

La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales

María Luzón Cánovas

Tribuna 07-07-2011

I. Introducción

Los conceptos de organizaciones y grupos criminales, participan de la necesidad común de hacer frente a la criminalidad organizada, fenómeno que si bien ha existido a lo largo de la historia en formas concretas como las mafias, las bandas, las sociedades secretas o los bandoleros en España, adquiere su significación actual a partir de mediados del siglo XX, vinculada al proceso de liberalización económica, al desarrollo de las comunicaciones y de las tecnologías, y a la existencia de movimientos ideológicos o sociales que interaccionan con los anteriores.

El elemento fundamental de la criminalidad organizada es la existencia de una organización criminal. Su nota definitoria no viene determinada tanto por la concurrencia de una pluralidad de personas o por los delitos que cometen, sino por la forma en que dichas personas están estructuradas y por cómo realizan dicha actividad delictiva. Así, como características esenciales de la criminalidad organizada, podemos apuntar las siguientes¹:

1º- La existencia de unos objetivos comunes. El fin u objetivo último, suele ser la obtención de lucro ilícito, para cuya consecución se valen de otros fines mediatos como puede ser la protección de sus miembros, las alianzas con otros grupos o la consecución de grados de poder.

2º.- La división de funciones que conduce a una profesionalización o especialización de sus miembros o subsistemas y a la mayor eficacia de la organización.

3º.- La estructura, que comporta un ensamblaje de la organización, vertical o jerárquico u horizontal, con una serie de normas o códigos de actuación o de conducta, que son asumidos por el grupo y que dota a la misma de una permanencia que le permite la coordinación de las actividades para la consecución de su objetivo.

¹ STS 1003/2006 de 19 octubre. Pte. Sr. Berdugo Gómez de la Torre -[EDJ 2006/288742](#).

4°.- Un sistema de toma de decisiones, generalmente jerárquico, bien centralizado, bien reticular, en el que coexisten subsistemas con estructuras flexibles y con autonomía en la toma de decisiones en relación con el sistema superior.

5°.- Cohesión entre sus miembros, basado en el interés de conseguir sus objetivos, o determinado por un componente ideológico o étnico.

6°.- Relaciones con el medio exterior, bien utilizando o aprovechándose de la violencia para sus fines, bien valiéndose de las debilidades del sistema para aprovecharse de las fisuras de las relaciones económicas o sociales ordinarias.

7°.- Tendencia a la autoconservación por encima de la renovación de sus miembros, y donde la capacidad de permanencia es mayor cuanto más compleja sea la organización en tanto que puedan seguir manteniéndose sus objetivos.

La primera vez que las Naciones Unidas se ocupa del fenómeno de la criminalidad organizada, y por tanto reconoce su existencia y el daño que produce es en el año 1975, en la "V Convención de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen", distinguiendo entre criminalidad organizada, criminalidad de empresa y corrupción, pero no fue hasta la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15-11-2000" -EDL 2000/102014-², cuando se definieron a tales efectos los conceptos de "grupo delictivo organizado" y de "grupo estructurado", los cuales pueden entenderse como antecedentes de los concepto de organizaciones y grupos criminales que utiliza nuestro legislador.

El art. 2 de esta Convención -EDL 2000/102014- entiende a los efectos de la misma, como:

"grupo delictivo organizado" a "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material";

"delito grave", "la conducta que constituya un delito punible de privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave";

"grupo estructurado", 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.

Anteriormente, el Consejo de la Unión Europea, en la Acción común de 21 diciembre 1998 -EDL 1998/48320-³, ya se había manifestado sensible con la gravedad y el desarrollo de determinadas formas de delincuencia organizada en relación con los delitos de tráfico de drogas, trata de seres humanos y terrorismo, tráfico de obras de arte, blanqueo de dinero, delincuencia económica grave, extorsión y otros actos de violencia dirigidos contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas o que creen un peligro colectivo para las personas, estimando la necesidad del fortalecimiento de la cooperación entre los Estados miembros en la

2 STS 1145/2006 de 23 noviembre. Pte. Berdugo Gómez de la Torre -EDJ 2006/337349-.

3 C. Martell Pérez-Alcalde y D. Quintero García, "De las Organizaciones y grupos criminales" en "La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios". Editorial Aranzadi S.A. 2010. Págs. 360-362.

lucha de la delincuencia organizada internacionalmente, y apunta un concepto de organización delictiva en su art. 1 como "asociación estructurada de más de dos personas establecida durante un cierto periodo 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 con un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública".

Por su parte, la Decisión Marco 2008/841/JAI de 24 octubre del Consejo de Europa de Lucha contra la Delincuencia Organizada -EDL 2008/189796-, propone a los efectos de la misma otras dos definiciones, igualmente antecedentes de los concepto de organizaciones y grupos criminales. En su art. 1 se entiende por:

"organización delictiva: una asociación estructurada de más de dos personas establecida durante un cierto periodo 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 con 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",

"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".

