, considero que debió haberse eliminado el primer ordinal del delito de asociación ilícita cuando el legislador incluye en el Código Penal, de manera autónoma, el delito de participación en organización criminal, puesto que la regulación de la criminalidad organizada queda cubierta por esta última figura delictiva. En este aspecto, cabe poner de relieve que ya en

2010 se eliminó el ordinal relativo a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas del delito de asociación ilícita, al preverse una regulación genérica en el art. 571 CP, relativo a las organizaciones y grupos terroristas, con lo cual, cabe preguntarse ¿por qué el legislador no siguió el mismo método para el primer ordinal del art. 515 CP?

Por otro lado, como ha quedado reflejado a lo largo del trabajo, en los subtipos agravados por pertenencia a organización o a grupo criminal nos encontramos con un abanico de formulaciones diversas y un criterio político-criminal seguido por el legislador un tanto incoherente, puesto que los tipos cualificados y el tipo genérico de integración en organización o grupo criminal son disposiciones con idéntico fundamento. Por todo ello, considero que las agravaciones específicas previstas en determinados delitos-fin deberían haber sido eliminadas desde el momento que se introduce en el Código Penal una regulación autónoma de la criminalidad organizada. Sin embargo, nuestro legislador de 2010 y de 2015 optó por la vía contraria, aumentarlos.

En el presente trabajo se defiende, por tanto, la supresión de las agravaciones específicas y ello por varios motivos: porque con el tipo genérico se favorece la economía legislativa, no se limita su aplicación a áreas delictivas concretas, dando lugar a posibles lagunas, y es el modelo compatible con la normativa internacional sobre dicha materia.

En conclusión, la actual regulación de la criminalidad organizada en el Código Penal español, y que se sustenta en una triple vía represiva, es un reflejo de la trasposición directa por el legislador español de las obligaciones derivadas de instrumentos internacionales, sin revisar su compatibilidad con el resto de las figuras vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Como se constata, el legislador se acoge a la libertad para tipificar y diseñar las figuras de criminalidad organizada en la forma que estime más adecuada, a lo que, a lo acabado de señalar, se suma un endurecimiento de las penas frente a las previstas para la asociación ilícita.

En suma, la actual regulación debería ser objeto de revisión y reforma, con el fin de, de una parte, evitar el solapamiento de las figuras delictivas vigentes y, de otra, limitar la intervención penal en materia de delincuencia organizada a ámbitos en los que su punición se justifique por la gravedad delictiva.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- BRETONES ALCARAZ, Francisco Javier, “La criminalidad organizada en nuestro Código Penal: tratamiento anterior y posterior a la LO 5/2010 y LO 1/2015”, *Diario La Ley*, núm. 8613, 2015.
- CUENCA GARCÍA, María José, “La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano”, *La Ley Penal*, núm. 93, 2012.
- CUENCA GARCÍA, María José, “La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales”, *Revista Penal*, núm. 29, 2012.
- DE LA CUESTA-ARZAMENDI, José Luis, “Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal del 2010”, *Criminalidad*, vol. 55, núm. 1, 2013.
- ESCUCHURI AISA, Estrella, “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código Penal español en la relación con la delincuencia organizada”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 37, 2015.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal” en BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio (Coord.); ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 19, 2013.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “Organizaciones y Grupos Criminales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2015.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Aranzadi, 7ª ed., Navarra, 2016.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Tema 34. Las organizaciones y grupos criminales y terrorismo” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, 1ª ed., Navarra, 2016.

- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuesta de reforma”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012.
- LÓPEZ MUÑOZ, Julián, *Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2015.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva: crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 34, 2014.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, 20ª ed., Valencia, 2015.
- PAÍNO RODRÍGUEZ, Francisco Javier, *Una aproximación a la delincuencia organizada*, Universidad Complutense de Madrid, 2ª ed., Madrid, 2018.
- PIVA RORRES, Gianni Egido; GRANADILLO MALAVE, Alfonzo, *El dominio del hecho en el Derecho Penal*, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 2019.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) - MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 9ª ed., Navarra, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, 1ª ed., Navarra, 2016.
- REY HUIDOBRO, Luís Fernando, “Aspectos penales del delito de pertenencia a organización o grupo criminal”, *La Ley Penal*, núm. 134, 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, 4ª ed., Barcelona, 2015.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María, “Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada”, *Anales de derecho*, núm. 30, 2012.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Manual Derecho Penal Parte Especial, Tomo II*, Aranzadi, 6ª ed., Navarra, 2011.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Manual Derecho Penal Parte Especial, Tomo II*, Aranzadi, 7ª ed., Navarra, 2018.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo III, Volumen II, Parte especial*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2011.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *La Ley Penal*, núm. 86, 2011.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Problemas de interpretación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal: estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, Aranzadi, 1ª ed., Navarra, 2015.

LISTADO NORMATIVO.

España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

España. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Boletín Oficial del Estado, de 29 de septiembre de 2003, núm. 233, pp. 35280 a 35297. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18040>

España. Fiscalía General del Estado. Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. Boletín Oficial del Estado, de 2 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00002>

España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 31 de marzo de 2015, núm. 77, pp. 27061 a 27176. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439>

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987 a 34058. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>

España. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 23 de junio de 2010, núm. 152, pp. 54811 a 54883. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>

España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, de 17 de septiembre de 1882, núm. 260, pp. 803 a 806. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1882-6036>

Unión Europea. Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L, de 29 de diciembre de 1998, núm. 351, pp. 1 a 3. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/joint_action/1998/733/oj

Unión Europea. Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Diario Oficial de la Unión Europea L, de 6 de agosto de 2004, núm. 261, p. 69. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2004/579/oj>

Unión Europea. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Diario Oficial de la Unión Europea L, de 11 de noviembre de 2008, núm. 300, pp. 42 a 45. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82239>

Unión Europea. Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Diario Oficial de la Unión Europea L, de 15 de abril de 2011, núm. 101, pp. 1 a 11. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

Unión Europea. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Diario Oficial de la Unión Europea L, de 17 de diciembre de 2011, núm. 335, pp. 1 a 14. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82637>

Unión Europea. Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Diario Oficial de la Unión Europea L, de 14 de agosto de 2013, núm. 218, pp. 8 a 14. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81648>

JURISPRUDENCIA.

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 32/2018, de 31 de octubre.

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) Sentencia núm. 17/2016, de 11 de mayo.

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª) Sentencia núm. 17/2019, de 23 de julio.

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª) Sentencia núm. 1/2019, de 18 de febrero.

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) Sentencia núm. 109/2016, de 15 de febrero.

España. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 35/2017, de 4 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 1035/2013, de 9 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 110/2012, de 9 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 132/2019, de 12 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 149/2017, de 9 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 15/2018, de 16 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 162/2015, de 11 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 195/2014, de 3 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 216/2018, de 8 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 289/2014, de 8 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 30/2019, de 29 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 337/2014, de 16 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 371/2014, de 7 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 372/2018, de 19 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 390/2016, de 4 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 426/2014, de 28 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 457/2019, de 8 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 526/2019, de 31 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 544/2012, de 2 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 559/2018, de 15 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 636/2016, de 14 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 686/2018, de 20 de diciembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 760/2018, de 28 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 77/2019, de 12 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 8/2015, de 22 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 849/2013, de 12 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 852/2016, de 11 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 950/2013, de 5 de diciembre.