Bajo el prisma de esta legislación europea, deben entenderse la definición que sobre delincuencia organizada se contiene en el art. 282 bis 4 LECrim -EDL 1882/1-, como los nuevos conceptos de organización y grupo criminal, introducidos por la LO 5/2010, de 22 junio -EDL 2010/101204-.

II. La organización criminal

La reforma del Código Penal -EDL 1995/16398- operada por la LO 5/2010 -EDL 2010/101204-, introduce un nuevo Capítulo VI, dentro del Título XXII dedicada a los Delitos contra el Orden Público para regular, en los arts. 570 bis a 570 quáter, las Organizaciones y Grupos Criminales.

El art. 570 bis 1 -EDL 1995/16398- define la organización criminal 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 tanto, los elementos caracterizadores de la organización criminal son la pluralidad de personas, la estabilidad en el tiempo, el reparto de funciones entre sus miembros y el fin delictivo o la perpetración reiterada de faltas.

El nuevo art. 570 bis -EDL 1995/16398-, se ocupa de realizar una pormenorizada regulación de la penalidad, distinguiendo de una parte la participación de los culpables en la organización y, de otra, la gravedad de los delitos objeto de la misma. De este modo:

1) -Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal, serán castigados:

con las penas de prisión de 4 a 8 años si la organización tuviere por finalidad la comisión de delitos graves, (los castigados con pena privativa de libertad superior a 5 años), y con pena de 3 a 6 años en los demás casos.

-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 2 a 5 años, años si la organización tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con pena de 1 a 3 años en los demás casos.

Estimamos un tanto sobredimensionada la penalidad cuando la organización tenga como finalidad la perpetración reiterada de faltas, en tanto que las penas a sus "dirigentes" pueden alcanzar hasta los seis años de privación de libertad.

2) Se establece un subtipo agravado imponiendo las penas anteriores en su mitad superior, o la pena superior en grado si concurren dos o más de las circunstancias que se expresan, cuando la organización:

-esté formada por un elevado número de personas;

-disponga de armas o instrumentos peligrosos;

-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.

La inclusión de ésta agravación nos suscita serias dudas.

En primer lugar en relación con el término "elevado" número de personas, elemento normativo cultural o social, pues no existe en el Código Penal -EDL 1995/16398- expresión parecida que nos sirva de referencia a tales efectos⁴, sin que podamos asimilarla a la "superioridad personal" de la agravante de abuso de superioridad, (art. 22,2ª CP) caracterizada por la desproporción o desequilibrio efectivo entre ofensores y ofendido que se traduzca en una disminución de las posibilidades de defensa del agredido, ni a la "generalidad de personas" del delito masa (art. 74,2 CP) referido a un grupo numeroso, incluso indeterminado, de personas agraviadas por el delito.

En relación a la referencia a "armas o instrumentos peligrosos" , aunque es una expresión que en términos similares se repite a lo largo del articulado del CP, (Vgr. arts. 171,5, 180,5, 242,3, 455,2, 495, 552 , 620,1 CP -EDL 1995/16398-), siempre viene referido al hecho de hacer uso de ellas , portarlas o exhibirlas amenazadoramente, pero no al hecho de "disponer" de ellas, expresión, en la que por un lado, al referirse genéricamente a "armas o instrumentos peligrosos", tendríamos que incluir no solo todas las comprendidas en el Reglamento de Armas, sino también todas las que la jurisprudencia ha venido integrando como "instrumentos peligrosos", lo que amplía excesivamente el subtipo, que, entendemos, debería verse perfilado por la exigencia de un plus de peligrosidad concreto. De otra parte, el subtipo, podría entrar en concurrencia con el delito de tenencia ilícita de armas, produciéndose un concurso de normas,

⁴ Laura Zúñiga Rodríguez. "Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal". Editorial Comares. 2009. Págs. 41-42.

que entendemos debería resolverse a favor de la aplicación de éste subtipo agravado previsto en el art. 570 bis,2 b) en aplicación del principio de especialidad, que como primer criterio de aplicación, establece el art. 8,1 CP , si bien ésta solución resulta problemática dado el tenor literal del art. 570 quáter CP, que establece con carácter general para resolver los problemas de concursos de normas, el criterio de gravedad del precepto, establecido en el art. 8,4ª CP.

Por último, en cuanto a que la organización disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables, también tendremos que ser restrictivos en su aplicación, so pena de aplicarla por el mero hecho de disponer de aparatos informáticos o automóviles, hoy en día al alcance de la generalidad de las personas.

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

3) Se establece otro subtipo agravado imponiendo las penas anteriores en su mitad superior, si la organización tuviera como finalidad u objeto la comisión de delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Hubiera sido más correcto que el legislador hubiera empleado, al establecer la agravación referida a los "delitos contra la vida o la integridad de las personas", los términos utilizados en las rúbricas del vigente CP -EDL 1995/16398-, (vgr. homicidio y lesiones), evitando así problemas interpretativos de futuro.

III. Organización criminal y asociación ilícita

Siendo las notas características de la organización criminal, la pluralidad de personas, su carácter estable y la coordinación con reparto de funciones, la primera cuestión que se nos suscita, subsistiendo tras la reforma el delito de asociación ilícita, en particular el referido en el art. 515,1º CP -EDL 1995/16398-, es distinguir ambos tipos penales⁵.

El art. 515,1º CP -EDL 1995/16398- califica como asociaciones ilícitas "Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada".

Recordemos, que según la jurisprudencia las notas definitorias de la asociación ilícita, son⁶:

- a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.
- b) La existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

⁵ Capítulo IV del Título III del CP de 1822. Art. 315.

⁶ Capítulo VII del Título III "De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público" del CP de 1822.

c) La consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) El fin de la asociación, cuando se trata del caso del art. 515,1 CP -EDL 1995/16398-, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

Así, de una somera lectura del art. 570 bis,1º CP -EDL 1995/16398-, resulta que pluralidad de personas, organización, permanencia y finalidad delictiva, son las notas esenciales y comunes de ambos tipos penales.

Un primer punto de aproximación al problema lo encontramos desde la perspectiva histórica de la delincuencia organizada. El Delito de asociación para delinquir fue tipificado por primera vez en el Código Napoleónico de 1810, como figura destinada a proteger al nuevo Estado liberal frente a las asociaciones que en sí mismas se consideraban comportamientos de grupo que amenazaban las tesis liberales. Servía pues para perseguir a las agrupaciones que se oponían al Estado, persiguiendo en fin a los opositores políticos. Así ingresa en el primer CP español de 1822. donde junto a la criminalidad común "De las cuadrillas de malhechores, y de los que roban caudales públicos o interceptan correos o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos"⁷ se persigue la criminalidad "De las facciones y parcialidades, y de las confederaciones y reuniones prohibidas", castigándose pues por un lado, las organizaciones criminales ("cuadrillas de malhechores") y por otro, las asociaciones que, no siendo propiamente criminales, persiguen "cualquier otro objeto contra el orden público"⁸, esto es, las diferentes clases de asociaciones (sociedades secretas, masones, etc.) contrarias o alejadas de los objetivos del Estado.⁹

Desde la perspectiva de su ubicación sistemática, quedaría reflejada esta división, dado que las organizaciones criminales se encuentran dentro de los delitos contra el orden público, mientras que las asociaciones ilícitas, están dentro del Título XXI, de "Delitos contra la Constitución" en el Capítulo IV "De los Delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas" -EDL 1995/16398-, evidenciando la dicotomía de bienes jurídicos protegidos: las primeras, el orden público, las segundas, el recto ejercicio del derecho constitucional de asociación.

Por su parte el Apartado XXVIII del Preámbulo de la LO 5/2010 -EDL 2010/101204-, nos da otro criterio de distinción, y tras reconocer la incapacidad del delito de asociación ilícita "para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones y organizaciones criminales", señala que "Las organizaciones y grupos criminales no son realmente 'asociaciones' que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente

7 STS Sala 2ª, nº 740/2010 de 6 julio, Pte. Granados Pérez -[EDJ 2010/153057](#)-; 500/2010 de 28 mayo, Pte. Maza Martín -[EDJ 2010/102603](#)-; 415/2005, de 23 marzo, Pte. Martínez Arrieta -[EDJ 2005/68310](#)-; 421/2003 de 10 abril, Pte. Saavedra Ruiz -[EDJ 2003/25261](#)- y 234/2001 de 3 mayo, Pte. Prego de Oliver y Tolivar -[EDJ 2001/8432](#)-, entre otras.

8 F. Muñoz Conde, en "Derecho Penal. Parte Especial". Editorial Tirant lo Blanch. 18ª edición, pág. 910, considera que "lo que carece de sentido es que se siga manteniendo el delito de asociación ilícita junto con el de organización criminal".

9 Tan solo en la STS Sala 2ª, núm. rec. 1590/2003, de 22 abril 2004. Pte. Conde-Pumpido Tourón -[EDJ 2004/238787](#)- encontramos la referencia de "elevado número de acusados" referido a una Causa seguida contra 29 acusados.

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".

A pesar de lo expuesto, los perfiles delimitadores de una y otra figura, no resultan claros. Probablemente el problema estriba en que, no existiendo hasta ahora ningún otro tipo penal para hacer frente a la criminalidad organizada que el de la "asociación ilícita", ésta amplió sus contornos, pasando a ser una especie de "cajón de sastre" al que acudir cuando no era posible comprobar los delitos finales cometidos, debiendo ahora redefinirse para limitar sus contornos a las asociaciones constituidas como tales, cuyo objeto sea la comisión de algún delito o cuyos fines se desvirtúen para, después de constituidas, promover su comisión, quedando fuera de estos límites, aquellas otras figuras no asociativas. Reconocemos que éste criterio resulta igualmente insuficiente cuando el mismo Preámbulo de la Reforma permite considerar la existencia de organizaciones criminales "de forma o apariencia jurídica", por lo que, si no queremos privilegiar "a priori" a aquellos delincuentes que han tenido la previsión de constituirse como asociación, (dada la menor penalidad que, en general, establece el art. 517 CP -EDL 1995/16398- respecto del art. 570 ter CP), o acudir sistemáticamente a la cláusula que sobre el concurso de normas establece el art. 570 quáter, dejando sin contenido el art. 515,1º CP, tendremos que dar un paso más, y atender, partiendo de su origen histórico, a la naturaleza de los delitos promovidos por la asociación, circunscribiéndolos a los delitos en donde el fin u objetivo último no sea la obtención de un lucro ilícito, sino la "subversión política"¹⁰ como pueden ser los delitos contra la Constitución o los delitos contra el orden público, reservando para las organizaciones criminales, aquel tipo de delincuencia.

No obstante, en ésta búsqueda por evitar la inseguridad jurídica en la aplicación de dos tipos penales, probablemente nos hemos extralimitado, y que debiera ser el legislador, el que introduzca un elemento delimitador que clarifique los contornos entre ambas figuras.

IV. El grupo criminal

El art. 570 ter CP -EDL 1995/16398-, define el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

Se configura pues el grupo criminal por exclusión de las características que definen la organización siendo posible su punición sin que exista estabilidad, coordinación o distribución de funciones, siendo sólo imprescindible que se trate de al menos tres personas concertadas para la perpetración de delitos o de faltas reiteradas.

En cuanto a la penalidad, y a diferencia de la organización criminal, no se hace diferencia entre promotores, coordinadores y demás partícipes del grupo criminal, sino que se establece una penalidad única para quienes lo constituyeren, financiaren o integraren, distinguiendo, eso sí, la gravedad de los delitos perseguidos. Así se castiga:

1) -con la pena de 2 a 4 años de prisión si la finalidad del grupo es cometer delitos graves y con la pena de 1 a tres años si se tratara de delitos menos graves, tratándose de delitos contra la vida

¹⁰ Acción común 98/733/JAI, 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 -EDL 1998/48320-.

o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

-con la pena de 6 meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave y con la pena de 3 meses a un año de prisión si se trata de delitos menos graves.

-con la pena de 3 meses a un año de prisión si la finalidad del grupo fuera la comisión reiterada de faltas de hurto, y con la de 3 meses a 7 meses y 15 días de prisión (mitad inferior de la pena anterior) si la finalidad fuera la comisión reiterada del resto de las faltas.

2) Se establece un subtipo agravado imponiendo las penas anteriores en su mitad superior, o la pena superior en grado si concurren dos o más de las circunstancias que se expresan, en los mismos supuestos contemplados para la organización, esto es, cuando el grupo:

-esté formado por un elevado número de personas;

-disponga de armas o instrumentos peligrosos;

-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.

V. Grupo criminal y coautoría

El art. 28 CP -EDL 1995/16398- nos permite disponer de una definición legal de la coautoría: son coautores quienes realizan conjuntamente un hecho delictivo. La coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y de otra, de un dominio funcional del hecho, con aportación de una acción durante la fase de ejecución del delito, que integra el elemento objetivo.

Delimitada así la coautoría, y vista la definición del grupo organizado, nos planteamos, qué diferencia hay entre una y otro, o, dicho de otra manera, si siempre que tres o más personas se conciertan para cometer delitos, y los cometen, además de la pena correspondiente al delito cometido, debe también imponérseles la pena correspondiente al grupo organizado.

Dentro del concepto de autoría, la jurisprudencia admite la coautoría adhesiva o sucesiva, también denominada coautoría aditiva, caracterizada por los siguientes elementos¹¹:

-que alguien hubiere dado comienzo a la ejecución del delito;

-que posteriormente otro u otros ensamben su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél;

¹¹ Aprobada por la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE de 29 abril 2004 en nombre de la Comunidad Europea -EDL 2004/82271-.

-que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

-que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiere producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En una primera aproximación al tema, excluirémos del concepto de grupo criminal los supuestos de coautoría aditiva, pues en ellos no existe el acuerdo previo necesario para la perpetración del delito o delitos. Del mismo modo, quedarían excluidos los supuestos en donde la idea criminal es prácticamente simultánea a la ejecución del delito, en donde el acuerdo se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado dolo compartido.¹²

Ahora bien, si la coautoría aparece caracterizada por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas, entendemos necesario encontrar otro punto diferenciador con el concepto de grupo criminal.

Señala el legislador en el art. 570 ter CP -EDL 1995/16398-, tres notas que determinan el grupo criminal:

-unión de más de dos personas;

-que no reúnan alguna o algunas de las características de la organización criminal;

-que tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

En relación al primer elemento, la unión de más de dos personas, la simple referencia a la misma, excluiría, como hemos señalado anteriormente, la coautoría aditiva, pues se requiere un vínculo, una unión entre los integrantes, unión que, teniendo en cuenta que el propio art. 570 ter CP -EDL 1995/16398- se refiere a quienes "constituyeren, financiaren o integraren", va más allá de una mera coincidencia de personas, y que exige la creación de un grupo. No basta con que concurren tres personas con un designio criminal y que integraría la coautoría, sino que, para que exista grupo criminal, es necesario que entre ellos haya un soporte o una base superior a la mera coincidencia. Ello se confirma si tenemos en cuenta la previsión establecida en el párrafo primero del art. 570 quáter CP que prevé como consecuencia accesoria, la disolución del grupo, lo que carecería de sentido, si hubiera una simple coincidencia de personas que deciden cometer un ilícito criminal.

En cuanto al segundo elemento, definido por exclusión, consideramos, que no puede prescindirse de la totalidad de las notas determinante de la organización criminal para que exista el grupo criminal. El legislador no habla de la falta de alguna o de todas las características de la organización criminal, sino de la ausencia de "alguna o algunas", por lo que entendemos que

¹² Laura Zúñiga Rodríguez.- "Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal". Editorial Comares S.L. 2009. Págs. 126-133.

deberá haber o una unión estable, o una coordinación aunque no sea jerárquica, o una distribución de funciones en la ejecución del hecho criminal, nota que también nos permite distinguir el grupo criminal de la coautoría.

Por último, el grupo criminal debe tener por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas. Aunque sólo habla de reiteración en las faltas, la referencia a "delitos", sugiere que no se trate de la comisión de un delito aislado entre varias personas, que configuraría la coautoría, sino de la constitución de un grupo para la perpetración de una pluralidad de delitos.

No debe confundirnos, pues, la aparente simplicidad con la que está configurado el "grupo criminal", y considerar que es asimilable a la coautoría. En los supuestos en que un delito sea cometido por más de dos personas, que no constituyan una unión estable o carezcan de una coordinación en su acción o no tengan un reparto de tareas, el hecho habrá de ser castigado conforme al delito cometido, a través de la coautoría o de las otras formas de participación delictiva (arts. 28 y 29 CP -EDL 1995/16398-). Del mismo modo, aunque ese delito no llegue a perpetrarse y no lleguen a realizarse actos típicos, su punición deberemos resolverla a través de las figuras de la conspiración y la proposición (arts.17 y 18 CP), que castiga estos actos preparatorios, en los supuestos expresamente previstos en la Ley, y no necesariamente a través de la nueva figura del "grupo criminal".

VI. Naturaleza de los delitos de organización y grupo criminal

El delito de pertenencia a organizaciones o grupos criminales, se configura como un tipo independiente de los delitos que pueden cometerse aprovechando la estructura criminal. Hablaríamos pues de dos injustos penales distintos: uno el de la propia organización criminal y otro el del delito cometido o intentado¹³.

El desvalor de las organizaciones o grupos criminales se configura por la potencialidad lesiva de los bienes jurídicos protegidos: de una parte el bien jurídico general, el orden público, entendido como garantía del buen funcionamiento de los servicios e instituciones públicas y la libertad en su legítimo ejercicio, y de otra, la protección de los bienes jurídicos atacados por el programa criminal, donde deben entenderse incluidos, no sólo los delitos que son el objeto de las organizaciones o grupos criminales, sino también aquellos otros delitos que se configuran como instrumentales o mediales para la consecución de esos fines. Desde esta perspectiva, los delitos de organizaciones y grupos criminales, se configuran como delitos de peligro abstracto respecto del bien jurídico general protegido y de los delitos "medio" para la consecución de los fines de las organizaciones y grupos criminales, y se configuran como delitos de peligro concreto en cuanto a los delitos "programados" por la actividad criminal. Quizá podríamos concluir que se trata de modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, en donde "no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no

¹³ F. Muñoz Conde, en "Derecho Penal. Parte Especial". Editorial Tirant lo Blanch. 18ª edición pág. 910.

es elemento del tipo, pero sí la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro"¹⁴.

Desde otra perspectiva, la pertenencia a una organización o grupo criminal, debe considerarse como un delito de carácter permanente, en los que se mantiene una situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. Se trata de un delito de mera actividad y permanente que se extiende en el tiempo desde el ingreso en la organización del agente hasta que se produce su apartamiento. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica.

El carácter permanente determina que el delito subsistirá siempre que la voluntad del autor consienta dicha adscripción, sin que, por otra parte, el tipo exija una actividad determinada. Y es que las acciones concretas realizadas por los miembros de la organización o grupo criminal constitutivas de una infracción penal autónoma, son independientes del delito de pertenencia a las mismas, pues se trata de sustratos de hecho diferentes.

No obstante lo anterior, no es suficiente el sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia o integración a la organización o grupo, sino que como requisito de la pertenencia a una organización o grupo criminal, junto al necesario sustrato de la existencia de la organización misma, es necesario un elemento material u objetivo consistente en la realización o posibilidad de llevar a cabo actividades para la misma que contribuyan a alcanzar la finalidad que persigue. Por ello, cabe dar por extinguido ese delito cuando se ha puesto fin a la permanencia en la organización, "bien por el cese voluntario o apartamiento de la misma, por la expulsión por parte de los órganos directivos, o por razón de un hecho de fuerza mayor, como puede ser la condena por dicho delito, lo que cierra y provoca la ruptura de la situación delictiva previa".¹⁵ Ello implica que "es posible cometer el delito una y más veces, si se llevan a cabo actividades de la misma naturaleza, después de concluida una etapa o periodo de pertenencia a la banda (ruptura de hecho) o por consecuencia de la condena por actos típicos de integración (ruptura jurídica)".¹⁶

Por último, como la pertenencia a una organización o grupo criminal exige, como sustrato primario, la existencia de la organización misma, (o del grupo criminal), compuesta por una pluralidad de personas con los requisitos antes estudiados, es posible que una persona pueda pertenecer simultánea o sucesivamente a más de una organización o grupo criminal. La pertenencia a una determinada organización o grupo criminal no supone que absorba cualquier otra pertenencia o integración a otro grupo diferente que tenga otros fines delictivos, aun cuando se produzca una coincidencia temporal entre ambas adscripciones, lo que implica por tanto, que una persona pueda ser condenada como autor de más de un delito de pertenencia a organización o grupo criminales.

¹⁴ STS núm. 886/2007, de 2 noviembre. Pte. Soriano Soriano, en relación a las organizaciones o bandas terroristas -[EDJ 2007/222970](#)-.

¹⁵ STS núm. 1117/2003, de 19 julio. Pte. Soriano Soriano, en relación a las organizaciones o bandas terroristas -[EDJ 2003/80608](#)-.

¹⁶ STS núm 388/2003, de 1 abril. Pte: Conde-Pumpido Tourón.

VII. Diferencias entre organización y grupo criminal y la conspiración para delinquir

El concierto en la comisión de delitos, que constituye un elemento integrante tanto de la organización como del grupo criminal, asemeja estas figuras al concepto de conspiración previsto en el art. 17 CP -EDL 1995/16398-, si bien es de notar las siguientes diferencias¹⁷:

-En la conspiración es suficiente que haya dos personas concertadas para la ejecución del delito, mientras que en la organización y grupo criminal, al menos, deben ser tres personas.

-La conspiración (al igual que la provocación y la proposición para delinquir) sólo se castiga en relación con determinados delitos graves en los que expresamente se declara (homicidio, asesinato, lesiones, detención ilegal, trata de seres humanos, robo, extorsión, estafa, etc...), en tanto que la organización y grupo criminal se castiga para todo tipo de delitos, incluso en faltas reiteradas.

-La penalidad de la conspiración difiere según el tipo de delito que se pretende ejecutar, puesto que se castiga con pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de referencia consumado, en tanto que en la organización y grupo criminal, tienen una pena autónoma, siendo la gravedad mayor o menor del delito objeto o fin de la organización o grupo y la distinta participación, en el caso de la organización, de sus integrantes, lo que determina una mayor o menor gravedad de la pena a imponer.

-La conspiración, tanto si se concibe como un acto preparatorio o como una forma de participación intentada o de coautoría anticipada, sólo se castiga si el delito de que se trate aún no ha llegado a la fase de ejecución o consumación, quedando absorbida por la pena de la tentativa o la consumación caso de que se pase a la ejecución o el delito se consuma, mientras que la organización o el grupo criminal, mantienen su autonomía independientemente del delito que se cometa a través de la misma, provocando un concurso de delitos no siempre fácil de resolver.

VIII. Problemas concursales

Son muchas las ocasiones que el legislador, en la tipificación de los delitos del Libro II CP -EDL 1995/16398-, se refiere a las asociaciones, organizaciones y grupos criminales para agravar la penalidad de las conductas, si bien utilizando muy diversa terminología.

1- Utiliza la expresión "cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación (en el art. 177 bis, 6 CP -EDL 1995/16398- se añade "de más de dos personas") incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades":

-En el art. 177 bis, 6 CP -EDL 1995/16398- respecto de los delitos de "Trata de Seres Humanos", establecidos en el art. 177 bis, 1 CP (Título VII).

-En el art. 187,4 CP -EDL 1995/16398-, y en el art. 189,3 e) CP respecto "De los Delitos relativos a la Prostitución y Corrupción de Menores", establecidos en los arts. 187 CP y 189 CP respectivamente.

¹⁷ Laura Zúñiga Rodríguez. "Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal". Editorial Comares S.L. 2009. pág. 260.

-En los arts. 271 c) CP y 276 c) CP -EDL 1995/16398- respecto de los "Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial" respectivamente previstos en los arts. 270 CP y 273 a 275 CP (Capítulo XI del Título XIII).

-En el art. 318 bis, 4) CP -EDL 1995/16398- respecto de los "Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros" establecidos en el art. 318 bis CP (Título XV BIS).

-En el art. 386 "in fine" CP -EDL 1995/16398- respecto de los delitos de "Falsificación de Moneda" establecidos en el art. 386 CP (Capítulo I, Título XVIII).

2- Utiliza la expresión "cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades":

-En el art. 188,4 b) CP -EDL 1995/16398- respecto "De los Delitos relativos a la Prostitución y Corrupción de Menores", establecidos en los arts. 188 y ss. CP.

3- En el art. 399 bis CP -EDL 1995/16398- en relación a los delitos de falsificación de tarjetas de crédito previstos en el mismo artículo (Capítulo II, Título XVIII) se utiliza la expresión "se hubiese cometido en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades".

4- En el art. 183,4 f) CP -EDL 1995/16398- en relación a los delitos de "Abusos y Agresiones Sexuales a Menores de Trece Años" establecidos en el art. 183 CP (Capítulo II BIS del Título VIII) "cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades".

5- Emplea la expresión "se hubiese cometido en el marco de una organización criminal" en el art. 264,3,1º CP -EDL 1995/16398- se refiere a la agravación en los supuestos de los llamados "daños informáticos" (Capítulo IX, Título XIII).

6- En el art. 369 bis CP -EDL 1995/16398- se refiere a que los hechos descritos en el art. 368 CP (Capítulo III del Título XVII), "se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva".

7- Por último, emplea la expresión "se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales" en el art. 197,8 CP -EDL 1995/16398- respecto de los delitos de "Descubrimiento y Revelación de Secretos" establecidos en el art. 197 CP (Capítulo I, Título X).

Ante esta variedad terminológica, debemos plantearnos, si el legislador quiere darle la misma trascendencia a una u otra de las expresiones utilizadas -cuestión sobre la que volveremos más adelante-, de donde en principio resulta:

-Que cuando, como es el caso del art. 369 bis CP -EDL 1995/16398-, se refiere a "organización delictiva" o en los arts. 264,3 y 399 bis CP a "organización criminal", debemos entender asimilada esta referencia exclusivamente a la pertenencia del autor a una "organización criminal", en los términos establecidos en el art. 570 bis CP.

-Que aunque no se haga referencia expresa, cuando, como ocurre en la mayoría del articulado, el legislador se refiere a la pertenencia del culpable "a una organización o asociación incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades", debemos entender

incluidos también los supuestos de pertenencia del autor a un "grupo criminal", en los términos establecidos en el art. 570 ter CP -EDL 1995/16398-.

En cualquier caso, surge la cuestión de si la agravación contemplada en los distintos tipos, es compatible con la penalidad que el legislador establece para las "organizaciones y grupos criminales", esto es, si al integrante o partícipe de una de estas organizaciones o grupos le debe ser impuesta la pena establecida en los arts. 570 bis o 570 ter CP -EDL 1995/16398-, además de la pena correspondiente al tipo cometido con la agravación contemplada en las distintas figuras delictivas o, en caso contrario, qué penalidad debe primar.

Debemos partir de la premisa de que cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas. Así, si el culpable de un determinado hecho delictivo pertenece a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique solo a la realización, por ejemplo, de delitos de inmigración ilegal (art. 318 bis -EDL 1995/16398-) o de trata de seres humanos (art. 177 bis), el concurso de normas deberá ser resuelto conforme al criterio de la absorción o consunción previsto en el art. 8,3 CP, en cuanto el precepto penal más amplio consume a otro más simple.

En estos supuestos, además, no existiría ningún problema interpretativo en relación a la norma establecida en el art. 570 quater CP -EDL 1995/16398- de atender al criterio de la gravedad de las penas establecido en el art. 8,4 CP para resolver los supuestos de concursos de normas, en cuanto se alcanzaría idéntica solución.

Mayores dificultades entendemos que presentan otros supuestos de agravación, como los contemplados para los delitos contra la propiedad intelectual [art. 271 c) CP -EDL 1995/16398-] o industrial [art. 276 c) CP], cometidos por un coordinador o director de una organización dedicada a éstas actividades, puesto que la pena privativa de libertad señalada para aquellos tipos agravados, es de 1 a 4 años, mientras que la prevista en el art. 570 bis CP es de 3 a 6 años. Conforme al principio de absorción, debería prevalecer la punición de las figuras agravadas, pero, si aplicamos la referida regla del art. 570 quáter CP, parece que debe prevalecer la punición por el delito más grave de organización criminal. Censuramos esta opción del legislador ante la consideración de la naturaleza pluriofensiva de las figuras agravadas, que abarcan el desvalor de la conducta contra los derechos de propiedad intelectual o industrial, como el de la participación como dirigente en la organización que sirve de soporte en la ejecución de tales delitos, y en tanto que la regla prevista en el art. 8,4 CP es subsidiaria al criterio de la absorción ("en defecto de los criterios anteriores", comienza diciendo el art. 8,4 CP).

Pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando "ninguna parte injusta del hecho" queda sin respuesta penal. Por tanto, si la organización a la que pertenece el autor del hecho, se dedicare a "otras actividades", además de la contemplada en el tipo agravado imputado al autor, estaríamos, no ante un supuesto de concurso de normas, sino ante un concurso real de delitos. La cuestión, es si podemos imponer la penalidad correspondiente al subtipo agravado además de la correspondiente a la organización criminal, sin vulnerar el principio "non bis in idem". Como sabemos éste principio proscribire con carácter general la doble valoración de un elemento o circunstancia que forme parte de la estructura del tipo, o de otros elementos o circunstancias concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico, principio que, aunque no recogido expresamente en la Constitución -EDL 1978/3879-, se ha considerado directamente emanado del de legalidad penal proclamado en el

art. 25,1 de la misma. Desde éste planteamiento entendemos que si la organización criminal, tiene como finalidad la comisión de otros delitos que incluyen no sólo aquél que ha servido de fundamento a la aplicación del subtipo agravado, sino también otros distintos, la condena también, por los delitos previstos en los arts. 570 bis o 570 ter CP -EDL 1995/16398-, no conculcaría éste principio, en aquellos supuestos, mayoritarios, en los que al describir el subtipo agravado, el legislador se refiere a organizaciones, asociaciones o grupos criminales "que se dedicaren a tales actividades", pues el desvalor de una organización más compleja, dedicada también a otro tipo de actividades delictivas, no quedaría incluido en ésta agravación. Mayor dificultad nos plantean las agravaciones contenidas en los arts. 264,3,1º CP en relación a los "daños informáticos" y 197,8 CP en relación a los delitos de "descubrimiento y revelación de secretos", por cuanto en los mismos no se acota la agravación a organizaciones dedicadas "a la realización de tales actividades", sino que se la deja abierta, a la comisión del delito en el marco o en el seno de la misma. Teniendo la agravación de los distintos subtipos agravados el mismo fundamento, esto es la mayor facilidad para la comisión y mayor peligrosidad de quien se vale de un soporte organizativo o plural, no tendría sentido que en éstos casos, la punición por los dos tipos penales (el específico, y el de la organización o grupos criminales), sí infringiera el principio "non bis in idem", pero lo cierto es que el tenor literal de los mismos parece no permitir otra conclusión.

Por otra parte, en el resto del articulado del CP -EDL 1995/16398- en el que no se plantean agravaciones específicas por el hecho de la pertenencia a una organización o grupo criminal, queda fuera de toda duda que al miembro o partícipe de las mismas que haya cometido un delito, le serían de aplicación los dos tipos penales (por ejemplo, una organización criminal dedicada a cometer estafas) , ya que uno sólo no agota el desvalor del comportamiento complejo: el desvalor del delito cometido concretamente y el desvalor de formar parte de una organización criminal dedicada a la comisión de esos delitos que el sujeto cometió o que es medio para cometerlos. Si esto es así, consideramos, no debe ser "premiado" el autor integrado en una organización criminal que, entre otros delitos, como por ejemplo los de estafa, persigue la comisión de delitos de "descubrimiento y revelación de secretos" y comete unos de éstos, respecto al mismo autor, en el mismo tipo de organización, que comete un delito de estafa.

A nuestra censura por la distinta terminología empleada por el legislador al describir estos tipos de figuras agravadas que dificultan una coherencia interpretativa, añadimos una crítica más general, considerando que, al crear las figuras de la organización criminal y sobre todo, por exigir menos requisitos, del grupo criminal, el legislador debiera haber prescindido de establecer figuras agravadas basadas en los mismos, por más que se haya centrado en aquellos delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados son especialmente habituales.